

Mw. mr. L. van Baren\*

## Documentair krediet en toepasselijk recht

### 1. INLEIDING

Het documentair krediet, ook wel *letter of credit* (hierna ook: L/C), wordt veelvuldig gebruikt in het internationale handelsverkeer ter verzekering van betaling. Het gebruik van een L/C stelt partijen in de gelegenheid zaken te doen, bijvoorbeeld wanneer er onvoldoende vertrouwen tussen hen bestaat om te handelen onder een *open account*.<sup>1</sup> Daarnaast kan betaling via een L/C ook zekerheid bieden wanneer een van de partijen in een politiek of economisch onstabiel land is gevestigd.

De zekerheidsfunctie van het documentair krediet is niet alleen van groot belang in het handelsverkeer in het algemeen, maar dient ook in het oog te worden gehouden bij het vaststellen van het toepasselijk recht op de diverse rechtsverhoudingen onder een documentair krediet. De zekerheidsfunctie van een documentair krediet blijft immers het beste gewaarborgd wanneer geen onduidelijkheid bestaat over het toepasselijke nationale recht. De arresten van de Hoge Raad van 6 april 2012, *Solvochem/Rafidain Bank*<sup>2</sup> en *Solvochem/Rasheed Bank*<sup>3</sup> geven aanleiding om te onderzoeken of de wijze waarop de Nederlandse rechters het toepasselijk recht op de rechtsverhoudingen onder het documentair krediet hebben bepaald, recht doet aan de zekerheidsfunctie van het documentair krediet. In deze arresten draaide het onder andere om de vraag naar het toepasselijke nationale recht op de verhouding tussen de openende bank en de begunstigde. Indien Nederlands recht op deze verhouding van toepassing zou zijn, dan was de vordering van de begunstigde verjaard. Indien Irakees op de vordering van toepassing zou zijn, dan was dit niet het geval.

In deze bijdrage zal worden onderzocht op welke wijze het toepasselijk recht op de rechtsverhoudingen onder

het documentair krediet dient te worden vastgesteld. Hierbij zal vooral worden ingezoomd op de vraag naar het toepasselijk recht op de verhouding tussen de openende bank en de begunstigde. Deze vraag stond ook centraal in de eerdergenoemde arresten van de Hoge Raad. Alvoorts nader in te gaan op het toepasselijk recht op de verhoudingen onder een L/C, zal eerst kort de functie en werking van een documentair krediet uiteen worden gezet (par. 2). Vervolgens zal worden besproken in welke situaties de nationale rechter gehouden is om het toepasselijk recht op de rechtsverhoudingen onder het documentair krediet vast te stellen (par. 3). Daarna zal kort aandacht worden besteed aan de kwalificatie van de rechtsverhoudingen onder het documentair krediet (par. 4). In par. 5 zal worden ingegaan op de systematiek van het EVO<sup>4</sup> en de Rome I<sup>5</sup>-Verordening. Vervolgens zal uiteengezet worden op welke wijze de Engelse rechters het toepasselijk recht op de diverse rechtsverhoudingen hebben bepaald (par. 6). Daarna zullen de arresten van de Hoge Raad van 6 april 2012 worden besproken (par. 7). In de laatste paragraaf (par. 8) zal een antwoord worden gegeven op de vraag op welke wijze het toepasselijk recht op de rechtsverhoudingen onder een L/C en met name de verhouding tussen de openende bank en de begunstigde, dient te worden bepaald.

### 2. DE FUNCTIE EN WERKING VAN HET DOCUMENTAIR KREDIET

De verplichting tot het stellen van een documentair krediet vloeit veelal voort uit een internationale koopovereenkomst waarbij de koper en de verkoper niet in hetzelfde land zijn gevestigd. Ter verzekering van betaling komen partijen overeen dat betaling aan de verkoper zal plaatsvinden door een bank tegen de presentatie van de juiste documenten. Een documentair krediet behelst dus

\* Mw. mr. L. van Baren is als advocaat verbonden aan Van Traa Advocaten te Rotterdam. De auteur dankt mr. dr. Sonja Kruisinga (Molengraaff Instituut voor Privaatrecht) en mr. Marc van Maanen (Van Traa Advocaten) voor hun commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

1. Zie bijvoorbeeld M.C. Bijl, 'Fundamental Breach in Documentary Sales Contracts', *EJCL* 2009-1, p. 19. Handelen onder een 'open account' betekent dat betaling door de koper geschiedt na ontvangst van de goederen. Bij het handelen onder een *open account* wordt er geen gebruik gemaakt van documenten (zoals een wissel). De verkoper draagt het solvabiliteits- en betalingsrisico. Zie W. Temmerman & B. Walters, *Buitenlandse handel*, Antwerpen: De Boeck NV 2008, p. 247 e.v.  
 2. HR 6 april 2012, *LJN* BV1522, *JOR* 2012, 218 (*Solvochem/Rafidain Bank*), m.nt. C. van der Plas.  
 3. HR 6 april 2012, *LJN* BV1523, *JOR* 2012, 217 (*Solvochem/Rasheed Bank*).  
 4. Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Rome 19 juni 1980, *Trb.* 1980, 156.  
 5. Verordening (EG) nr. 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *PbEU* 2008, L 177/6.

een onherroepelijke<sup>6</sup> betalingsverplichting van de (openende) bank jegens de begunstigde om te betalen tegen presentatie van conforme documenten.<sup>7</sup> Dit biedt enerzijds zekerheid voor de verkoper (de begunstigde). Er wordt op deze manier een (additionele) betalingsverplichting gecreëerd, namelijk de betalingsverplichting van de (openende) bank jegens de begunstigde. De verkoper is dan voor betaling niet langer afhankelijk van de solvabiliteit van de koper. Tevens biedt het gebruik van een documentair krediet zekerheid voor de koper (opdrachtgever), omdat er in de regel alleen dan betaald zal worden wanneer de juiste documenten worden aangeboden. De zekerheid dat er wordt betaald tegen de presentatie van conforme documenten blijft mede gewaarborgd door het onafhankelijkheidsbeginsel.<sup>8</sup> Dit beginsel houdt in dat de verhoudingen onder een documentair krediet onafhankelijk zijn van de koopovereenkomst. Dit betekent dat ook wanneer er tussen partijen een geschil ontstaat onder de koopovereenkomst, de bank zal uitbetalen tegen de presentatie van conforme documenten.

De opening van een documentair krediet voltrekt zich veelal als volgt. Op verzoek van de opdrachtgever (*applicant*) opent een openende bank (*issuing bank*) een documentair krediet. De opdrachtgever en de openende bank zijn veelal gevestigd in dezelfde jurisdictie. Als gevolg hiervan is de vraag naar het toepasselijke nationale recht op de relatie tussen de opdrachtgever en de openende bank zelden onderwerp van geschil. Vaak wordt er naast de openende bank nog een tweede bank in de transactie betrokken. Deze bank, veelal niet gevestigd in dezelfde jurisdictie als de openende bank (en de opdrachtgever), kan verschillende rollen vervullen in de transactie. Zo kan hij optreden als adviserende bank, corresponderende bank, negotiërende bank of confirmerende bank.

Een adviserende bank informeert de begunstigde wanneer de L/C is geopend en of de geopende L/C in overeenstemming is met hetgeen partijen zijn overeengekomen.<sup>9</sup> Indien een confirmerende bank in de transactie is betrokken,

neemt deze bank een zelfstandige verplichting op zich om te betalen aan de begunstigde tegen de presentatie van conforme documenten. De betrokkenheid van een confirmerende bank betekent in de regel niet dat de begunstigde zich niet rechtstreeks tot de openende bank kan wenden.<sup>10</sup> Een andere mogelijkheid is dat er naast de confirmerende/openende bank een bank optreedt als negotiërende bank. De negotiërende bank koopt, kort gezegd, de documenten van de begunstigde en betaalt de begunstigde vervolgens voor de in de L/C opgenomen dag van presentatie uit. De negotiërende bank zal de documenten vervolgens aanbieden aan de confirmerende of openende bank.<sup>11</sup> Indien een corresponderende bank in de transactie is betrokken, presenteert deze bank de documenten aan de openende bank namens de begunstigde.<sup>12</sup>

### 3. IN WELKE GEVALLEN IS HET TOEPASSELIJK RECHT OP L/C-VERHOUDINGEN VAN BELANG?

Ondanks dat de bij een L/C betrokken partijen vaak in verschillende landen zijn gevestigd, verloopt de afwikkeling van een dergelijke transactie veelal soepel. Onder leiding van de ICC (*International Chamber of Commerce*) zijn namelijk specifieke regels opgesteld, de UCP,<sup>13</sup> die de rechten en verplichtingen van partijen onder een documentair krediet grotendeels reguleren.<sup>14</sup> Mochten de UCP geen handvat bieden voor de oplossing van het geschil, dan is de rechter in sommige gevallen niet genoodzaakt om uitsluitel te geven ten aanzien van het toepasselijke nationale recht, omdat bijvoorbeeld de toepassing van het recht van de verschillende landen tot dezelfde uitkomst leidt.<sup>15</sup> Daarnaast worden geschillen over L/C's veelal beslist op basis van gebruiken die in de branche zijn ontstaan, de ISBP.<sup>16</sup>

Soms bieden de UCP en de ISBP geen aanknopingspunten voor de oplossing van een geschil. Indien partijen geen rechtskeuze hebben gemaakt, zal de rechter het

6. De UCP 600 gaan uit van een onherroepelijke betalingsverplichting. Vgl. echter artikel 6 UCP 500 waar ook de mogelijkheid van een herroepelijke betalingsverplichting wordt genoemd.
7. Een presentatie van conforme documenten betekent ingevolge artikel 2 UCP: 'A presentation that is in accordance with the terms and conditions of the credit, the applicable provisions of these rules and international standard banking practice.'
8. Artikel 4(a) UCP 600 bepaalt: 'A credit is by its nature a separate transaction from the sale or other contract on which it may be based. Banks are in no way concerned with or bound by such contract, even if any reference whatsoever to it is included in the credit. (...)'
9. Zie artikel 9 UCP 600.
10. D. Neo, in: P. Ellinger & D. Neo, *The Law and Practice of Documentary Credits*, Oxford: Hart Publishing 2010, p. 113 e.v. Vgl. ook artikel 6a UCP 600. Zie anders: Ph.H.J.G. van Huizen, *Inleiding Handelsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 71.
11. Artikel 2 UCP 600 bevat de volgende definitie van negotiatie: 'Negotiation means the purchase by the nominated bank of drafts (drawn on a bank other than the nominated bank) and/or documents under a complying presentation, by advancing or agreeing to advance funds to the beneficiary on or before the banking day on which reimbursement is due to the nominated bank.'
12. Vgl. de definitie van 'presenter' onder artikel 2 UCP 600.
13. *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*. Zie ICC publication no. 600 (rev. 2006). De UCP zijn van kracht vanaf 1 juli 2007.
14. In sommige gevallen is het dan ook niet noodzakelijk om het toepasselijk recht vast te stellen. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 29 oktober 1987, *NJ* 1989, 41; Rb. Rotterdam 23 april 2003, *S&S* 2004, 122. Een andere mogelijke oorzaak voor het beperkte aantal L/C-disputen voor de nationale rechter is het bestaan van DOCDEX (*Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise*), een tribunaal bestaande uit drie L/C-specialisten die het geschil beslissen. Partijen kunnen overeenkomen dat deze beslissing bindend is.
15. Bijvoorbeeld de Engelse rechter heeft in de zaak *Credit Industriel et Commercial v. China Merchants Bank* [2002] EWHC 973, QBD overwogen dat: 'It may be uncontroversial to state that the governing law of the L/C is French law. However, not only is there no evidence of any difference between French law and English law, it also hardly needs saying that this field affords a paradigm example of the need for avoidance of any difference in approach to UCP 500 as between jurisdictions.'
16. *International Standard Banking Practice for the Examination of Documents under Documentary Credits* (ISBP). Zie ICC Publication no. 681 (2007).

toepasselijke nationale recht op de rechtsverhouding dienen te bepalen aan de hand van de toepasselijke regels van internationaal privaatrecht. Het bepalen van het toepasselijke nationale recht is bijvoorbeeld relevant om te bepalen of een vordering is verjaard.<sup>17</sup> Ook kan het toepasselijke nationale recht relevant zijn om te bepalen of een van de betrokken partijen een vordering heeft uit hoofde van te late of onverschuldigde betaling,<sup>18</sup> of bijvoorbeeld ter beantwoording van de vraag of er een (rechtsgeldig) zekerheidsrecht gevestigd is.<sup>19</sup>

#### 4. KWALIFICATIE

De kwalificatie van de verschillende rechtsverhoudingen onder het documentair krediet is onderwerp van discussie in de literatuur. Enerzijds wordt betoogd dat deze rechtsverhoudingen in samenhang dienen te worden beschouwd. Zij zouden niet kunnen worden gezien als losse overeenkomsten.<sup>20</sup> Anderzijds wordt betoogd dat de verschillende verhoudingen onder het documentair krediet als afzonderlijke rechtsverhoudingen kunnen worden gekwalificeerd. In de Nederlandse rechtspraak worden de verhoudingen onder een documentair krediet separaat beschouwd.<sup>21</sup>

Bij een transactie onder een documentair krediet kunnen de volgende rechtsverhoudingen worden onderscheiden:

- i. de verhouding tussen de opdrachtgever (koper) en de openende bank;
- ii. de verhouding tussen de openende bank en de 'tweede' bank;
- iii. de verhouding tussen de 'tweede' bank en de begunstigde (verkoper);
- iv. de verhouding tussen de openende bank en de begunstigde.

In de volgende paragraaf zal nader in worden gegaan op de kwalificatie van deze separate verhoudingen onder het EVO en Rome I.

#### 5. HET EVO EN ROME I

Op 17 december 2009 is de Rome I-Verordening in werking getreden. Voor de inwerkingtreding van Rome I diende de Nederlandse rechter het toepasselijk recht op contractuele verhoudingen vast te stellen aan de hand van het EVO. Het EVO trad in Nederland in werking op 1 september 1991.

Onder het EVO, dat nog van toepassing is op overeenkomsten gesloten na september 1991 en de inwerkingtreding van Rome I, geldt dat bij gebreke van een rechtskeuze het toepasselijk recht dient te worden vastgesteld aan de hand van artikel 4 EVO. Artikel 4 lid 1 EVO bepaalt dat de overeenkomst wordt beheerst door het recht waarmee zij het nauwst is verbonden. Lid 2, 3 en 4 van artikel 4 EVO bevatten presumpties op basis waarvan het recht waarmee de overeenkomst het nauwst is verbonden, kan worden vastgesteld. Artikel 4 lid 2 EVO bepaalt dat de overeenkomst wordt beheerst door het recht van de plaats van vestiging van de kenmerkende prestant. Uit het Giuliano-Lagarde-rapport dat dient ter toelichting op het EVO volgt dat bij een overeenkomst gesloten met een bank in het algemeen de bank als kenmerkende prestant dient te worden aangemerkt en het recht van de plaats van vestiging van het bankfiliaal van toepassing is.<sup>22</sup> Dit betekent voor de rechtsverhoudingen onder een L/C dat de openende bank de kenmerkende prestant is in de relatie tot de begunstigde.<sup>23</sup> Dit geldt ook voor de confirmerende, negotiërende en adviserende bank in zijn relatie tot de begunstigde. Artikel 4 lid 5 EVO bepaalt dat het recht dat wordt aangewezen door artikel 4 lid 2 EVO terzijde mag worden geschoven wanneer uit alle omstandigheden volgt dat de overeenkomst nauwer is verbonden met het recht van een ander land. Zoals in de volgende paragraaf (par. 6) nader uiteen zal worden gezet, hebben de Engelse rechters bij het bepalen van het toepasselijk recht op de rechtsverhoudingen onder een L/C meerdere malen het recht van de plaats van vestiging van

17. HR 6 april 2012, *LJN* BV1522, *JOR* 2012, 218 (*Solvochem/Rafidain Bank*); HR 6 april 2012, *LJN* BV1523, *JOR* 2012, 217 (*Solvochem/Rasheed Bank*).

18. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 27 februari 2008, *S&S* 2009, 128. Zie ook A. Markstein, 'The Law Governing Letters of Credit', 16 *Auckland U.L. Rev.* 138 (2010), p. 151-153.

19. T.H.D. Struycken, 'Een letter of credit en accessoire aanknopng', *NIPR* 2001, 1, p. 204-206.

20. J.F. Dolan, *The Law of Letters of Credit*, Austin: A.S. Pratt & Sons, p. 3-6 (losbl. editie 2006). Zie ook R. Goode, 'Abstract Payment Undertakings in International Transactions', *Brooklyn Journal of International Law*, 1996-1997, p. 3.

21. Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 8 augustus 2002, *LJN* AE6878; Rb. Rotterdam 27 september 2006, *NIPR* 2006, 470; Rb. Rotterdam 5 november 2008, *LJN* BG3800; Rb. Rotterdam 6 mei 2009, *LJN* BI6287; Rb. Rotterdam 5 Augustus 2009, *LJN* BJ5605; Hof Amsterdam 25 mei 2010, *S&S* 2011, 102; Hof 's-Gravenhage 27 juli 2010, *S&S* 2011, 52; Hof 's-Gravenhage 30 november 2010, *S&S* 2011, 76.

22. M. Giuliano & P. Lagarde, Rapport betreffende het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *PbEG* 1980, C 282/1, p. 20.

23. In de Nederlandse literatuur is de vraag aan de orde gekomen of het toepasselijk recht op de diverse rechtsverhoudingen onder een documentair krediet dient te worden vastgesteld aan de hand van het Haags Vertegenwoordigingsverdrag in plaats van aan de hand van het EVO (of Rome I). Betoogd is dat de diverse verhoudingen onder een L/C in meer of mindere mate kunnen worden gekwalificeerd als vertegenwoordigingsrelaties. De Nederlandse rechter zou het toepasselijk recht dan dienen te bepalen aan de hand van het Vertegenwoordigingsverdrag. Smeehuijzen wijst echter op het volgende. Op grond van artikel 7 van het Vertegenwoordigingsverdrag is het op basis van artikel 6 van dit verdrag aangewezen recht van toepassing, indien het tot stand brengen van de vertegenwoordigingsrelatie het hoofddoel van de overeenkomst vormt. Dit is volgens Smeehuijzen bij een documentair krediet niet het geval. Het hoofddoel van de overeenkomst is de betaling aan de begunstigde. Om deze reden zou het toepasselijk recht niet dienen te worden bepaald aan de hand van artikel 6 Vertegenwoordigingsverdrag, maar aan de hand van de regels van het EVO (nu Rome I), zo betoogd Smeehuijzen. Zie J.L. Smeehuijzen, 'Ongeschiktheid van de leer van de karakteristieke prestatie in een meerpartijenverhouding; de letter of credit en artikel 4 EVO', *NIPR* 2002, 1, p. 11. Ik sluit mij bij Smeehuijzen aan. Om deze reden zal in deze bijdrage niet nader worden ingegaan op het Vertegenwoordigingsverdrag. Zie over de toepasselijkheid van het Vertegenwoordigingsverdrag ook Struycken, t.a.p., p. 205 en M.N. Boon, *De internationale koop en het documentair accreditief ingevolge de UCP 1993*, Deventer: Kluwer 1997, p. 430.

de kenmerkende prestant terzijde geschoven en op grond van artikel 4 lid 5 EVO aangeknoopt bij een ander recht.

Uit de beschikbare Nederlandse rechtspraak volgt dat de Nederlandse rechter het toepasselijk recht op de rechtsverhoudingen onder een L/C altijd heeft bepaald aan de hand van artikel 4 lid 2 EVO. De Nederlandse rechter paste artikel 4 lid 5 EVO niet toe om aan te knopen bij een ander recht dan het recht dat werd aangewezen door artikel 4 lid 2 EVO. Gezien de restrictieve uitleg die door de Hoge Raad in het *Balenpers*-arrest<sup>24</sup> aan artikel 4 lid 5 EVO was toegekend, was hier destijds ook niet of nauwelijks ruimte voor.<sup>25</sup> In dit arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat van het recht dat wordt aangewezen door artikel 4 lid 2 EVO slechts mag worden afgeweken indien uit *alle* omstandigheden volgt dat de overeenkomst nauwer verbonden is met het recht van een ander land.

Uit het arrest van het Hof van Justitie inzake *ICF/Balkenende*<sup>26</sup> volgt dat artikel 4 lid 5 EVO minder restrictief dient te worden uitgelegd dan de uitleg die de Hoge Raad in het *Balenpers*-arrest aan deze bepaling had gegeven.<sup>27</sup> Het Hof van Justitie oordeelde dat het recht dat wordt aangewezen door artikel 4 lid 2 EVO, terzijde mag worden geschoven indien met inachtneming van alle omstandigheden blijkt dat de overeenkomst nauwer is verbonden met het recht van een ander land. Voor L/C's waarop het EVO van toepassing is, biedt dit arrest ook voor de Nederlandse rechter de mogelijkheid om bij het bepalen van het toepasselijk recht op L/C-verhoudingen het toepasselijk recht dat wordt aangewezen door artikel 4 lid 2 EVO terzijde te schuiven indien er sprake is van een nauwere verbondenheid met het recht van een ander land.

Op overeenkomsten gesloten na 17 december 2009 dient de Nederlandse rechter het toepasselijk recht te bepalen aan de hand van Rome I. Bij gebreke van een rechtskeuze dient het toepasselijk recht te worden bepaald aan de hand van artikel 4 Rome I. Artikel 4 lid 1 Rome I bevat diverse presumpties. Artikel 4 lid 1 onder b Rome I bepaalt dat op overeenkomsten van dienstverlening het recht van het land waar de dienstverlener zijn gewone verblijfplaats heeft, van toepassing is. Het begrip 'dienstverlener' in de verordening dient autonoom te worden uitgelegd. Voor de uitleg van dit begrip dient te worden aangeknoopt bij de uitleg die aan dit begrip is gegeven onder de EEX-Verordening.<sup>28</sup> In de literatuur is betoogd dat verschillende verhoudingen onder een L/C, zoals de verhouding tussen de opdrachtgever en de

openende bank, de verhouding tussen de openende bank en de begunstigde en de verhouding tussen de begunstigde en de adviserende of confirmerende bank kunnen worden gekwalificeerd als een overeenkomst van dienstverlening.<sup>29</sup> In deze verhouding dient de bank telkens als dienstverlener te worden aangemerkt. Wat betreft de kwalificatie van de verhoudingen tussen de banken onderling is betoogd dat ook de verhouding tussen de adviseerende bank en de openende bank en de verhouding tussen de openende bank en de confirmerende bank kunnen worden gekwalificeerd als dienstverlening.<sup>30</sup> Het is de vraag of de verhouding tussen een negotiërende bank en de openende bank kan worden gekwalificeerd als dienstverlening, aangezien deze bank, kort gezegd, de documenten koopt van de begunstigde en deze vervolgens aanbiedt aan de openende bank.<sup>31</sup> Indien het toepasselijk recht niet kan worden bepaald aan de hand van de presumpties, zoals mogelijk in geval van de relatie tussen de negotiërende en de openende bank, dient het toepasselijk recht te worden bepaald aan de hand van artikel 4 lid 2 Rome I. Dit artikel bepaalt dat de verbintenis wordt beheerst door het recht van de plaats van vestiging van de kenmerkende prestant, eenzelfde concept als onder artikel 4 lid 2 EVO. Artikel 4 lid 3 Rome I bepaalt dat indien uit alle omstandigheden blijkt dat de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander land, het recht van dat andere land van toepassing is. Ook Rome I biedt dus de mogelijkheid om bij het bepalen van het toepasselijk recht aan te knopen bij een ander recht dan het recht dat wordt aangewezen door artikel 4 lid 1 of artikel 4 lid 2 Rome I.

## 6. DE BENADERING VAN DE ENGELSE RECHTERS ONDER COMMON LAW EN HET EVO

Voordat het EVO in Engeland in werking trad, dus voor april 1991, bepaalden Engelse rechters het toepasselijk recht op de diverse rechtsverhoudingen onder het documentair krediet door toepassing van de 'closest connection'-test. Om een antwoord te vinden op de vraag welk recht het nauwst met de L/C was verbonden, werden verschillende factoren in ogenschouw genomen. Deze factoren waren bijvoorbeeld de plaats waar het documentair krediet beschikbaar was, de vestigingsplaats van partijen, de valuta die was opgenomen in de L/C en de taal waarin de L/C was opgesteld.<sup>32</sup>

De benadering die door de Engelse rechters was ingezet onder *common law* is min of meer voortgezet onder het

24. HR 25 september 1992, NJ 1992, 750 (*Balenpers*).

25. T.H.D. Struycken, t.a.p., p. 206.

26. HvJ EG 6 oktober 2009, nr. C-133/08, NIPR 2009, 275, NJ 2010, 168 (*Intercontainer Interfrigo SC (ICF)/Balkenende Oosthuizen BV*).

27. Zie ook M.V. Polak, 'Van balenpers tot treinwagons: het conflictenrecht met betrekking tot verbintenissen uit overeenkomst', AA 2009, p. 830-837.

28. Zie overweging 17 van de preambule bij Rome I.

29. M. van Maanen & A. van Veen, 'Toepasselijk recht op documentair kredietverhoudingen onder het EVO en Rome I', NIPR 2012, 1, p. 15 en 18; Y. Min, in: P. Ellinger & D. Neo, t.a.p., p. 362 e.v.

30. Y. Min, in: P. Ellinger & D. Neo, t.a.p., p. 363.

31. Volgens Min kan ook de verhouding tussen de openende bank en de negotiërende bank worden gekwalificeerd als een overeenkomst van dienstverlening. Zie Y. Min, in: P. Ellinger & D. Neo, t.a.p., p. 363. Van Maanen en Van Veen plaatsen hier vraagtekens bij. Zie M. van Maanen & A. van Veen, t.a.p. p. 18, met name voetnoot 44.

32. Zie bijvoorbeeld *Offshore International S.A. v. Banco Central S.A.* [1976] 2 Lloyd's Rep 402; *Power Curber International Ltd v. National Bank of Kuwait S.A.K.* [1981] 2 Lloyd's Rep 394.

EVO. Een belangrijke uitspraak waarbij de Engelse rechter het EVO heeft toegepast om het toepasselijk recht op de diverse rechtsverhoudingen onder het documentair krediet te bepalen is *Bank of Baroda v. Vysya Bank*.<sup>33</sup> In deze zaak diende de Engelse rechter het toepasselijk recht te bepalen op de verhouding tussen de openende bank gevestigd in India en de confirmerende bank gevestigd in Engeland. De Engelse rechter overwoog dat de confirmerende bank in deze verhouding als de kenmerkende prestant diende te worden aangemerkt. De rechter stelde vervolgens vast dat de verhouding tussen de openende bank en de confirmerende bank werd beheerst door Engels recht.

Hoewel alleen de vraag naar het toepasselijk recht op de relatie tussen de openende bank en de confirmerende bank in het geding was, lichtte de rechter, *Mance J*, in een *obiter dictum* toe welk recht op de overige verhoudingen in de transactie van toepassing was. Hij overwoog dat op grond van artikel 4 lid 2 EVO Indiaas recht van toepassing was op de relatie tussen de Indiase openende bank en de begunstigde. De in India gevestigde openende bank is in deze relatie de kenmerkende prestant. Dit werd niet wenselijk geacht, omdat de relatie tussen de confirmerende bank en de begunstigde en de relatie tussen de confirmerende bank en de openende bank werd beheerst door Engels recht. *Mance J* overwoog vervolgens:

‘In the present case the application of Article 4(2) would lead to an irregular and subjective position where the governing law of a letter of credit would vary according to whether one was looking from the position of the confirming bank or the issuing bank. It is of great importance to both beneficiaries and banks concerned in the issue and operation of international letters of credit that there should be clarity and simplicity in such matters. Article 4(5) provides the answer.’

*Mance J* kwam dan ook tot het oordeel dat de verhouding tussen de openende bank en de begunstigde nauwer is verbonden met Engeland. Hier dienen de documenten te worden aangeboden en wordt door de confirmerende bank de beslissing gemaakt om uit te keren. Engels recht is dan ook van toepassing op de verhouding tussen de openende bank en de begunstigde.

De wenselijkheid van de toepassing van hetzelfde recht is door de Engelse rechter opnieuw benadrukt in de zaak

*Marconi Communications International Ltd v. PT Pan Indonesia Bank TBK*<sup>34</sup> (hierna ook: Marconi). In deze zaak was een geschil ontstaan tussen Marconi Communications, de begunstigde, en PT Pan Indonesia Bank (hierna: Panin), de confirmerende bank, gevestigd in Indonesië. De *negotiable* L/C was uitgegeven door Hastin Bank te Indonesië, de openende bank. Standard Chartered Bank (hierna: SCB) in Londen zou aanvankelijk de rol vervullen van negotiërende bank, maar trad feitelijk op als adviserende en corresponderende bank (*collecting bank*). Na de opening van het documentair krediet ging Hastin Bank (de openende bank) failliet. Marconi Communications stelde vervolgens een vordering in tegen Panin (de confirmerende bank).

De Engelse rechter diende het toepasselijk recht te bepalen en paste het EVO toe. De rechter overwoog dat de verhouding tussen de begunstigde en de confirmerende bank op grond van artikel 4 lid 2 EVO in beginsel wordt beheerst door het recht van Indonesië. Immers, Panin is in deze verhouding als de kenmerkende prestant aan te merken. De Engelse rechter overwoog vervolgens dat de rechtsverhoudingen nauwer verbonden (artikel 4 lid 5 EVO) waren met het recht van de plaats van vestiging van de adviserende bank, omdat het krediet hier beschikbaar is.<sup>35</sup> Bovendien, althans daar gingen partijen bij het openen van de L/C van uit, zou SCB het krediet negotiëren en zou zij niet ‘slechts’ optreden als adviserende/corresponderende bank.

De ‘Engelse’ opvatting heeft veel bijval gekregen in de literatuur.<sup>36</sup> Het onderwerpen van de verhouding tussen de openende bank en de begunstigde, de verhouding tussen de openende bank en de tweede bank en de verhouding tussen de tweede bank en de begunstigde aan hetzelfde recht zou het meeste recht doen aan de onderlinge verwevenheid van de rechtsverhoudingen.<sup>37</sup> Daarnaast zou het toepassen van hetzelfde recht op deze verhoudingen het meest praktisch zijn en het meeste recht doen aan de commerciële verwachtingen van partijen.<sup>38</sup> De wenselijkheid van de toepassing van hetzelfde recht op deze verhouding is vooral benadrukt in de situatie waarbij er een negotiërende of confirmerende bank in de transactie is betrokken. De verhoudingen zouden dan dienen te worden beheerst door het recht van de *place of performance*, het recht van de plaats waar de documenten worden gecontroleerd en de beslissing wordt genomen om uit te betalen.<sup>39</sup> Deze plaats is van groot belang, omdat

33. *Bank of Baroda v. Vysya Bank* [1994] 2 Lloyd’s Rep 87.

34. *Marconi Communications International Ltd v. PT Pan Indonesia Bank TBK* [2005] EWCA Civ 422, [2007] 2 Lloyd’s Rep 72.

35. *Marconi Communications International Ltd v. PT Pan Indonesia Bank TBK* [2005] EWCA Civ 422, [2007] 2 Lloyd’s Rep 72. De Court of Appeal overwoog: ‘In the context of the overall purpose of a letter of credit transaction, when considering the contracts arising between the seller/beneficiary and the issuing bank or confirming bank, the geographical location of the factors which, absent the presumption contained in Article 4(2), are of most significance when considering the closest connection with a particular country, are not the location of the central administration or place of business of either of those banks but the place where the documents necessary to procure payment to the seller/beneficiary are to be presented and checked.’

36. Zie bijvoorbeeld A. Malek & D. Quest, *Jack: Documentary Credits*, Haywards Heath, West Sussex: Tottel Publishing 2009, p. 402; M.A.W. van Maanen, ‘Enkele recente ontwikkelingen in het documentair kredietrecht’, *NTHR* 2007-2, p. 61-63; J.L. Smeehuijzen, t.a.p., p. 10; C.G.J. Morse, ‘Letters of Credit and the Rome Convention’, *LMCLQ* 1994, p. 569.

37. M. van Maanen & A. van Veen, t.a.p., p. 18.

38. A. Malek & D. Quest, t.a.p., p. 404.

39. D. Petkovic, ‘The Proper Law of Letters of Credit’, *JIBL* 1995, p. 142; C.G.J. Morse, ‘Letters of Credit and the Rome Convention’, *LMCLQ* 1994, p. 569.

de presentatie van conforme documenten de voorwaarde is voor betaling onder de L/C.<sup>40</sup>

Er is ook kritiek geuit op de wijze waarop de Engelse rechters artikel 4 lid 5 EVO hebben toegepast.<sup>41</sup> Ten aanzien van de *Marconi*-zaak is betoogd dat de Engelse rechter te veel gewicht zou hebben toegekend aan de plaats waar het krediet beschikbaar was, namelijk bij de SCB te Engeland. Deze bank trad 'slechts' op als adviseerende en corresponderende bank. De L/C was beschikbaar in Engeland, maar de beslissing om uit te betalen tegen de presentatie van conforme documenten (*place of performance*) werd gemaakt in Indonesië. Hare merkt terecht op dat de '*place of performance*' vaak, maar niet altijd samenvalt met de plaats waar het krediet beschikbaar is.<sup>42</sup> In dat laatste geval, zo betoogt Hare, zou er door de Engelse rechter meer gewicht moeten worden toegekend aan artikel 4 lid 2 EVO.<sup>43</sup> Het recht van de plaats van vestiging van de kenmerkende prestant zou niet enkel terzijde moeten worden geschoven voor het recht van de plaats waar het krediet beschikbaar is.

Het aanknopen bij de plaats van beschikbaarheid van een L/C leidt mogelijk tot onzekerheid in geval van een *freely negotiable* L/C. Een dergelijke L/C kan worden aangeboden aan elke bank. De plaats van beschikbaarheid van het krediet is dan afhankelijk van de plaats waar de begunstigde de documenten aanbiedt aan de negotiërende bank. Om deze onzekerheid te ondervangen betogen Malek en Quest dat bij een *freely negotiable* L/C het toepasselijk recht niet moet worden bepaald aan de hand van de plaats van beschikbaarheid van de L/C.<sup>44</sup> In een dergelijk geval zou het recht van de plaats van vestiging van de openende bank van toepassing moeten zijn op de verhoudingen onder de L/C (met uitzondering van de verhouding tussen de opdrachtgever en de openende bank). Deze auteurs, die de Engelse opvatting in beginsel delen, betogen dus dat er niet in elke situatie dient te worden aangeknoopt bij de plaats van beschikbaarheid van de L/C.

Ook in de Amerikaanse literatuur is kritiek geuit over de wijze waarop de Engelse rechters het toepasselijk recht hebben bepaald in de *Marconi*-zaak. Deze kritiek richt zich niet zozeer tegen het gewicht dat is toegekend aan de plaats van beschikbaarheid van het documentair krediet of de toepassing van artikel 4 EVO. Deze kritiek richt zich met name op de opvatting van de Engelse rechter dat de rechtsverhoudingen onder een L/C, met uitzondering van de verhouding tussen de opdrachtgever en de openende bank, zouden moeten worden beheerst door hetzelfde recht. Byrne schrijft bijvoorbeeld dat:

'It is assumed by all banks and is the law in most countries that, absent the identification of another applicable law in the credit, the law of the issuer would govern its obligation as to the beneficiary. There is a similar understanding with respect to the confirmer and other banks. The court is incorrect in its assumption that all of these obligations must be governed by the same law. They are separate undertakings and the commercial expectation is that they are made subject to their own law. Therefore, in the absence of a choice of law provision in the confirmation of the credit, the confirmer would expect its confirmation to be governed by its own law.'<sup>45</sup>

## 7. DE ARRESTEN VAN DE HOGE RAAD VAN 6 APRIL 2012

Op 6 april 2012 heeft de Hoge Raad een tweetal arresten gewezen waarin onder andere de vraag centraal stond welk recht van toepassing was op de verhouding tussen de openende bank en de begunstigde. De feiten in deze zaken zijn als volgt. Solvochem, gevestigd in Nederland, had een tweetal koopovereenkomsten gesloten. Ter voltooiing van de koopprijs waren meerdere L/C's geopend door de Rasheed Bank respectievelijk de Rafidain Bank, gevestigd te Irak. De L/C's waren geopend ten gunste van Solvochem. De ABN Amro Bank in Nederland trad in beide transacties op als adviseerende bank. De vraag naar het toepasselijk recht was relevant om te bepalen of de vordering van Solvochem was verjaard. Indien Nederlands recht van toepassing zou zijn, zou de vordering zijn verjaard. Indien Irakees recht van toepassing zou zijn, was dit niet het geval.

In eerste aanleg kwam de Rechtbank Rotterdam<sup>46</sup> niet toe aan de vraag naar het toepasselijk recht op de verhouding tussen de openende bank en de begunstigde. De Rechtbank Amsterdam<sup>47</sup> oordeelde in eerste aanleg dat de verhouding tussen de openende bank en de begunstigde werd beheerst door het recht van de plaats van vestiging van de openende bank, Irak.

In appèl dienden het Hof 's-Gravenhage<sup>48</sup> en het Hof Amsterdam<sup>49</sup> zich uit te laten over het toepasselijk recht op de verhouding tussen de openende bank en de begunstigde. Beide hoven oordeelden dat Irakees recht van toepassing was op de relatie tussen de openende Irakese bank en de begunstigde, Solvochem. De openende Irakese banken werden in deze verhouding als de kenmerkende prestant aangemerkt en er was geen reden om het toepasselijke Irakese recht op basis van artikel 4 lid 5 EVO terzijde te schuiven, aldus de hoven.

40. M. van Maanen & A. van Veen, t.a.p., p. 18.; A.Y. Gozlan, *International Letters of Credit: Resolving Conflict of Laws Disputes*, London: Kluwer Law International 1999, p. 11.

41. J.M. Carruthers & J.J. Fawcett (red.), *Cheshire, North & Fawcett – Private International Law*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 720; J. Hill, 'Choice of Law In Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts', *ICLQ* 2004, p. 325-350.

42. C. Hare, 'The Rome Convention and Letters of Credit – Marconi v Pan Indonesia Bank', *LMCLQ* 2005, p. 419.

43. C. Hare, t.a.p., p. 419.

44. A. Malek & D. Quest, t.a.p., p. 407.

45. J.E. Byrne, R. Saleeby & S.G. Penny, *International Letter of Credit Law and Practice*, Thomson Reuters 2012, p. 248.

46. Rb. Rotterdam 23 april 2008, *LJN* BD3190 (*Solvochem/Rasheed Bank*).

47. Rb. Amsterdam 4 juni 2008, nr. 319196/HA ZA 05-1837 (*Solvochem/Rafidain Bank*).

48. Hof 's-Gravenhage 30 november 2010, *LJN* BP3078 (*Solvochem/Rasheed Bank*).

49. Hof Amsterdam 20 mei 2010, *LJN* BN5113, *NIPR* 2011, 21 (*Solvochem/Rafidain Bank*).

In cassatie stond onder andere de vraag centraal of de beide hoven het EVO op de juiste wijze hadden toegepast bij het bepalen van het toepasselijk recht op de vordering van Solvochem.<sup>50</sup> De Irakese banken voerden in cassatie aan dat de hoven hadden miskend dat het documentair krediet een meerpartijenverhouding is die naar haar aard geen kenmerkende prestatie kent en dat derhalve het toepasselijk recht op deze verhouding niet dient te worden vastgesteld op grond van artikel 4 lid 2 EVO. Tevens voerden de banken aan dat de hoven hebben miskend dat ter bepaling van het toepasselijke nationale recht niet alleen dient te worden gekeken naar de verhouding tussen de openende bank en de begunstigde, maar dat ook de plaats waar het krediet beschikbaar was in ogenschouwing diende te worden genomen.

Deze cassatiemiddelen werden door de Hoge Raad verworpen. De Hoge Raad overwoog in beide zaken dat de hoven geen blijk hadden gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door vast te stellen dat de openende bank in de relatie tot de begunstigde als kenmerkende prestant is aan te merken. De Hoge Raad voegde hier in dezelfde rechtsoverweging aan toe:

‘[d]e omstandigheid dat het documentair krediet onderdeel is van een meerpartijenverhouding staat daaraan evenmin in de weg, nu in een geschil als het onderhavige uitsluitend de rechtsverhouding tussen de bank en de begunstigde aan de orde is.’<sup>51</sup>

De Hoge Raad overwoog vervolgens dat de hoven niet hadden miskend dat de omstandigheden van het geval een uitzondering op de hoofdregel van artikel 4 lid 2 EVO met zich mee kunnen brengen. De hoven hebben geoordeeld dat van dergelijke omstandigheden die wijzen op een nauwere band met het recht van een ander land geen sprake is. De Hoge Raad overwoog dat dit een aan het hof als feitenrechter voorbehouden waardering is. Volgens de Hoge Raad is de waardering van beide hoven niet onbegrijpelijk.

Het oordeel van de Hoge Raad is op dit punt in lijn met de conclusie van advocaat-generaal Vlas. De advocaat-generaal schrijft:

‘Ik zie niet in waarom een documentair krediet als het onderhavige naar haar aard geen kenmerkende prestatie kent. Er is geen twijfel mogelijk dat in de rechtsverhou-

dingen tussen Rasheed als kredietopenende bank en Solvochem als begunstigde, de bank de kenmerkende prestatie moet verrichten, namelijk de verplichting om onder bepaalde voorwaarden over te gaan tot betaling van een geldbedrag. In deze rechtsverhouding dient de betalingsverplichting van de kredietopenende bank als kenmerkende prestatie te worden beschouwd. Anders dan het onderdeel betoogt, zie ik niet in dat de betaalbaarstelling van de L/C's in Nederland en de overige (...) omstandigheden, tot een ander oordeel zouden moeten leiden.’<sup>52</sup>

De arresten van de Hoge Raad zijn in lijn met eerdere lagere rechtspraak in Nederland,<sup>53</sup> maar wijken af van de Engelse rechtspraak. De Engelse rechters knopen bij het bepalen van het toepasselijk recht op de verhouding tussen de openende bank en de begunstigde aan bij de plaats van beschikbaarheid van de L/C. Van der Plas merkt terecht in haar noot bij de arresten op dat het oordeel van de hoven en de Hoge Raad mogelijk anders was geweest wanneer ABN Amro Bank niet was opgetreden als adviserende, maar als confirmerende of negotiërende bank.<sup>54</sup> Immers, indien een confirmerende of negotiërende bank in de transactie betrokken is, dan valt de plaats van beschikbaarheid samen met de *place of performance*. Hierover heeft de Hoge Raad zich (nog) niet uitgelaten.

De benadering van de Nederlandse rechters om het toepasselijk recht op de verhoudingen afzonderlijk te bepalen en niet aan te knopen bij de plaats van beschikbaarheid, staat niet op zichzelf. Ook in jurisdicties waar de Europese regels van internationaal privaatrecht niet gelden, wordt het toepasselijk recht op de verhoudingen onder een L/C afzonderlijk bepaald en wordt niet aangeknoopt bij de plaats van beschikbaarheid. Dit is bijvoorbeeld het geval in de Verenigde Staten. In tegenstelling tot de meeste andere rechtssystemen bevat de UCC (*Uniform Commercial Code*) van de Verenigde Staten een specifieke regeling voor het bepalen van het toepasselijk recht op een rechtsverhouding voortvloeiende uit het documentair krediet wanneer de ‘liability’ van een betrokken bank in het geding is. Bij gebreke van een rechtskeuze wordt op grond van artikel 5-116 (b) UCC<sup>55</sup> de ‘liability of an issuer, nominated person or adviser for action or omission’ beheerst door het recht van de plaats van vestiging van die betreffende bank. Byrne schrijft over de *lex loci*-benadering van artikel 5-116 (b) UCC:

50. In beide procedures draaide het eveneens om de vraag of de vordering van Solvochem een wisselvordering was of een vordering onder het documentair krediet. Voor een nadere bespreking van dit vraagstuk verwijs ik naar M. van Maanen & A. van Veen, t.a.p., p. 14-15. Tevens dient te worden opgemerkt dat alle L/C's waren geopend voor de inwerkingtreding van het EVO. Desalniettemin wordt aansluiting gezocht bij het EVO.

51. HR 6 april 2012, L/JN BV1523, JOR 2012, 217, r.o. 3.7.3 (*Solvochem/Rasheed Bank*) en HR 6 april 2012, L/JN BV1522, JOR 2012, 218, r.o. 3.5.4.

52. Zie de conclusie van advocaat-generaal Vlas bij beide arresten onder nr. 2.37.

53. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 6 mei 2009, L/JN BI6287; Hof 's-Gravenhage 27 juli 2010, S&S 2011, 52. Ook in eerdere Nederlandse jurisprudentie werd telkens het toepasselijk recht bepaald aan de hand van artikel 4 lid 2 EVO. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 5 augustus 2009, L/JN BJ5605; Rb. Rotterdam 5 november 2008, L/JN BG3800; Rb. Rotterdam 27 september 2006, NIPR 2006, 470; Rb. Rotterdam 23 april 2003, S&S 2004, 122.

54. HR 6 april 2012, L/JN BV1522, JOR 2012, 218 (*Solvochem/Rafidain Bank*), m.nt. C. van der Plas onder nr. 7.

55. Artikel 5-116 (b) UCC bepaalt: ‘(...) [t]he liability of an issuer, nominated person, or adviser for action or omission is governed by the law of the jurisdiction in which the person is located. (...) For the purpose of jurisdiction, choice of law, and recognition of interbranch letters of credit, but not enforcement of a judgment, all branches of a bank are considered separate juridical entities and a bank is considered to be located at the place where its relevant branch is considered to be located under this subsection.’

'the lex loci approach reflects older choice of law analysis which has been displaced in many situations by a more supple analysis based on various factors. Whatever the attractions and advantages of these approaches, certainty of result is not one of them. As a result, the modern common law rule has never attracted support for letter-of-credit-related matters.'<sup>56</sup>

## 8. CONCLUSIE

De arresten van de Hoge Raad van 6 april 2012 illustreren (nogmaals) dat er geen uniformiteit bestaat over de wijze waarop het toepasselijk recht op de diverse verhoudingen onder een L/C dient te worden bepaald. Indien de zaak tussen de Iraakse openende banken en Solvochem door een Engelse rechter was beoordeeld, dan had deze rechter zeer waarschijnlijk geoordeeld dat niet Irakees, maar Nederlands recht van toepassing was op de verhouding tussen de banken en de begunstigde. De plaats van beschikbaarheid van het documentair krediet was immers gelegen in Nederland. Het feit dat Engelse en Nederlandse rechters het toepasselijk recht op de rechtsverhoudingen onder een documentair krediet op een andere wijze bepalen, leidt tot rechtsonzekerheid.

Naar verwachting zal Rome I niet zorgen voor uniformiteit in de wijze waarop het toepasselijk recht op de rechtsverhoudingen onder een L/C door de Nederlandse en Engelse rechters wordt bepaald.<sup>57</sup> Het uitgangspunt onder Rome I is dat het toepasselijk recht dient te worden bepaald aan de hand van de presumpties van artikel 4 lid 1 Rome I. Mocht het toepasselijk recht niet kunnen worden bepaald aan de hand van deze presumpties, dan bepaalt artikel 4 lid 2 Rome I dat het recht van de plaats van vestiging van de kenmerkende prestant van toepassing is. Nu ook onder Rome I, namelijk op grond van artikel 4 lid 3 Rome I, de mogelijkheid bestaat om wanneer er sprake is van nauwere verbondenheid met het recht van een ander land niet aan te knopen bij het recht dat wordt aangewezen door artikel 4 lid 1 Rome I of artikel 4 lid 2 Rome I, zullen de Engelse rechters waarschijnlijk het toepasselijk recht op de verhoudingen onder een documentair krediet niet op een andere wijze vaststellen dan zij onder het EVO deden. De hoop is gevestigd op een uitspraak van het Hof van Justitie waarin duidelijkheid wordt gegeven over het bepalen van het toepasselijk recht op de rechtsverhoudingen onder een L/C.

Ik ben van mening dat bij het bepalen van het toepasselijk recht op de verhoudingen onder een documentair krediet de systematiek van het EVO en Rome I gevolgd dient te worden, en niet (te snel) dient te worden aangeknoopt bij bijvoorbeeld de plaats van beschikbaarheid van een documentair krediet. Wanneer ingezoomd wordt op de verhouding tussen de banken en de begunstigde zou dit zowel onder het EVO als onder Rome I betekenen dat het recht van de plaats van vestiging van de openende bank de verhouding tussen de openende bank en de begunstigde beheerst. Deze bank is de kenmerkende prestant (artikel 4 lid 2 EVO) c.q. de dienstverlener (artikel

4 lid 1 onder b Rome I) in deze verhouding. Wanneer de begunstigde de documenten rechtstreeks aan de openende bank presenteert, wordt ook op deze plaats de beslissing gemaakt om al dan niet uit te betalen. Indien dit het geval is, zou er niet moeten worden aangeknoopt bij het recht van de plaats van vestiging van een andere bank.

In de relatie tussen de adviserende, confirmerende en negotiërende bank, en de begunstigde is ook de bank de kenmerkende prestant, dan wel de dienstverlener. Deze verhouding wordt dan ook beheerst door het recht van de plaats van vestiging van de bank. Door Rome I op deze wijze toe te passen, worden de banken in de transactie niet geconfronteerd met 'vreemd' recht in hun verhouding tot de begunstigde. Bovendien wordt op deze wijze vastgehouden aan de systematiek van Rome I. Binnen deze systematiek is gekozen om uit te gaan van het recht van de plaats van vestiging van de dienstverlener dan wel de kenmerkende prestant. Of het Hof van Justitie deze benadering zal volgen is onzeker. Om deze reden is het raadzaam voor alle betrokken partijen bij een L/C om een rechtskeuze als bedoeld in artikel 3 Rome I op te nemen.

56. J.E. Byrne, R. Saleeby & S.G. Penny, t.a.p., p. 231.

57. Y. Min, in: P. Ellinger & D. Neo, t.a.p., p. 383.