

# Om uberettigede træk på bankgarantier

af

*Hans Viggo Godsk Pedersen*

Ved kaution og kautionslignende garantier vil kautionistens/garantens forpligtelse typisk være afhængig af den sikrede fordring. Ofte udtrykkes det på den måde, at kautionen eller garantien er en accessorisk forpligtelse. Afhængigheden kan være generende for kreditor/beneficianten, idet det normalt vil indebære, at det skal bevises, at skyldneren/principalen har misligholdt sin forpligtelse, før kautionisten/garanten er forpligtet til at opfylde sin forpligtelse. Efter omstændighederne kan det medføre, at det er nødvendigt at gennemføre en retssag - eventuelt gennem flere instanser - før kravet skal opfyldes af garanten. Ved kontrakter, hvor modparten har værneting i et andet land, kan fremgangsmåden være endnu mere generende end ved rent nationale aftaler, idet beneficianten efter omstændighederne må gennemføre en sag i et andet land. Dette indebærer samtidig, at kontrakten først på det senere tidspunkt giver den likviditet, som har været tilsigtet. Det er formentlig navnlig dette forhold sammenholdt med, at nogle importører havde lidt tab på nogle mindre seriøse leverandører, der førte til, at bankgarantier, for at tilbudsgiver vedstår sit tilbud (tilbudsgarantier), og opfyldelsesgarantier/arbejdsgarantier som anfordringsgarantier fandt betydelig udbredelse, særlig i den internationale handel. Anfordringsgarantier anvendes imidlertid også for andre end de to nævnte typer garantier og ofte også i rent nationale forhold.<sup>1</sup>

Udbetaling på anfordring nødvendiggør, at garantien i et vist omfang betragtes som løsvrevet fra det underliggende retsforhold, således at der ikke til udbetaling kræves en bevist misligholdelse af det underliggende retsforhold. Afhængig af retstraditionen indeholder sådanne garantier derfor typisk forskellige bestemmelser sigtende derpå. En adgang til at kunne trække på en bankgaranti, når beneficianten blot finder det hensigtsmæssigt, kan imidlertid ikke alene på det teoretiske plan være betænkeligt, men førte rent faktisk til, at misbrugsproblematikken blev et

---

<sup>1</sup> Set fra pengeinstituttets side er det ikke af særlig betydning, hvilken type garanti, der skal udstedes, når blot udbetalingsbetingelserne er præcise, og når det har tilstrækkelig sikkerhed for regreskravet. Derimod har pengeinstituttet en selvstændig interesse i, at der er præcise udbetalingsbetingelser, således at der ikke kan opstå tvivl om, at betingelserne er til stede, da udbetaling, uden at betingelserne er til stede, ikke giver adgang til regres, jf. herved U 1997.1333 H.

ganske væsentligt problem.<sup>2</sup> I det følgende skal forskellige muligheder for at begrænse misbrug diskuteres; i afsnit 1 muligheden for at begrænse i kraft af udbetalingsbetingelserne og i afsnit 2 muligheden for at hindre træk, selv om de formelle garantibetingelser er til stede.

## 1. Begrænsning af misbrug ved udbetalingsbetingelserne

Den sikreste måde at hindre uberettigede træk på er, at garantiens udbetalingsbetingelser udformes på en sådan måde, at beneficianten ikke ensidigt kan trække på garantien. Det måtte anses for hensigtsmæssigt, hvis de almindeligt anvendte regler indeholdt en sådan beskyttelse. I forhold til kontraktens hovedindhold vil parterne nemlig umiddelbart være mindre opmærksomme på indholdet i en eventuel garanti, idet det ofte (fejlagtigt) betragtes som et lidt underordnet vilkår. I afsnit 1.1 omtales beskyttelsen i nogle internationale regelsæt for garantier, medens beskyttelsen i de danske AB 92 omtales i afsnit 1.2. Endelig omtales nogle muligheder i afsnit 1.3.

### 1.1. Nogle internationale regelsæt

Som nævnt er en relativt sikker måde, hvorpå uberettigede træk på bankgarantier kan udelukkes, at udforme udbetalingsbetingelserne således, at beneficianten ikke på egen hånd kan trække på den. Et forsøg på at påvirke den internationale anvendelse af bankgarantier i denne retning findes i Det internationale Handelskammers (ICC) publikation nr. 325 fra 1978 om kontraktsgarantier (Uniform Rules for Contract Guarantees). Krav på garantien skal dokumenteres på den måde, hvorpå det er foreskrevet i garantien, eller i mangel af særlige forskrifter på den i artikel 9 nævnte måde. For så vidt angår tilbudsgarantier skal beneficianten afgive erklæring om, at tilbudsgivers tilbud er blevet accepteret, og at tilbudsgiver enten har undladt at underskrive kontrakt eller har undladt at stille en i tilbudet indeholdt opfyldelsesgaranti. Endvidere skal beneficianten afgive en erklæring om samtykke til indbringelse for voldgiftsret eller domstole af tvist om betalte beløb. For opfyldelsesgarantier og tilbagebetalingsgarantier skal kravet dokumenteres ved voldgiftskendelse eller dom, medmindre kravet anerkendes af skyldneren. Endvidere søges misbrug undgået ved indsættelse af visse tidsfrister for at gøre krav gældende. Som det fremgår, indebærer dette regelsæt, at garantierne, bortset fra tilbudsgarantier, er betingede garantier. Formentlig fordi leverandørernes forhandlingsposition ikke var tilstrækkelig stærk, eller fordi disse ikke tillagde forholdet særlig vægt, fandt de i publikationen indeholdte regler ikke almindelig udbredelse.

I erkendelse af den manglende udbredelse af reglerne om kontraktsgarantier udsendte Det internationale Handelskammer i 1992 publikation nr. 458 om

---

<sup>2</sup> Jf. nærmere herom *Godsk Pedersen: Bankgarantier* s. 17ff med henvisninger.

anfordringsgarantier (Uniform Rules for Demand Guarantees). Man var ved udsendelsen af disse regler opmærksom på misbrugsproblematikken, men måtte (nødvendigvis) overlade til de nationale retssystemer at gribe ind over for åbenbart uberettigede træk, jf. herved de indledende bemærkninger til regelsættet. Reglerne giver mulighed for, at der kan fastsættes særlige udbetalingsbetingelser, f.eks. en erklæring fra en uafhængig tredjemand om, at der er misligholdt i den sikrede kontrakt. Men udgangspunktet er, at beneficianten blot skal afgive en erklæring om, at der er misligholdt, og på hvilken måde der er misligholdt.<sup>3</sup> Der er altså som udgangspunkt tale om en rent ensidig erklæring. Muligvis kan der dog ligge en vis begrænsning i kravet til beneficiantens erklæring. For det første kan der muligvis være en vis psykisk barriere i kravet om, at det ikke alene skal erklæres, at der er misligholdelse, men også om arten af denne misligholdelse. På den anden side er det formentlig begrænset, hvilken effekt det vil have mod en skruppelløs beneficiant. Dog kan der også på anden måde tænkes at være et værn i kravet. Når det angives på hvilken måde, der er misligholdt, vil der kunne være en (nok yderst begrænset) mulighed for at godtgøre, at det ikke er korrekt. Samtidig vil der være en vis mulighed for at reagere mod træk på garantien, idet kravet med tilhørende bilag skal transmitteres til principalen, således at denne umiddelbart har mulighed for at blive bekendt med, at et krav gøres gældende.<sup>4</sup>

»Draft Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit« udarbejdet af FN's handelsretskommission (UNCITRAL) indeholder en række regler for selvstændige, internationale garantier. Selvstændige garantier defineres i artiklerne 2 og 3 i det væsentlige som sædvanligt anvendte anfordringsgarantier, uanset om de er rene anfordringsgarantier, eller om de er betinget af forevisning af dokumenter, når blot garantien er løsrevet fra det underliggende retsforhold og fra forhold inden for udstederens/garantens sfære.<sup>5</sup> For garantier, der måtte blive omfattet af reglerne, er det således også op til parterne, om der skal indbygges en form for hindring af åbenbart uberettigede træk. En vis beskyttelse ligger muligvis i, at beneficianten ved et træk på garantien efter artikel 3 skal afgive erklæring om, at trækket ikke »is in bad faith«, og at ingen af de i artikel 19 litra a, b eller c nævnte omstændigheder er til stede. Disse omstændigheder er, at det er åbenbart, at (a) et dokument ikke er ægte eller er forfalsket, (b) kravet ikke kan begrundes i det påberåbte grundlag og de vedlagte dokumenter, eller (c) kravet efter en vurdering af typen og formålet med garantien umuligt kan være berettiget. Som det vil ses, er den umiddelbare beskyttelse mod uberettigede træk på garantier, der er omfattet af konventionens regler, en form for psykisk barriere.

---

<sup>3</sup> I øvrigt kan vilkåret også fraviges, således at kravet ikke skal begrundes.

<sup>4</sup> Der er dog ikke noget krav om, at beløbet først må udbetales, når principalen har haft mulighed for at reagere.

<sup>5</sup> Som det fremgår af titlen, omfatter reglerne ikke alene almindelige bankgarantier, men også bankgarantier afgivet i rembursform.

De her nævnte regelsæt er generelle i den forstand, at de ikke er knyttet til bestemte brancher. Inden for nogle brancher har organisationerne udfærdiget standardvilkår, der også indeholder regler om de bankgarantier, der eventuelt skal stilles. Som et eksempel herpå kan nævnes FIDIC<sup>6</sup> modelkontrakt for entreprise.<sup>7</sup> Skal der stilles en garanti, men er det ikke nærmere aftalt, hvilke vilkår den skal indeholde, skal den stilles i overensstemmelse med en af de i bilaget indeholdte former; enten som en »Surety Bond for Performance« eller som en »Performance Guarantee«. Førstnævnte er primært en form for naturalopfyldelsesgaranti, medens den sidstnævnte er en betinget garanti. Udbetaling på en Performance Guarantee er betinget af, at parterne er enige derom, eller at kravet er fastslået i overensstemmelse med kontraktens voldgiftsprocedure. En garanti efter disse regler hindrer uberettigede træk, men til gengæld tilgodeser den ikke hensynet til en relativt hurtig udbetaling, selv om en udbetaling måtte være berettiget. Det må nok anses for tvivlsomt, om bygherrer generelt vil affinde sig med denne procedure, men der kan næppe siges noget sikkert derom. Til sammenligning kan nævnes, at det offentlige i Danmark meget ofte kræver en ren anfordringsgaranti i forbindelse med bygge- og anlægsvirksomhed, selv om det er mere vidtgående end en garanti efter AB 92.

## 1.2. Garantier efter reglerne i AB 92

Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed<sup>8</sup> (AB 92) indeholder detaljerede regler om garantistillelse. Ønsker bygherren at trække på en opfyldelsesgaranti, skal dette samtidig meddeles garanten og entreprenøren. Meddelelsen skal indeholde en nøje angivelse af arten og omfanget af den påståede misligholdelse, jf. AB § 6, stk. 7. Ved begæring over for Voldgiftsnævnet med henblik på beslutning af, om udbetalingskravet er berettiget inden 10 dage efter, at bygherren har fremsat kravet, kan entreprenøren undgå, at beløbet udbetales uden en vis prøvelse af berettigelsen. På grundlag af begæringen udpeger Voldgiftsnævnet efter reglerne i AB § 46 en eller flere sagkyndige til at træffe beslutning om udbetaling. Modparten vil herefter få en vis kortere frist til at afgive et indlæg, hvorefter de sagkyndige normalt inden for en frist på 15 dage træffer beslutning om, i hvilket omfang der skal ske udbetaling. Omend denne afgørelse ikke er endelig, giver systemet dog en beskyttelse mod uberettigede træk, der normalt må antages at være meget effektiv. I øvrigt kan udbetaling i særlige tilfælde betinges af, at der stilles en garanti for et eventuelt tilbagesøgningskrav, hvorved entreprenøren undgår risikoen for bygherrens eventuelle insolvens.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Fédération internationale des ingénieurs-conseils.

<sup>7</sup> Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction.

<sup>8</sup> Reglerne er indeholdt i *Betænkning nr. 1246 fra 1993*.

<sup>9</sup> Reglerne er nærmere behandlet i *Betænkning nr. 1246-1993* s. 69ff, 151f og 159f, *Hørlyck: Entreprise og licitation*, 5. udgave, s. 63ff og 362ff, *Godsk Pedersen: Bankgarantier* s. 178ff

Det system, som er indeholdt i AB 92, synes at være godt afbalanceret. Ikke alene giver det en god mulighed for at afværge uberettigede træk på garantien. Det giver samtidig en god mulighed for, at berettigede træk kan gennemføres inden for en rimelig tid.

### **1.3. Individuelle ctr. generelle udbetalingsvilkår**

Det er bemærkelsesværdigt, at der er en tendens til, at beneficianterne ikke vil acceptere egentlige betingede garantier. At ICC's Uniform Rules for Contract Guarantees ikke fandt almindelig udbredelse, er netop et eksempel derpå. Anfordringsgarantier synes at blive betragtet som det realistiske alternativ dertil i en eller anden form, der tillader beneficianten at trække på garantien uden medvirken af uafhængige tredjemænd. En mulig undtagelse er dog garantier efter FIDIC's regler for entreprise. Hvis parterne kunne indskyde en uafhængig tredjemand i udbetalingsproceduren, måtte det være muligt at opnå fyldestgørelse af tilsyneladende berettigede træk inden for en rimelig tid, samtidig med at åbenbart uberettigede udbetalinger kunne undgås. Systemet i AB 92 er et udmærket eksempel derpå.

Når det har været muligt på det nationale plan at gennemføre regler om garantier som i AB 92, hænger det formentlig sammen med flere forhold. Der er netop på dette område i forvejen en detaljeret regulering af forholdet mellem parterne, og i denne regulering er der fastsat regler om Voldgiftsretten. Da tvister mellem parterne i forvejen skal afgøres der, er det ikke noget stort spring at koble en foreløbig afgørelse af uenighed om udbetalingskrav mod garantien dertil.

I generelle garantivilkår vil det være vanskeligere på forhånd at henvise til bestemte branchekyndige organer, der inden for lignende frister vil kunne fremkomme med en foreløbig afgørelse om udbetalingskrav under garantien. I givet fald måtte det formentlig være en voldgiftsret, som i øvrigt skulle afgøre eventuelle tvister mellem parterne, der skulle udpege en person til at træffe beslutning i en foreløbig afgørelse. Allerede af denne årsag vil fremgangsmåden være udelukket, hvor der ikke er tale om en eksisterende voldgiftsret. Fremgangsmåden kan kun være anvendelig, hvis sagen skal behandles ved en permanent voldgiftsret. Selv om det generelt måtte være muligt at arbejde med foreløbige afgørelser fra sagkyndige til afgørelse af udbetalingskrav under garantier, har et sådant system dog så vidt vides ikke fået særlig udbredelse. Dette måtte i øvrigt formentlig forudsætte, at der i kraft af det for den pågældende voldgiftsret gældende regelsæt nødvendigvis måtte forventes en foreløbig afgørelse inden for meget snævre tidsmæssige rammer, ligesom det formentlig ikke måtte være for omkostningstungt. En medvirkende årsag til, at vilkår om foreløbige afgørelser ikke er en bestanddel af generelle garantivilkår, kan være, at det typisk er brancheforeninger af forskellig art, der udfærdiger standardkontrakter for de enkelte områder, og kun i det omfang, garantivilkårene er en del af disse

---

samt *Hans Henrik Vagner*: *Entrepriseret*, 2. udgave, s. 251ff.

standardkontrakter, vil de have let ved at finde almindelig udbredelse. Ved udfærdigelse af generelle vilkår vil der typisk savnes en bestemt branchevoldgift, der kan henvises til.

I mangel af generelle regler om foreløbige afgørelser fra sagkyndige om udbetaling under garantier, er det vanskeligt at indarbejde lignende regler i individuelle kontrakter. Efter omstændighederne må det dog være muligt at indarbejde i udbetalingsvilkårene, at udbetaling skal ske efter en vis kortere frist, medmindre der inden udløbet af denne begæres en foreløbig afgørelse fra en sagkyndig. Udpegning af denne ville kunne være sket på forhånd, eller det kunne være overladt til en bestemt instans at udpege den sagkyndige. Imidlertid kan det ikke udelukkes, at en foreløbig afgørelse ikke altid vil foreligge inden for en rimelig tid, medmindre de sagkyndige er »instituttaliseret« på en eller anden måde.

## 2. Hindring af uberettigede træk

Når udbetalingsbetingelserne kun kræver en betalingsanmodning fra beneficianten eventuelt suppleret med dennes nærmere specifikation, afhænger det umiddelbart udelukkende af beneficianten, om der skal ske udbetaling. Er de formelle betingelser til stede, vil garanten misligholde garantiforpligtelsen, hvis der ikke foretages udbetaling. Dette gælder i og for sig, selv om der måtte være en vis udokumenteret mistanke om, at der ikke reelt foreligger en misligholdelse. Men principalen/ordregiveren vil naturligvis have en interesse i at hindre udbetalingen, hvis den efter vedkommendes opfattelse ikke er begrundet. Nogle vil muligvis forsøge at hindre endog berettigede træk.

### 2.1. Hindring som følge af mangler ved dokumenterne

Er principalen/ordregiveren ikke klar over, at der er fremsat en udbetalingsanmodning, inden den er honoreret, har vedkommende ikke mulighed for at hindre udbetalingen. Det ville derfor være en nærliggende antagelse, at principalen/ordregiveren skulle underrettes om et eventuelt træk, inden der foretages udbetaling. Det antages imidlertid, at der ikke generelt gælder en regel derom, omend det formentlig kan antages for dansk ret.<sup>10</sup> Derimod vil vedkommendes pengeinstitut ofte give underretning, således at principalen/ordregiveren får mulighed for at varetage sine interesser, men det sker ikke altid. Underretningspligt kan være aftalt, hvilket imidlertid næppe er almindeligt, medmindre der er henvist til et regelsæt, hvori en sådan er indeholdt, f.eks. indeholder ICC's Uniform Rules for Demand Guarantees artikel 21 en regel om, at garanten skal transmittere det skriftlige krav og alle dokumenter i relation dertil til principalen/ordregiveren eller instruerende pengeinstitut for videretransmission til

---

<sup>10</sup> Jf. *Bertrams: Bank Guarantees in International Trade*, 2. udgave s. 124ff og *Godsk Pedersen: Bankgarantier* s. 68 og 161.

principalen/ordregiveren. Selv om der er indeholdt en underretningspligt i aftalen, følger det imidlertid ikke nødvendigvis deraf, at beløbet først kan udbetales, efter at vedkommende har haft mulighed for at varetage sine interesser. Normalt vil det dog være tilfældet, idet garanten først skal udbetale efter have haft en rimelig tid til at undersøge de præsenterede dokumenter, jf. herom nedenfor. Men det vil normalt være principalens/-ordregiverens risiko, hvis meddelelsen forsinkes undervejs. For en meddelelse efter Uniform Rules for Demand Guarantees følger dette direkte af reglerne i artikel 12 og artikel 14 litra b.

Selv om principalen/ordregiveren modtager underretning om trækket, er mulighederne for at hindre udbetalingen begrænsede. Garantens har en pligt til at foretage en rimelig undersøgelse af, om dokumenterne fremtræder på en sådan måde, at garantibetingelserne er opfyldte, men skal normalt kun koncentrere sig om dokumenternes form. Dette er både indeholdt i Uniform Rules for Demand Guarantees artiklerne 9 og 10 og i FN-garantikonventionen artiklerne 14 og 16. Efter artikel 14 er garanten/udstederen generelt forpligtet til at »act in good faith and exercise reasonable care having due regard to generally accepted standards of international practice of independent guarantees or stand-by letters of credit«. Også artikel 16, der specielt omhandler prøvelsen af de præsenterede dokumenter, henviser til de internationale standarder. Heri ligger, at garanten skal udføre en rimelig kontrol af, om dokumenterne fremtræder på en sådan måde, at garantibetingelserne er opfyldt. Endvidere er mangler ved dokumenterne indeholdt i artikel 19 litra a og b som grundlag for tilbageholdelse af betaling, jf. nærmere nedenfor i afsnit 2.2. Derimod skal garanten/udstederen normalt ikke gå ind i materielle vurderinger af dokumenternes indhold, medmindre særlige forhold giver anledning dertil, f.eks. fordi der er uoverensstemmelse mellem de præsenterede dokumenter.<sup>11</sup>

Garanten/udstederen skal have en rimelig tid til denne undersøgelse. Det må i øvrigt ses i sammenhæng med, at garanten/udstederen normalt ikke vil kunne foretage regres mod kunden, hvis dokumenterne ikke fremtrådte på en sådan måde, at de var i overensstemmelse med garantibetingelserne, jf. f.eks. U 1997.1333 H og foran i afsnit 1. Der er imidlertid forskellige opfattelser af, hvor lang en rimelig frist er. Formentlig må en frist på op til 3 dage for first demand garantier anses for rimelig, medens den kan være længere ved mere komplicerede tilfælde,<sup>12</sup> men en frist på én dag eller lignende ses også anført.<sup>13</sup> Efter FN-garantikonventionen skal betaling eller afvisning senest ske 7 åbningsdage efter modtagelse af betalingskravet og de eventuelt yderligere krævede dokumenter, medmindre andet

---

<sup>11</sup> Jf. nærmere herom *Bertrams: Bank Guarantees in International Trade*, 2. udgave s. 112ff, *Godsk Pedersen: Bankgarantier* s. 69 og *samme* i Juridisk Institut, Julebog 1996, s. 162.

<sup>12</sup> Jf. *Bertrams: Bank Guarantees in International Trade*, 2. udgave s. 243 og *von Westphalen: Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr* s. 170ff.

<sup>13</sup> Jf. *Good: Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees* s. 69.

er aftalt. Denne frist på 7 dage må anses for ret lempelig i forhold til de øvrige anførte.

Principalen/ordregiveren kan derfor udmærket tænkes at kunne påpege mangler, som garanten ikke har været opmærksom på. Men er der ikke formelle mangler, skal udbetaling som udgangspunkt ske. Det gælder i og for sig også, selv om principalen/ordregiveren fremkommer med indsigelser om, at trækket er uberettiget, til trods for at dokumenterne opfylder garantibetingelserne.

## 2.2. Hindring som følge af indsigelser

Det anerkendes imidlertid i et vist omfang, at det kan være berettiget at nægte udbetaling, selv om formalia er til stede. I de forskellige lande gælder der dog forskellige regler derom. Medens engelsk ret tilsyneladende kun vil hindre et træk, hvis der er klart bevis for falsk, forfalskning eller svig og for, at garanten er i ond tro, er de kontinentaleuropæiske systemer lidt mindre restriktive, idet også åbenbart misbrug af garantibetingelserne kan begrunde et forbud mod udbetaling. Dog kræves der et klart bevis for, at trækket er uberettiget, normalt dokumentbevis.<sup>14</sup> Disse forskelligheder er formentlig baggrunden for, at Uniform Rules for Demand Guarantees ikke indeholder regler derom, men tværtimod i de indledende bemærkninger overlader spørgsmålet til de nationale retssystemer.

I dansk ret foreligger der ikke nyere trykte afgørelser om problemet.<sup>15</sup> Ved remburs kan der opstå en lignende problemstilling, hvis de i rembursen betingede dokumenter præsenteres i en formelt korrekt form, men varepartiet desuagtet er mangelfuldt. Nægtelse af honorering anerkendtes ved afgørelsen U 1922.39, der må antages at være begrundet i svig.<sup>16</sup> Selv om det ikke ligger ganske fast, må det antages, at honorering kan nægtes ved falsk, forfalskning og svig samt formentlig ved grovere kontraktsbrud under forudsætning af, at der foreligger et klart bevis for forholdet.<sup>17</sup>

Ved bankgarantier gør der sig et nogenlunde tilsvarende troværdighedsproblem gældende, idet der ikke kan nedlægges forbud mod udbetaling i for vidt omfang, uden at tilliden til bankgarantier svækkes. I modsætning til en remburs skal en garanti, der sikrer mod misligholdelse, kun gøres gældende, hvis kontraktsforholdet mellem parterne ikke forløber normalt. Dette kan begrunde en lidt anderledes vurdering af berettigelsen af udbetalingskrav. Når blot der til et forbud kræves et meget klart bevis for, at trækket er uberettiget, kan tilliden til garantier næppe svækkes. Forestiller man sig f.eks., at en tilbudsgaranti gøres

---

<sup>14</sup> Jf. nærmere herom *Godsk Pedersen*: Bankgarantier s. 149ff med henvisninger.

<sup>15</sup> Afgørelsen U 1982.1110 H tager ikke direkte stilling til udbetalingsproblematikken.

<sup>16</sup> Jf. herom *Hardy Rechnagel*: Køb og salg mod remburs s. 151 og *Hvidt*: Bankrembourser s. 125ff.

<sup>17</sup> Jf. foregående note samt *Lars Gorton*: Rembursrätt s. 291ff.

gældende, efter at beneficianten har accepteret et andet tilbud - hvilket er forekommet - er det vanskeligt at se, at nedlæggelse af et forbud mod udbetaling kan svække garantiens troværdighed. Dette eksempel må karakteriseres som åbenbart misbrug af udbetalingsbetingelserne, men selv om forholdet er mindre graverende, må nægtelse formentlig kunne ske i dansk ret, under forudsætning af at der foreligger klart bevis for, at trækket er uberettiget.<sup>18</sup>

FN-garantikonventionen indeholder i artikel 19 regler om, at udbetaling i en række nærmere angivne tilfælde kan nægtes, og i artikel 20 regler om, at der i de nationale regler kan indeholdes regler om foreløbige retsmidler. Konventionen omfatter ikke alene bankgarantier, således som de opfattes i dansk ret, men også garantier, der er afgivet i form af stand-by letters of credit.

Efter konventionens artikel 19, stk. 1 litra a har garanten/udstederen ret til at holde betalingen tilbage, hvis det er åbenbart, at et dokument ikke er ægte eller er blevet forfalsket. Efter bestemmelsens litra b kan betalingen også holdes tilbage, hvis det er åbenbart, at kravet ikke kan begrundes i det påberåbte grundlag og de vedlagte dokumenter. Betalingen kan tillige holdes tilbage, hvis det efter en vurdering af typen og formålet med garantien er åbenbart, at kravet umuligt kan være berettiget, jf. bestemmelsens litra c.<sup>19</sup> Litra a og litra b omhandler dokumenter, der enten ikke er ægte eller ikke i øvrigt opfylder formalia. Litra b må tillige antages at omfatte det forhold, at formalia i og for sig er opfyldt, men hvor dokumenterne alligevel viser, at kravet ikke er berettiget. I modsætning til disse led er litra c umiddelbart lidt bredere formuleret i sine betingelser.

I artikel 19, stk. 2 opregnes nogle typer af tilfælde, hvor kravet i relation til stk. 1 litra c ikke kan være berettiget. Efter litra a kan det være det forhold, at den omstændighed eller risiko, som garantien blev udstedt for at sikre beneficianten imod, utvivlsomt ikke er indtrådt. Dette led vil f.eks. kunne anvendes, hvis beneficianten trækker på en forudbetalings-/tilbagebetalingsgaranti, men hvor det ligger bevismæssigt fast, at der ikke er foretaget en forudbetaling. I litra b nævnes det forhold, at den underliggende forpligtelse er erklæret ugyldig ved dom eller voldgiftskendelse, medmindre det fremgår af garantien, at sådanne omstændigheder falder inden for den dækkede risiko. I litra c nævnes det forhold, at den underliggende forpligtelse utvivlsomt er blevet fuldt ud opfyldt. Dette led vil f.eks. kunne anvendes, hvis der på en leveringsgaranti fremkommer en udbetalingsanmodning begrundet med ikke-levering, og principalen/ordregiveren kan præstere et sikkert bevis for, at kontrakten er rigtigt opfyldt. Endelig nævnes i

---

<sup>18</sup> Jf. mere udførligt *Godsk Pedersen: Bankgarantier* s. 155ff.

<sup>19</sup> Artikel 19 (Exception to payment obligation) har følgende ordlyd i stk. 1:  
If it is manifest and clear that:

- (a) Any document is not genuine or has been falsified;
- (b) No payment is due on the basis asserted in the demand and the supporting documents; or
- (c) Judging by the type and purpose of the undertaking, the demand has no conceivable basis, the guarantor/issuer, acting in good faith, has a right, as against the beneficiary, to withhold payment.

litra d det forhold, at opfyldelse klart er blevet forhindret ved beneficentens »willful misconduct«. Dette led vil f.eks. kunne anvendes, hvis beneficent trækker på forudbetalings-/tilbagebetalingsgaranti i et tilfælde, hvor den manglende opfyldelse skyldes, at beneficent ikke har åbnet en aftalt remburs.

Garanten har ikke alene ret til at holde betalingen tilbage i de nævnte tilfælde. Artikel 19, stk. 2 nævner som det sidste eksempel, at garanten/udstederen har udbetalt beløbet i ond tro og gør den dertil knyttede re-garanti eller kontragaranti gældende. Derved bliver garanten/udstederen i forhold til den, der skal bære tabet ved garantien, typisk ordregiver/principal, forpligtet til at undlade honorering, når et af de nævnte forhold gør sig gældende. Er der impliceret et instruerende pengeinstitut, må sidstnævnte gælde for såvel kontragarantien til garanten som for kontragarantien fra principal/ordregiver til instruerende pengeinstitut. Et instruerende pengeinstitut, der er forpligtet til at honorere en re-garanti/kontragaranti, fordi garanten har udbetalt i god tro, må være berettiget til at gøre en re-garanti/kontragaranti gældende mod ordregiveren/principalen, selv om det forinden er blevet gjort opmærksom på, at trækket var uberettiget.

Eksemplerne i artikel 19, stk. 2 kan ikke antages at være en udtømmende opregning, selv om de må antages at være de oftest forekommende. Andre forhold, man kan forestille sig, der kan gøre et træk uberettiget, vil det imidlertid kunne være vanskeligt at præstere det fornødne bevis for, således at det er »manifest and clear ... that the demand has no conceivable basis«. Herved udelukkes indsigelser, der ikke er klart dokumenterede. Selvom det forhold, at kravet er omtvistet, vil normalt ikke give mulighed for at hindre udbetaling, omend det efter omstændighederne kan være en mindre god skik at trække på en garanti under sådanne omstændigheder.

Reglerne i artikel 19 er i vidt omfang udtryk for almindelige principper, således som de også genfindes i dansk ret. Det vil derfor være begrundet at inddrage disse regler ved afgørelse af tvister efter dansk ret.

### **2.3. Hindring som følge af modfordringer**

Da udokumenterede indsigelser mod et træk på en garanti ikke berettiger til at holde betalingen tilbage, må det ligge fast, at principalen/ordregiveren i hvert fald kun har mulighed for at hindre et træk i kraft af en modfordring, hvis denne er erkendt af beneficent, eller der foreligger et klart bevis, dels for at der består en modfordring, dels for at denne er forfalden. Selvom det er tilfældet, er det imidlertid ikke givet, at udbetalingen af denne årsag kan hindres.

Ved afgørelsen U 1997.1470 antoges, at åbning af remburs efter omstændighederne kan indebære et afkald på modregning. I det pågældende tilfælde var der tale om et samhandelsforhold med gensidig vareudveksling mod betaling, hvor kun den ene part skulle åbne remburs ved køb. Bankgarantier i form af opfyldelses- eller arbejdsgarantier har ikke en tilsvarende betalingsfunktion og skal, medmindre der misligholdes i den til grund for garantiens udstedelse liggende aftale, ikke resultere i en betaling. Afgørelsen kan derfor ikke tages til indtægt for en opfattelse af, at udstedelse af en bankgaranti normalt skulle kunne anses for et

afkald på en eventuel modregningsadgang. Det må også gælde en garanti, der er udstedt i form af et standby-letter of credit.

I FN-garantikonventionen er indeholdt en bestemmelse om modregning med garantens egne fordringer mod beneficianten, hvor artikel 18 tillader modregning.<sup>20</sup> Spørgsmålet om principalens/ordregiverens modfordringer er imidlertid ikke nævnt, hvilket kunne tale for, at sådanne ikke kan tages i betragtning. Det vil dog formentlig være en for vidtgående slutning. Træk på en garanti på trods af, at principalen/ordregiveren har likvide modfordringer mod beneficianten, vil efter omstændighederne kunne fremstå som et klart misbrug af garantibetingelserne. Er beneficiantens opgørelse af det tab, der trækkes for på garantien, mindre end den likvide modfordring, virker trækket som et misbrug, medmindre aftalen skulle indeholde et afkald på modregning.<sup>21</sup> Flere udenlandske forfattere vil da også anerkende modregningsadgang for så vidt angår principalens/ordregiverens beviste og forfaldne fordringer mod beneficianten.<sup>22</sup> Under hensyn hertil forekommer det at være berettiget at fradrage modfordringer i det tab, der trækkes på garantien. Skal der ikke gives nærmere begrundelse i betalingsanmodningen, er der ikke umiddelbart grundlag for at vurdere, om der er taget hensyn til en modfordring. I så fald må det formentlig være berettiget at bede beneficianten redegøre for det. Men hævdes modkravet at være fratrukket i tabet, må dette skulle lægges til grund, medmindre der er sikkert bevis for det modsatte.

#### 2.4. Retsmidler mod træk

Kan principalen/ordregiveren præstere bevis for, at et træk på garantien er uberettiget, må garanten have pligt til at undlade udbetaling. Dette må ikke alene antages at være gældende i dansk ret, men formentlig også i de fleste kontinentaleuropæiske lande. FN-garantikonventionen indeholder som foran i afsnit 2.2. nævnt også en regel af dette indhold i artikel 19. Det vil imidlertid bero på en vurdering af de af principalen/ordregiveren fremlagte dokumenter eller erklæringer, om de giver en tilstrækkelig sikkerhed for, at et træk er åbenbart uberettiget. Ofte vil et pengeinstitut ikke gerne være tvunget til at tage stilling til spørgsmålet, men må principielt være forpligtet til det. Muligvis kan

---

<sup>20</sup> Også i dansk ret kan garanten formentlig modregne med egne fordringer, jf. herved U 1991.160 H, der dog ikke omhandler en ren anfordringsgaranti. Jf. tillige *Godsk Pedersen: Bankgarantier* s. 94ff. Modregningsadgang i denne relation kritiseres af bl.a. *Bertrams: Bank Guarantees in International Trade*, 2. udgave s. 246ff og *von Westphalen: Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr* s. 176ff.

<sup>21</sup> Realiteten ved trækket vil være, at beneficianten skaffer sig yderligere likviditet på principalens/ordregiverens bekostning.

<sup>22</sup> Jf. f.eks. *Andrews & Millet: Law of Guarantees* s. 424, men modsat *Bertrams: Bank Guarantees in International Trade*, 2. udgave s. 298f og s. 338ff. Førstnævnte går for engelsk ret ind for, at der gives hjemmel til, at principalen/ordregiveren kan få foretaget arrest i garantisummen betinget af, at der gøres et krav gældende mod garantien.

pengeinstituttet dog henvise principalen/ordregiveren til at søge fagedforbud mod udbetalingen gennemført, hvorved pengeinstituttet fritages for vurderingen af beviserne. Under forudsætning af, at pengeinstituttet levner principalen/ordregiveren en rimelig tid til det, må fremgangsmåden formentlig accepteres. Specielt ved lidt vanskeligere vurderinger kan pengeinstituttet have en interesse i, at vurderingen ikke er dets egen, men over for beneficianten og principalen/ordregiveren fremstår som en foreløbig retsafgørelse. Derved kan pengeinstituttets image vanskeligt tage skade som følge af den manglende udbetaling.

Når det bevismæssigt ligger fast, at trækket er uberettiget, må fagedretten kunne nedlægge forbud mod udbetalingen. Typisk må det være nødvendigt, at beviset kan præsteres i form af skriftlige erklæringer fra uafhængige tredjemænd eller ved andre dokumenter, idet der normalt ikke vil kunne føres vidner.

Nedlæggelse af forbud er i overensstemmelse med FN-garantikonventionens artikel 19, stk. 3 og artikel 20, idet der efter disse kan nedlægges forbud mod udbetaling af garantisummen i de tilfælde, der er nævnt i artikel 19, stk. 1, jf. nærmere om disse foran i afsnit 2.2. Forbud kan tillige nedlægges ved brug af garantien til kriminelt formål. Ikke alene et krav, der rent faktisk er blevet rettet mod garantien, men også i tilfælde, hvor der kan forventes et træk på garantien, kan der nedlægges forbud. Derved kan principalen/ordregiveren undgå, at garantisummen udbetales, uden at vedkommende er blevet orienteret om, at der er fremsat en udbetalingsanmodning.

For så vidt angår beløb, der er udbetalt, indeholder artikel 20 følgende mulighed: »Issue a provisional court order to the effect that the proceeds of the under-taking paid to the beneficiary are blocked, taking in account whether in the absence of such an order the principal/applicant would be likely to suffer serious harm«. Dette må antages nogenlunde at svare til foretagelse af arrest, hvilket i dansk ret må kunne foretages, hvis det bevismæssigt ligger fast, at der er foretaget et uberettiget træk.

Med henblik på at skabe ensartethed indeholder konventionen ikke alene regler om, at der kan nedlægges forbud i de nævnte tilfælde. Den afskærer tillige i artikel 20, stk. 3 anvendelse af forbud i andre tilfælde end de nævnte. Nedlæggelse af forbud mod udbetaling, uden at der er et klart bevis for, at trækket er uberettiget, vil derfor være i strid med konventionen. Da der således synes at være en høj grad af overensstemmelse mellem konventionens regler og dansk ret, må det anses for velbegrunderet at fastholde dansk ret i overensstemmelse med konventionens regler. Det vil ikke alene have den fordel, at dansk ret ikke reelt skal ændres ved en eventuel tiltrædelse af konventionen, men også den fordel, at det danske system virker forståeligt og acceptabelt i forhold til omverdenen.

### 3. Afsluttende bemærkninger

Misbrug af rene anfordringsgarantier kan næppe ganske udelukkes. Tilliden til anfordringsgarantier fordrer, at der ikke kan lægges vilkårlige hindringer i vejen for udbetaling, når et krav gøres gældende. I forskellige lande vurderes det lidt forskelligt, hvilket grundlag der kan berettige til at hindre udbetaling, når der er tale om et misbrug. FN-garantikonventionen indeholder regler om nægtelse af udbetaling, der i og for sig giver et godt grundlag i henseende til de faktiske omstændigheder, der kan begrunde en nægtelse. Men uanset dette vil det kunne være særdeles vanskeligt eller umuligt, inden for de tidsmæssige rammer der er til rådighed, at skaffe et bevis, der på tilstrækkelig måde godtgør, at trækket er uberettiget. Realiteten vil derfor ofte kunne være, at et træk ikke kan hindres, selv om det måtte være uberettiget. Ret beset er det den pris, det koster at betjene sig af et instrument, der giver beneficianten adgang til egenhændigt at foretage et træk uden medvirken af eller mulighed for inddragelse af uafhængige tredjemænd. Ønsker principalen/ordregiveren mere sikkerhed, må det opnås ved fastsættelse af garantiens udbetalingsbetingelser. Navnlig to muligheder kan komme på tale. Sikrest er en garanti, der er betinget af bevist misligholdelse, men en betydelig sikkerhed vil også kunne opnås ved vilkår om, at der kan træffes en foreløbig afgørelse af en uafhængig tredjemand i tilfælde af uenighed. Om principalen/ordregiveren ved forhandlinger om den kontrakt, der skal sikres ved garantien, kan få udformet vilkårene for en garanti på en af disse måder, må i vidt omfang afhænge af vedkommendes forhandlingsposition.