

NEDERLANDS INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

Enforcement US punitive damages

Toepasselijk recht documentair krediet

NIPR

**30/1
2012**

Toepasselijk recht op documentair kredietverhoudingen onder het EVO en Rome I

Hof Amsterdam 25 mei 2010,
LJN: BN5113, NIPR 2011, 21
(Solvochem/Rafidain Bank)

Abstract

A documentary credit contains a variety of contractual relationships between the applicant, one or more banks and the beneficiary. Usually the parties involved are domiciled in more than one country. Unsurprisingly, disputes over the governing law in documentary credit matters regularly arise. In a case where the letter of credit called for drafts drawn on the issuing bank, the Amsterdam Court of Appeal held that the legal basis for the claim of the Dutch beneficiary vis-à-vis the Iraqi issuing bank is the obligation to pay under the letter of credit, not the debt embodied in the drafts. The Court of Appeal held that pursuant to Article 4(2) Rome Convention (Rome, 19 June 1980) the relationship is governed by the law of the country of the party effecting the characteristic performance. Even though the letter of credit was available at a Dutch advising bank, the Court of Appeal held that the characteristic performance was effected by the issuing bank and that consequently, Iraqi law applied. The Court of Appeal held that the limitation period under Iraqi law is 15 years. Therefore, the beneficiary's claim was not time barred. In similar cases, however, English courts have applied Article 4(5) Rome Convention instead. An English court would in this case probably consider that the credit was available in the Netherlands and hold that the relationship is more closely connected with the Netherlands than with Iraq. Therefore, an English court would probably apply Dutch law instead of Iraqi law and the beneficiary's claim would, consequently, have been time barred. In this article the judgment of the Court of Appeal is analysed and (some of) the differences between the Dutch and the English approaches are discussed. In addition, it is considered whether it is likely that the Rome I Regulation (EC No 593/2008) harmonises the different approaches.

1. Inleiding

In dit commentaar¹ gaan wij in op een recent arrest van Hof Amsterdam over het toepasselijk recht op rechtsverhoudingen voortvloeiend uit het documentair krediet. Daarbij besteden wij mede aandacht aan het gebruik van wissels in het kader van een documentair krediet. Wij staan eerst stil bij de casus. Vervolgens geven wij de uitspraken van rechtbank en hof weer alvorens in te gaan op het onderwerp van dit commentaar. De zaak betreft de incasso van documentair kredietvorderingen door de begunstigde Solvochem Holland BV (hierna: 'Solvochem') jegens de Iraakse Rafidain Bank. Opvallend is dat in dezelfde periode het Haagse Hof in een soortgelijke zaak oordeelde over documentair kredietvorderingen van dezelfde

Solvochem jegens een andere Iraakse bank, Rasheed bank.² Deze Haagse uitspraak betrekken wij mede in ons commentaar. Voor documentair krediet wordt korthedshalve ook wel de Engelse term L/C gebruikt. Wij gebruiken beide termen.

2. De casus

De feiten die ten grondslag liggen aan het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 4 juni 2008 en het arrest van Hof Amsterdam van 25 mei 2010 zijn, voor zover voor dit commentaar relevant, als volgt samen te vatten. Solvochem verkoopt en levert in de jaren 1987 en 1988 chemische grondstoffen aan de Iraakse onderneming Modern Paint IND.

Op verzoek van Modern Paint IND opent de Iraakse Rafidain Bank vier *letters of credit* ('L/C's') met nrs. (...) 30336, (...) 28121, (...) 28122, en (...) 28123 ten gunste van Solvochem die dienen tot zekerheid voor de betaling van de koopsom. Op de L/C's zijn de *Uniform Customs and Practices for Documentary Credits* (hierna: 'UCP') 400³ van toepassing verklaard. De tekst van de L/C's bepaalt dat de respectieve vorderingen van Solvochem op Rafidain Bank opeisbaar worden op een tijdstip variërend van 360 dagen tot 720 dagen na de datum van de respectieve cognossementen.

Met vier afzonderlijke, zoals de rechtbank en het hof dat noemen, aanbiedingsbrieven verzoekt Rafidain Bank in 1986 Amsterdam Rotterdam Bank NV (hierna: 'ABN') om de condities van de vier L/C's aan Solvochem te adviseren, dat wil zeggen Solvochem daarvan in kennis te stellen. ABN accepteert het verzoek van Rafidain Bank en treedt derhalve op als zogenaamde adviserende (*advising*) bank. ABN confirmeert de L/C's niet ('*WE DID NOT ADD OUR CONFIRMATION*'). Zij neemt derhalve geen eigen verplichting tot betaling van de krediet som op zich. Zij is daarom ook geen procespartij in het geding.

De vier L/C's bepalen dat de vereiste documenten vergezeld moeten gaan van een door Solvochem aan eigen order op Rafidain Bank getrokken wissel. De vereiste documenten inclusief de wissels moeten door Solvochem gepresenteerd worden binnen de looptijd van de L/C's, bij gebreke waarvan de L/C's komen te vervallen.

Rafidain Bank weigert betaling van de krediet sommen onder de vier L/C's. Solvochem vordert voor de Nederlandse rechter veroordeling van Rafidain Bank tot betaling van de krediet sommen zijnde US\$ 731.089,60 en € 46.438 in hoofdsom vermeerderd met rente en kosten.

3. Rechtbank

Op 12 januari 2005 veroordeelt de Rechtbank Amsterdam Rafidain Bank bij verstek tot betaling. Rafidain komt van het verstekvonnis tijdig in verzet. Partijen verschillen van mening over de grondslag van de vordering van Solvochem op Rafidain Bank en, daarmee samenhangend, het daarop toepasselijke recht. Die vraag is van essentieel belang omdat de vordering naar Nederlands recht verjaard is en naar Iraakse recht niet.

1 De auteurs danken Lisanne van Baren, Van Traa Advocaten, voor de ondersteuning bij de voorbereiding van dit commentaar.

2 Hof Den Haag 30 november 2010, LJN BO6529, NIPR 2011, 55, S&S 2011, 76.

3 *Uniform Customs and Practices for Documentary Credits - ICC Publication 400, 1983 Revision*. Deze zijn herzien in 1993 (UCP 500) en weer in 2007 (UCP 600).

* Advocaten verbonden aan Van Traa Advocaten te Rotterdam.

Rafidain Bank stelt dat voor de vaststelling van het toepasselijk recht niet het EVO Verdrag (hierna 'EVO')⁴ van toepassing is, maar het Wisselverdrag.⁵

De rechtbank stelt vast dat op grond van artikel 1 lid 2 onder c EVO de bepalingen van het EVO inderdaad niet van toepassing zijn op verbintenissen uit wissels. Maar, aldus de rechtbank, in het onderhavige geval is het trekken van een wissel blijkens de tekst van de L/C's slechts een voorwaarde voor betaling onder de L/C's. Niet de te trekken wissel, maar de L/C is de bron van de verbintenis waarvan Solvochem nakoming vordert. Het EVO is mitsdien van toepassing. Artikel 4 lid 1 en 2 EVO leidt tot toepasselijkheid van Irakees recht. De kenmerkende prestatie bij L/C's is de betaling van de krediet-som. Die verplichting rust op de in Irak gevestigde Rafidain Bank. Daaraan doet, aldus de rechtbank, niet af dat betaling van de krediet-som in Nederland dient plaats te vinden.

Toch kan dit Solvochem niet baten. De rechtbank stelt vast dat de verbintenis tot betaling van de krediet-som ontstaat onder de voorwaarde dat tijdig, dat wil zeggen vóór de vervaldatum van het krediet, de documenten inclusief de getrokken wissels door Solvochem worden gepresenteerd. De rechtbank stelt als feit vast dat Solvochem niet tijdig de vereiste wissels heeft gepresenteerd. Hiermee zijn de vier L/C's komen te vervallen zonder dat de verbintenis tot betaling van de krediet-som is ontstaan.

De rechtbank stelt verder vast dat ná de vervaldatum van de L/C met nr. (...) 28121 Solvochem een wissel op Rafidain Bank heeft getrokken die wel door haar is geaccepteerd. Solvochem heeft volgens de rechtbank een vordering op Rafidain Bank als acceptant van de wissel. Omdat de L/C is vervallen blijft een zuivere wisselvordering over. Daarop is niet het EVO (art. 1 lid 2 onder c EVO) van toepassing maar wél het Wisselverdrag. Op basis van artikel 4 lid 1 Wisselverdrag worden de rechtsgevolgen van de verplichtingen van de acceptant bepaald door 'de wet van de plaats waar die stukken betaalbaar zijn'. Nu betaling in Nederland dient te geschieden, is Nederlands recht van toepassing. De verjaringstermijn van een wisselvordering bedraagt op grond van artikel 169 lid 1 K drie jaar te rekenen vanaf de vervaldag zodat de wisselvordering is verjaard. De rechtbank vernietigt het verstekvonnis en wijst de vordering van Solvochem integraal af.

4. Hof

Solvochem gaat van het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 4 juni 2008 in appel. Zij vult de feiten in belangrijke mate aan door bij memorie van grieven een brief d.d. 7 december 1987 in het geding te brengen van Rafidain Bank aan ABN waaruit blijkt, kort weergegeven, dat onder de L/C's met nrs. (...) 28121, (...) 28122, en (...) 28123 door Solvochem wissels zijn getrokken op Rafidain Bank. Deze zijn door Rafidain Bank geaccepteerd. Het hof trekt daaruit de conclusie dat Rafidain Bank de verschuldigdheid van de op de wissels gestelde bedragen onder deze L/C's heeft erkend. Daarmee moet, volgens het hof, het ervoor gehouden worden dat Solvochem de documenten tijdig en volledig heeft gepresenteerd. Ten aanzien van de L/C met nr. (...) 30336 stelt het hof vast dat de in die L/C voorgeschreven documenten niet tijdig zijn gepresenteerd. Die L/C vordering wordt afgewezen.

Het hof moet zich vervolgens uitlaten over het toepasselijk recht. Rafidain Bank stelt zich weer op het standpunt dat de vorderingen van Solvochem zuivere wisselvorderingen zijn zodat op grond van het Wisselverdrag Nederlands recht van toepassing is. De vorderingen zijn derhalve, aldus Rafidain Bank, verjaard. Het hof bevestigt echter de beslissing van de rechtbank. De verhouding tussen Solvochem als trekker van de wissel en Rafidain Bank als betrokkene wordt, volgens het

hof, beheerst door de vordering van Solvochem op Rafidain Bank uit de betreffende L/C. De vordering is immers gebaseerd op door Rafidain Bank gestelde L/C's. De wissel moet worden overgelegd om aanspraak te kunnen maken op nakoming door Rafidain Bank van haar (uitgestelde, *MvM en AvV*) betalingsverplichting uit hoofde van de L/C. De wissel vormt niet de grondslag van de door Solvochem gevorderde betaling. Het hof komt vervolgens tot de conclusie dat waar Solvochem haar vordering baseert op de L/C's het daarop toepasselijke recht bij gebreke van een rechtskeuze dient te worden bepaald aan de hand van artikel 4 lid 1 en 2 EVO. De betaling is de kenmerkende prestatie. Deze moet worden uitgevoerd door Rafidain Bank. Derhalve wordt de L/C vordering beheerst door Irakees recht en is een verjaringstermijn van vijftien jaar van toepassing. De vorderingen van Solvochem onder de L/C's met nrs. (...) 28121, (...) 28122, en (...) 28123 zijn niet verjaard. Het hof wijst de vorderingen die zijn gebaseerd op deze L/C's toe.

5. Inleiding documentair krediet

In het commentaar op deze uitspraak staan wij eerst stil bij de aard van het documentair krediet. Vervolgens komen de rolverdeling van de bij het documentair krediet betrokken banken en de typen documentair krediet aan de orde. Aansluitend gaan we in op het gebruik van wissels bij het documentair krediet en op het Wisselverdrag. We vervolgen met het toepasselijke recht op het documentair krediet onder het EVO en Rome I, waarbij wij de Nederlandse opvatting vergelijken met de Engelse opvatting. Het onderwerp van dit artikel beweegt zich op het snijvlak van het handelsverkeersrecht en het internationaal privaatrecht, waarbij een veelheid aan onderwerpen de revue passeert. We ontkomen er niet aan om ter wille van de beknoptheid sommige onderwerpen, zoals bijvoorbeeld de wissel, slechts in hoofdlijnen aan te stippen. Het documentair krediet is, kort gezegd, een toezegging van de bank om te betalen tegen voorgeschreven documenten, mits aan de voorwaarden van het krediet is voldaan.⁶ De verkoper/begunstigde meldt zich voor betaling van de koopprijs met zijn documenten bij de bank. Wanneer de bank de documenten conform bevindt, heeft zij een eigen verplichting tot betalen.

De spelregels voor documentair krediet zijn thans neergelegd in de door de *International Chamber of Commerce* (hierna: 'ICC') in 2007 herziene UCP 600. Deze bevatten regels ten aanzien van met name de verplichtingen van de banken en de voorwaarden waaraan de gepresenteerde documenten moeten voldoen. In deze oude casus waren de UCP 400 van toepassing. Dit is een van de voorgangers van de UCP 600. De UCP zijn private regelgeving van de ICC. De UCP hebben geen kracht van wet of verdrag. Zij gelden, in ieder geval in Nederland, evenmin als gewoonterecht.⁷ De UCP moeten uitdrukkelijk

4 Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst; Rome, 19 juni 1980, *Trb.* 1980, 156.

5 Verdrag tot regeling van zekere wetsconflicten ten aanzien van wisselbrieven en orderbriefjes; Genève, 7 juni 1930, *Trb.* 1987, 138.

6 Vgl. voor Nederlandse literatuur over het documentair krediet: M.N. Boon, *De internationale koop en het documentair accreditief ingevolge de UCP 1993*, Deventer: Kluwer 1997; R. van Delden, *Betalingsverkeer, documentair krediet/documenten*, 2^e druk, Deventer: Kluwer 1999; M. van Maanen, 'Enkele recente ontwikkelingen in het documentair kredietrecht', *NTHR* 2007, p. 52 e.v., alsmede voor Belgische literatuur: Chr. Dehouck, *Documentair krediet*, Brugge: die Keuren 2007.

7 HR 12 maart 1982, *NJ* 1982, 267; HR 28 oktober 1983, *NIPR* 1985, 139, *NJ* 1985, 131; HR 26 april 1985, *NJ* 1985, 607, *NIPR* 1986, 199.

van toepassing worden verklaard. Zij zijn een internationaal succes. Bij documentair krediet worden zij internationaal vrijwel altijd van toepassing verklaard.

6. Rolverdeling van de banken

In de UCP is onder meer de rolverdeling van de bij het documentair krediet betrokken banken geregeld. De openende (*issuing*) bank is veelal de huisbankier van de koper/opdrachtgever van de bank (*applicant*) in zijn thuisland. De Iraakse Rafidain Bank kwalificeert in deze als de *issuing* bank. In de regel wil de verkoper/begunstigde met zijn documenten bij een bank in zijn eigen land terecht. De *issuing* bank schakelt daartoe een andere bank in het land van de verkoper in: de adviserende (*advising*) bank. ABN is in deze de *advising* bank. De verkoper/begunstigde (Solvochem) kan nu met zijn documenten terecht bij de *advising* bank. De slechts adviserende bank functioneert dan als loket en doorgeefluik voor de verkoper. In de praktijk bekijkt de *advising* bank de documenten ook alvast zelf. Zij is echter niet zelfstandig gebonden jegens de verkoper/begunstigde om de documenten te controleren en eventueel te betalen. Deze verplichting rust uitsluitend op de *issuing* bank.

Wil de verkoper dat de *advising* bank zich jegens hem verbindt, dan moet de *advising* bank het krediet confirmeren. Een *confirming* bank is, naast de *issuing* bank, zelfstandig gebonden jegens de verkoper/begunstigde indien de documenten conform zijn. Verkopers werken graag met een door een lokale bankier geconfirmeerd krediet. Zij hebben meer vertrouwen in de deskundigheid en vooral onpartijdigheid van de *confirming* bank dan in die van de *issuing* bank als huisbankier van de koper. In deze zaak heeft ABN het documentair krediet niet geconfirmeerd, vgl. haar aangehaalde bericht aan Solvochem ('*WE DID NOT ADD OUR CONFIRMATION*').

7. Typen documentair krediet

Voor een goed begrip van de zaak gaan wij hieronder kort in op de vier verschillende typen documentair krediet, vgl. de artikelen 2 e.v. UCP 600 (art. 10 UCP 400). De vier typen zijn (i) betaling op zicht, (ii) uitgestelde betaling, (iii) acceptatie en (iv) negotiatie. In geval van de eerste twee typen dient de tot betaling verbonden bank respectievelijk terstond of met inachtnaam van een termijn de krediet som te betalen. Bij een acceptiekrediet is de verplichting van de bank gericht op acceptatie van een door de begunstigde getrokken (termijn)wissel.⁸ Bij negotiatie koopt de *negotiating* bank, kort gezegd, de documenten (waaronder in de regel een (termijn)wissel) van de begunstigde.

Een documentair krediet moet vermelden of het beschikbaar is door betaling op zicht, uitgestelde betaling, acceptatie of negotiatie, artikel 6(d) UCP 600 (art. 11 UCP 400). Het type documentair krediet is niet altijd eenvoudig door uitleg vast te stellen bij gebreke van een eenduidige tekst of structuur van het documentair krediet.

De onderhavige documentaire kredieten kwalificeren als uitgestelde betaling, '*Deferred Payment L/C*'. De L/C's vermelden: '*Available for payment (in Holland)*'. De datum van opeisbaarheid van de verbintenissen van Rafidain Bank onder de L/C's is bepaald op 360 dagen (L/C nr. 30336) respectievelijk 720 dagen (L/C nrs. 28121 t/m 28123) na de betreffende cognosementdatum.

8. Het gebruik van wissels bij het documentair krediet

In deze zaak diende Solvochem als begunstigde ook wissels te presenteren aan de bank. Het gebruik van wissels bij het documentair krediet kan de afwikkeling compliceren. Geregeld gaan stemmen op om het gebruik van wissels bij het documentair krediet af te schaffen.⁹ In internationale jurisprudentie wordt regelmatig geprocedeerd over de vraag of in dergelijke gevallen het documentair kredietrecht of het wisselrecht (waardepapierenrecht) van toepassing is.¹⁰ In feite was dat ook één van de springende punten in deze zaak: ging het om (een) wisselvordering(en) met een korte verjaringstermijn van drie jaar ex artikel 169 lid 1 K of om (een) documentair krediet-vordering(en) met een langere verjaringstermijn naar Irakees recht?

Graag staan wij kort stil bij de wissel.¹¹ De wissel is geregeld in artikel 100 K e.v.¹² De wissel is een waardepapier. Zij belichaamt, na acceptatie van de betrokkene als wisseldebiteur, een betalingsbelofte aan de nemer c.q. opvolgende houders. De wissel geldt als zgn. getrokken papier. De trekker (uitgever van het papier) geeft de betrokkene opdracht om te betalen aan de nemer (begunstigde). De trekker en nemer vielen hier samen. Solvochem trok de wissels immers aan eigen order (art. 102 lid 1 K). Solvochem gaf daarmee Rafidain Bank opdracht om aan zichzelf te betalen.

9. De grondslag van de vordering, L/C of wissel?

Solvochem als begunstigde diende corresponderende termijnwissels getrokken op Rafidain Bank te presenteren. In appel bleek dat in ieder geval drie wissels (onder L/C nrs. 28121 t/m 28123) waren geaccepteerd door Rafidain Bank. Strikt genomen was er geen noodzaak voor acceptatie van de wissels. De wissels lijken met name in het leven geroepen als hulpmiddel, als een soort kwitantie, om de termijnbetaling van Rafidain Bank af te wikkelen. In de beslissing van het hof fungeerden de door Rafidain Bank geaccepteerde wissels als bewijs van erkenning van de vordering van Solvochem onder de desbetreffende L/C's. In de woorden van het hof:

'Daarmee moet het ervoor worden gehouden dat Solvochem de onder die L/C's voorgeschreven documenten tijdig en volledig heeft gepresenteerd, althans dat Rafidain Bank zich tot verweer niet op het tegendeel kan beroepen.'

8 De (termijn)wissel komt nader aan bod in paragraaf 8 van dit commentaar.

9 Vgl. recent nog Xuehui Wang, 'Two types of commercial L/Cs are enough', *Documentary Credit World*, juli/augustus 2010, p. 30 e.v.

10 Vgl. voor een overzicht van die rechtspraak K.T. Fung, *Leading court cases on letters of credit*, Parijs: ICC 2004, p. 35 e.v.

11 Vgl. voor enige Nederlandse literatuur over de wissel: G. van Empel en J.B. Huijzink, *Betaling, waardepapier en documentair krediet*, 5^e druk, Deventer: Kluwer 2002; E. Hammerstein, *Betalingsverkeer (wissel, orderbriefje en cheque)*, 2^e druk, Deventer: Kluwer 1998; R. Zwitser, *Order- en toonderpapieren* (Monografieën BW A28), Deventer: Kluwer 2006.

12 De wissel heeft haar betekenis als handelspapier in het binnenlandse betalingsverkeer voor een belangrijk deel verloren. We komen de wissel nog wel geregeld tegen in het internationale betalingsverkeer, mede in het kader van documentaire kredieten. De belangrijkste elementen van de wissel als waardepapier zijn (i) de gemakkelijke verhandelbaarheid, door overdracht en endorsement van het papier (art. 3:93 BW) en (ii) het verlies van de persoonlijke verweermiddelen van de wisseldebiteur jegens de opvolgende houders te goeder trouw (art. 6:146 BW). Dit laatste komt er feitelijk op neer dat de wisseldebiteur geen verweren uit zijn onderliggende overeenkomst met de trekker als contractspartij kan tegenwerpen aan een opvolgende houder. Deze twee elementen maken de wissel in het internationale betalingsverkeer nog steeds tot een relevante rechtsfiguur.

Solvochem trok de wissels aan eigen order. De vraag rijst dan of er überhaupt verbintenissen uit die wissels voortvloeiden. Ze waren immers niet door Solvochem in het verkeer gebracht, dat wil zeggen overgedragen aan (een) opvolgende houder(s). Het voert te ver om hier verder op door te gaan. Het hof stelt naar onze mening terecht vast dat, ondanks de drie geaccepteerde wissels, de grondslag van de vordering berust op de L/C-verhouding en niet op de wisselverhouding.¹³ Uit het vonnis van de rechtbank volgt echter dat in het laatste geval voor het toepasselijke recht de (weerbarstige) conflictre-gels van het archaische Wisselverdrag uit 1930 van toepassing zijn.¹⁴ Het Haagse Hof kwam in de eerdergenoemde gelijksoortige procedure van Solvochem tegen de Iraakse Rasheed Bank overigens tot dezelfde uitkomst als het Amsterdamse Hof: de L/C-verhouding is beslissend.

Artikel 4 lid 1 van het Wisselverdrag bepaalt welk recht de rechtsgevolgen van een wissel voor de acceptant (de wisseldebiteur) beheerst. Dat is de plaats van betaalbaarstelling. Dit recht bepaalt welke verweermiddelen de acceptant heeft, waaronder het beroep op verjaring. Volgens de rechtbank dient de betaling (van de wissels) in Nederland plaats te vinden.¹⁵ Volgens het dan toepasselijke Nederlandse wisselrecht bedraagt de verjaringstermijn drie jaar (art. 169 lid 1 K). De wisselvorderingen waren derhalve ruim verjaard voorafgaande aan de dagvaarding door Solvochem. Solvochem probeerde uit het vaarwater van het Nederlandse wisselrecht te blijven. Zij zocht de grondslag van haar vordering derhalve in de L/C-verhouding. Het hof ging hierin mee.

10. Toepasselijk recht op L/C verhoudingen

10.1 Algemeen

De UCP regelen niet het toepasselijke recht op de diverse rechtsverhoudingen die voortspruiten uit het documentair krediet. Derhalve moet worden teruggevallen op het internationaal privaatrecht van de aangezochte rechter. Voor de Nederlandse rechter geldt het EVO voor overeenkomsten die zijn gesloten in de periode na de inwerkingtreding op 1 september 1991 tot en met 17 december 2009 toen Rome I¹⁶ in werking trad.

Opvallend is dat het hof en de partijen voorbij lijken te gaan aan de temporele werking van het EVO. De L/C's dateerden immers van ruim vóór de inwerkingtreding van het EVO. Het Hof Den Haag heeft in de vergelijkbare zaak¹⁷ het EVO om die reden niet van toepassing geacht. Zij past het commune conflictenrecht toe met overigens dezelfde uitkomst als het Amsterdamse Hof in deze zaak.¹⁸

De hoofdregel is (en was) dat een overeenkomst wordt beheerst door het recht dat partijen hebben gekozen (art. 3 EVO/art. 3 Rome I). Bij afwezigheid van een rechtskeuze¹⁹ wordt het toepasselijk recht bepaald aan de hand van de objectieve verwijzingsregels van artikel 4 EVO/artikel 4 Rome I. De opzet van de objectieve verwijzingsregels van het EVO wijkt af van die van Rome I.

Het uitgangspunt onder het EVO is dat – bij afwezigheid van een rechtskeuze – de overeenkomst wordt beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwst is verbonden (art. 4 lid 1 EVO). Dit uitgangspunt wordt geconcretiseerd op de grondslag van de karakteristieke prestatie: de overeenkomst wordt vermoed het nauwst verbonden te zijn met het land waar de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten gevestigd is (art. 4 lid 2 EVO). Dit vermoeden is weerlegbaar. Blijkt namelijk uit het geheel der omstandigheden dat de overeenkomst nauwer is verbonden met een ander land, dan geldt het vermoeden niet (art. 4 lid 5 EVO, tweede volzin) en is het recht van dat andere land van toepassing.

Rome I kent niet het systeem dat de leer van de karakteristieke prestatie wordt opgevoerd als *vermoeden* bij de toepassing van het algemene beginsel dat de overeenkomst wordt beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwste verbonden is.²⁰ In plaats daarvan somt Rome I in artikel 4 lid 1 een aantal categorieën overeenkomsten op en verbindt aan iedere categorie een conflictregel. Naar onze mening kwalificeren de meeste verbintenissen die voortspruiten uit een documentair krediet als een overeenkomst inzake dienstverlening die, aldus artikel 4 lid 1 onder b Rome I, wordt beheerst door het recht van het land waar de dienstverlener zijn gewone verblijfplaats heeft. Valt een overeenkomst niet binnen één van de in artikel 4 lid 1 Rome I genoemde categorieën, of juist onder meer dan één van de categorieën, dan wordt op grond van artikel 4 lid 2 Rome I aangeknoopt bij de gewone verblijfplaats van de karakteristieke prestant. Indien evenwel uit alle omstandigheden blijkt dat de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander land, dan is, aldus artikel 4 lid 3 Rome I, het recht van dat andere land van toepassing. Hieronder behandelen wij eerst de Nederlandse opvatting onder het EVO, en vervolgens de Engelse opvatting. Dan maken wij een vergelijking. We sluiten af met de vraag of Rome I verandering brengt.

10.2 EVO en de Nederlandse opvatting

Blijkens het rapport Guiliano/Lagarde,²¹ ter begeleiding van het EVO, zal ingeval van een overeenkomst met een bank het recht van de plaats van de vestiging van het bankfiliaal waarmee de overeenkomst is gesloten in het algemeen de overeenkomst beheersen.

De overwegende opvatting van de Nederlandse rechter is inderdaad dat onder het EVO (i) de verhouding tussen de *issuing* bank en de begunstigde, alsmede (ii) de verhouding tussen de *confirming/advising* bank en de begunstigde beheerst wordt door het recht van de vestigingsplaats van de desbetreffende

13 Naar Nederlands procesrecht staat het de eiser overigens vrij om zelf te bepalen voor welk anker hij wil gaan liggen, vgl. art. 23 en 24 Rv.

14 Vgl. voor Nederlandse literatuur over het Wisselverdrag: M.V. Polak, *Vermogensrechtelijke meerpartijenverhoudingen*, Deventer: Kluwer 1993, p. 87 e.v. met vermelding van jurisprudentie.

15 Naar Nederlands recht zijn wisselschulden – bij gebreke van andersluidende plaatsaanduiding op het waardepapier – overigens haalschulden (art. 101 lid 3, 103 en 143a lid 1 K).

16 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.

17 Hof Den Haag 30 november 2010 (zie noot 2).

18 Vgl. over de temporele werking van het EVO: A-G Strikwerda in zijn conclusie voor HR 31 mei 2002, *NIPR* 2002, 191, *NJ* 2003, 344, m.nt. Th.M. de Boer.

19 Bij veel documentaire kredieten ontbreekt een rechtskeuze in de zin van art. 3 EVO/art. 3 Rome I. Dit is opmerkelijk omdat in internationale, commerciële verhoudingen een rechtskeuze gebruikelijk is. Het ontbreken van een dergelijke rechtskeuze kan tot onzekerheid leiden over het toepasselijke recht, zoals blijkt uit de hierna te noemen rechtspraak. Bij voorkeur wordt de rechtskeuze gekoppeld aan een keuze voor de wijze van geschillenbeslechting, bijv. een forumkeuze of een arbitragebeding.

20 L. Strikwerda, *De overeenkomst in het IPR*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 130.

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

fende bank.²² Doorgaans wordt onder het EVO door de Nederlandse rechter ook aangenomen dat de bank in die gevallen kwalificeert als karakteristieke prestant als bedoeld in artikel 4 lid 2 EVO.²³

Het standpunt van het hof in de zaak *Solvochem/Rafidain Bank* stemt met deze opvatting overeen. Immers, het hof oordeelt dat Irakees recht van toepassing is op de verhouding tussen Solvochem als begunstigde en de Iraakse Rafidain Bank als *issuing* bank. Deze opvatting van het hof is ook te vinden in een eerder arrest van het Hof Amsterdam uit 2003.²⁴ In die zaak verkoopt Omnipol Ltd. Mig vliegtuigen aan Irak. Tot zekerheid van de betaling van de koopsom heeft Central Bank of Iraq zes L/C's geopend. Als *advising* bank treedt op Commercial Bank of Czechoslovakia Prague. Het hof overweegt dat de karakteristieke prestatie wordt verricht door de in Irak gevestigde *issuing* bank, terwijl uitbetaling zal plaatsvinden door een in Tsjechië gevestigde *advising* bank, niet zijnde een *confirming* bank. Het hof overweegt dat de Tsjechische *advising* Bank niet de partij is die de kenmerkende prestatie moet verrichten omdat voldoende vaststaat dat de Tsjechische Bank slechts *advising* bank was en niet een *confirming* bank die een zelfstandige betalingsverplichting had aanvaard. Deze opvatting is min of meer herhaald door Rechtbank Rotterdam en overeind gebleven in appel bij het Hof Den Haag.²⁵ Het hof overwoog dat hoewel de *advising* bank in Nederland was gevestigd de kenmerkende prestatie werd verricht door de *issuing* bank gevestigd in New Zealand zodat de (*standby*) L/C werd beheerst door het recht van New Zealand.²⁶

10.3 EVO en de Engelse opvatting

Met name in de Engelse rechtspraak²⁷ is de opvatting ontwikkeld dat het onjuist is om bij de vraag naar het toepasselijk recht de rechtsverhoudingen die voortspruiten uit het documentair krediet separaat en geïsoleerd te beschouwen. Artikel 4 lid 2 EVO veronderstelt dat het mogelijk is om steeds één enkele partij aan te wijzen die belast is met de uitvoering van de overeenkomst. Bij een documentair krediet is dat niet goed mogelijk. Dat is met name niet goed mogelijk wanneer er meerdere banken bij het documentair krediet betrokken zijn dan alleen de *issuing* bank. Het documentair krediet is de bron van een aantal autonome en bilaterale rechtsverhoudingen tussen de betrokken partijen en/of banken. Iedere rechtsverhouding heeft in de regel een eigen karakteristieke prestant. Het is om die reden vaak niet goed mogelijk om te spreken van het toepasselijk recht op een documentair krediet. Het standpunt van de Engelse rechter is dat, gelet op hun onderlinge verknochtheid en afhankelijkheid, het wenselijk is dat die separate rechtsverhoudingen zoveel mogelijk beheerst worden door hetzelfde toepasselijk recht. Een uitbetalende bank die zich omdraait naar de *confirming/issuing* bank voor rembours moet niet worden verrast met onverwachte weren op grond van de toepasselijkheid van eventueel een ander recht. Deze benadering werd onder het EVO voor het eerst in 1994 gekozen door de Engelse rechter²⁸ in een zaak die wat betreft de feiten lijkt op deze zaak. Een geschil was ontstaan tussen de in India gevestigde *issuing* bank Vysya en de in Engeland gevestigde *confirming* bank Bank of Baroda. De rechter stelt vast dat de karakteristieke prestatie in die verhouding wordt verricht door de *confirming* bank en dat Engels recht van toepassing is. Ten overvloede gaat de rechter ook in op de vraag van het toepasselijk recht op de verhouding tussen de *issuing* bank en de begunstigde. De rechter stelt vast dat de karakteristieke prestatie in die verhouding wordt verricht door de *issuing* bank. Dat zou op grond van het vermoeden van artikel 4 lid 2 EVO leiden tot toepasselijkheid van Indiaas recht. Dat acht de rechter onwenselijk:

'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 at the position of the confirming 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. The Rome Convention was not intended to confuse legal relationships or to disrupt normal expectations in the way which is implicit in Vysya's submissions.'

De Engelse *Court of Appeal* bevestigt in een meer recente zaak deze benadering. Zij past artikel 4 EVO ook met soepelheid toe.²⁹ Het Engelse Marconi verkoopt telefonie aan een Indonesische koper. De betaling zou geschieden door middel van twee documentaire kredieten. Het eerste wordt afgewikkeld. Het tweede krediet was uitgegeven door de Indonesische Bank Hastin en geconfirméerd door PT Pan Indonesia Bank Ltd. Het krediet was beschikbaar bij de Londense Standard Chartered Bank ('SCB') voor negotiatie. Hoewel daartoe gemachtigd negotieert SCB niet maar presenteert zij als *collecting* bank³⁰

- 22 Deze Nederlandse opvatting strookt overigens met de Duitse opvatting. De heersende opvatting in Duitsland gaat eveneens uit van de toepasselijkheid van de leer van de karakteristieke prestatie, vgl. OLG Frankfurt 12 november 1991, *RfW* 1992, 315, 316. De opvatting is evenwel niet onomstreden. Vgl. Martiny, in: *Internationales Vertragsrecht*, Keulen: Verlag Dr. Otto Schmidt 2004 (oude druk), p. 962: 'Wird hingegen eine Korrespondenzbank, die bestätigt, eingeschaltet, so kommt es darauf an, ob dies etwas ändert, insbesondere ob die Verpflichtungen der Akkreditivbank und der bestätigenden Bank, also beider Banken, kollisionsrechtlich getrennt oder einheitlich behandelt werden. Dies ist umstritten. Nach einer Auffassung richten sich im Interesse einer einheitlichen Anknüpfung die Ansprüche des Begünstigten gegenüber beiden Banken nach dem Recht am Niederlassungsort der Korrespondenzbank'; vgl. voor vindplaatsen ten aanzien van de Duitse opvatting onder het EVO ook Ferrari, in: *Internationales Vertragsrecht, Kommentar*, München: C.H. Beck 2010, voetnoot 567.
- 23 Sommige auteurs hebben betoogd dat de rechtsverhouding begunstigde - *issuing* bank en de rechtsverhouding *issuing* bank - *confirming/advising* bank kwalificeren als lastgeving als bedoeld in het Verdrag betreffende het toepasselijk recht op vertegenwoordiging; 's-Gravenhage, 14 maart 1978, *Trb.* 1987, 138. Deze benadering wordt in de rechtspraak niet gevolgd. Vgl. bijv. Rb. Rotterdam 5 november 2008, *NIPR* 2009, 91; J.L. Smeehuijzen, 'Ongeschiktheid van de leer van de karakteristieke prestatie in een meerpartijenverhouding; de letter of credit en artikel 4 EVO', *NIPR* 2002, p. 9 e.v., die zich verzet tegen dit standpunt en in voetnoot 4 verwijst naar auteurs die dit standpunt verdedigden. Het voert te ver hier gedetailleerd op in te gaan.
- 24 Hof Amsterdam 11 december 2003, *NIPR* 2004, 133.
- 25 Hof Den Haag 27 juli 2010, *NIPR* 2011, 92, *S&S* 2011, 52.
- 26 In een andere zaak heeft Rechtbank Rotterdam zich uitgelaten over het toepasselijk recht op de verhouding tussen het failliete Crédit Agricole du Cameroun, als *advising* bank en Fortis Bank (Nederland) NV als *issuing* bank. De rechtbank oordeelde dat de *issuing* bank de karakteristieke prestatie moest verrichten zodat Nederlands recht van toepassing is: Rb. Rotterdam 5 augustus 2009, LJN: BJ5605.
- 27 Voor een overzicht van die rechtspraak Fung 2004, p. 185-205 (zie noot 10); R. Jack, A. Malek en D. Quest, *Documentary Credits*, Haywards Heath: Tottel Publishing 2009, p. 390 e.v.
- 28 *Bank of Baroda v. The Vysya Bank Ltd.*, [1994] 2 *Lloyd's Rep.* 87.
- 29 *Marconi Communications International Ltd. v. PT Pan Indonesia Bank Ltd.*, *TBK* [2005] 2 *All ER (Comm)* 325 (CA), [2004] 1 *Lloyd's Rep.* 594 (Comm. Ct.).
- 30 Een incasserende (*collecting*) bank houdt en presenteert de documenten onder het krediet als vertegenwoordiger voor de begunstigde. Een dergelijke bank oefent geen eigen recht uit, vgl. ook art. 12(c) UCP 600; *Co-operative Centrale Raiffaisien-Boerenleen Bank BA, trading as Rabobank, Hong Kong Branch v. Bank of China* [2004] *HKEC* 1078 (Hong Kong), besproken door Fung 2004, p. 65 e.v. (zie noot 10)

namens de begunstigde de documenten aan de *confirming* bank. De *confirming* bank (PT Pan Indonesia Bank) stelt dat de documenten op grond van beweerde discrepanties niet kredietconform zijn en weigert betaling. De begunstigde vordert dan in een Engelse procedure betaling van de *confirming* bank. De *confirming* bank betoogt dat zij kwalificeert als karakteristieke prestant. Zij verrichtte immers de controle van en betaling tegen conforme documenten, zodat Indonesisch recht van toepassing is.

De Engelse rechter geeft aan dat het wenselijk is dat de betrokken rechtsverhoudingen tussen (a) de *issuing* bank en de begunstigde, (b) de *confirming* bank en de begunstigde, (c) de *issuing* bank en de *confirming* bank en (d) de *issuing* / *confirming* banken en *negotiating* bank beheerst worden door hetzelfde recht.³¹ De leer van de karakteristieke prestatie als bedoeld in artikel 4 lid 2 EVO is daarvoor ontoereikend. De Engelse rechter overweegt dat de zaak het nauwst verbonden is met Engeland omdat (i) de documenten moesten worden gepresenteerd aan en gecontroleerd door de Londense *negotiating* bank en (ii) betaling tegen deze documenten door de *negotiating* bank eveneens in Londen moest plaatsvinden.³² De rechter oordeelt dan dat het vermoeden van artikel 4(2) EVO moet wijken voor de uitzondering van artikel 4(5) EVO: de overeenkomst wordt beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwst verbonden is, derhalve Engels recht. Dat recht is dan van toepassing op, in ieder geval, de rechtsverhoudingen tussen de begunstigde en (i) de *confirming* bank en (ii) de *issuing* bank.³³

10.4 Conclusie ten aanzien van het EVO

Indien de Engelse benadering wordt toegepast op de onderhavige zaak, dan is aannemelijk dat op de verhouding tussen Solvochem en Rafidain bank Nederlands recht van toepassing is. De Engelse rechter zou vermoedelijk, op grond van artikel 4 lid 5 EVO, oordelen dat de L/C vordering het nauwst verbonden is met Nederland. Solvochem moest de documenten aanbieden bij ABN. Het krediet was daar beschikbaar. Bovendien diende betaling te geschieden in Nederland via ABN.

Nederlandse rechters baseren zich echter uitsluitend op artikel 4 lid 2 EVO en komen niet toe aan artikel 4 lid 5 EVO. De Nederlandse rechter volgt daarmee nog steeds de Hoge Raad die in het *Balenpers*-arrest³⁴ van 1992 bepaalde dat artikel 4 lid 2 EVO geldt als hoofdregel en dat de uitzondering van artikel 4 lid 5 EVO restrictief moet worden toegepast.³⁵ Van die hoofdregel kan alleen worden afgeweken, aldus de Hoge Raad in dit arrest, indien, gegeven de bijzondere omstandigheden van het geval, geoordeeld moet worden dat de plaats van vestiging van de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten, geen reële aanknopingswaarde heeft.

In de meer recente uitspraak van het Hof van Justitie van 6 oktober 2009,³⁶ legt het Hof van Justitie artikel 4 lid 5 EVO als volgt uit:

‘dat wanneer uit het geheel der omstandigheden duidelijk blijkt dat de overeenkomst nauwer is verbonden met een ander land dan het land dat wordt bepaald op basis van een van de criteria van artikel 4, leden 2 tot en met 4, van het verdrag, de rechter die criteria buiten toepassing dient te laten en het recht dient toe te passen van het land waarmee die overeenkomst het nauwst is verbonden’.

Hoewel de formulering van het Hof van Justitie bij zijn uitleg niet geheel ondubbelzinnig is, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat artikel 4 lid 5 EVO minder restrictief moet worden toegepast dan in de visie van de Hoge Raad.³⁷ De uitspraak van het Hof van Justitie heeft in L/C zaken echter (nog) niet geleid tot een andere opvatting in de Nederlandse rechtspraak. De Nederlandse rechter zoekt in deze zaak en in de

vergelijkbare zaak van het Haagse Hof in ieder geval geen aansluiting bij artikel 4 lid 5 EVO.

Uit de rechtspraak blijkt dat de Nederlandse rechter, in tegenstelling tot de Engelse rechter, geen betekenis toekent aan de plaats van betaling (en beschikbaarheid) van het documentair krediet als aanknopingscriterium, noch de overige betrokken rechtsverhoudingen onder het documentair krediet in beschouwing neemt. De Nederlandse rechter past op grond van artikel 4 lid 2 EVO het recht van het land van de karakteristieke prestant toe. Artikel 4 EVO wordt voor documentair kredietgeschillen derhalve internationaal niet eenvormig uitgelegd, niettegenstaande het bepaalde in artikel 18 EVO en de uniforme uitleg van het Hof van Justitie.

10.5 Slot: brengt Rome I verandering?

Wat is de situatie onder Rome I? De meeste uit een L/C voortvloeiende rechtsverhoudingen kwalificeren als overeenkomsten inzake dienstverlening als bedoeld in artikel 4 lid 1 onder b Rome I. Een aanwijzing voor dat standpunt kan worden gevonden aan de hand van overweging 17 bij de preambule bij Rome I waaruit volgt dat het concept ‘verrichten van diensten’ op dezelfde wijze geïnterpreteerd dient te worden als bij de toepassing van artikel 5 sub 1 onder b EEX-Vo.³⁸ Op grond hiervan kan aansluiting gezocht worden bij de zaak *Falco/Weller* van het Hof van Justitie.³⁹ Volgens het Hof van Justitie ‘houdt het begrip diensten op zijn minst in dat de partij die ze

31 De Engelse rechter verwijst daarbij naar eerdere uitleg van art. 4 EVO in de uitspraak *The Bank of Baroda v. The Vysya Bank Ltd.* (zie noot 28); *Bank of Credit & Commerce Hong Kong Ltd. (in liquidation) v. Sonali Bank* [1995] 1 *Lloyd's Rep.* 227.

32 Jack, Malek en Quest 2009, p. 390 e.v. (zie noot 27) beschrijft dat dit ook de heersende opvatting voor het beantwoorden van de vraag naar het toepasselijk recht onder *Common Law* was (namelijk vóór de invoering van het EVO), vgl. *Offshore International SA v. Banco Central SA and Hijos de J. Barreras SA* [1976] 2 *Lloyd's Rep.* 402.

33 Chr. Hare heeft in zijn artikel, ‘The Rome Convention and letters of credit, Marconi v. Pan Indonesia Bank’, *LMCLQ* 2005, p. 417 e.v. de keuze van de *Court of Appeal* voor art. 4(5) EVO bekritiseerd. Hij vindt dat art. 4(2) EVO te weinig gewicht heeft gekregen. Er is zijns inziens te makkelijk naar de uitzonderingsbepaling van art. 4(5) EVO gegrepen op grond van Engeland (Londen) als vermeende plaats van uitvoering. Hare stelt verder dat de beslissing onvoldoende aandacht heeft voor het feit dat sprake was van een ‘freely negotiable credit’. In dat geval staat het de begunstigde vrij om zijn documenten te presenteren bij iedere (Engelse of niet-Engelse) bank. Voorts heeft de Londense SCB niet genegotieerd maar gehandeld als hulppersoon (*collecting bank*) bij de incasso door de documenten namens en voor risico van Marconi aan Panin te presenteren. Volgens Hare was de werkelijke plaats van uitvoering onder het documentair krediet Indonesië. Dit zou moeten leiden tot toepasselijkheid van Indonesisch recht.

34 HR 25 september 1992, *NJ* 1992, 750, *NIPR* 1993, 205 (*Balenpers*).

35 Vgl. Smeehuijzen 2002, p. 9 e.v. (zie noot 23), die de restrictieve uitleg van de exceptieregeling van art. 4 lid 5 EVO in het *Balenpers*-arrest niet goed verdedigbaar acht bij een figuur als de *letter of credit* en betoogt dat aansluiting moet worden gezocht bij de Engelse rechtspraak.

36 HvJ EG 6 oktober 2009, zaak C-133/08, *NIPR* 2009, 275, *NJ* 2010, 168 (*Inter-container Interfrigo SC (ICF)/Balkenende Oosthuizen BV*).

37 S.F.G. Rammeloo, ‘Op de valreep... Een eenvormige interpretatie door Hof van Justitie EG van artikel 4 EVO’, *NIPR* 2010, p. 20 e.v.

38 Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 12.

39 HvJ EG 23 april 2009, zaak C-533/07, *NIPR* 2009, 130, *AA* 2009, p. 400, m.nt Polak (*Falco/Weller*).

verstrekt tegen vergoeding een bepaalde activiteit verricht'.⁴⁰ Verscheidene gezaghebbende Engelse auteurs menen dat de meeste uit L/C's voortspuitende rechtsverhoudingen gekwalificeerd dienen te worden als het verrichten van diensten als bedoeld in de EEX-Vo.⁴¹

Wij sluiten ons bij deze visie aan. Immers, gelet op de invulling die het Hof van Justitie aan de term diensten in de EEX geeft, is naar onze mening aannemelijk dat zowel de *issuing*, de *advising* en de *confirming* bank in de verhouding tot de begunstigde een dienst verleent.⁴² De dienst kan variëren van het controleren en honoreren van documenten, dan wel het functioneren als een doorgeefluik, tot het adviseren of confirmeren van het krediet. In al die gevallen waarin kan worden vastgesteld dat de rechtsverhouding een overeenkomst inzake diensten is, is in beginsel het recht van de vestigingsplaats van de dienstverlener van toepassing, derhalve de vestigingsplaats van de bank (art. 4 lid 1 onder b Rome I).⁴³ Het is echter de vraag of alle uit een L/C voortspuitende rechtsverhoudingen tussen banken onderling kwalificeren als een overeenkomst inzake dienstverlening (art. 4 lid 1 onder b Rome I).⁴⁴

De vraag is nu of onder Rome I de verschillen tussen de Engelse en Nederlandse opvatting zullen verdwijnen. Wij betwijfelen dat. Artikel 4 lid 1 onder b Rome I bepaalt dat het recht van de vestigingsplaats van de dienstverlener van toepassing is. In deze zaak is de dienstverlener de Iraakse *issuing* bank. Echter, artikel 4 lid 3 Rome I biedt, evenals het EVO, de mogelijkheid voor een uitzondering 'indien uit alle omstandigheden blijkt dat de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander land dan het in lid 1 en lid 2 bedoelde land'. Het recht van dat andere land is dan van toepassing. Het essentiële verschil tussen de Nederlandse en Engelse opvatting onder het EVO is dat in de Engelse opvatting centraal staat dat de diverse uit de L/C voortspuitende rechtsverhoudingen niet als afzonderlijke rechtsverhoudingen kunnen worden beschouwd en zoveel mogelijk beheerst dienen te worden door hetzelfde recht, gelet op hun onderlinge verwevenheid. De Engelse rechter komt daarbij steeds uit bij het recht van de plaats van beschikbaarheid en betaling van het documentair krediet. De Nederlandse rechter beschouwt de (diverse) uit een L/C voortspuitende rechtsverhouding(en) separaat en zelfstandig. Zij komt daarbij onder het EVO uit bij het recht van de vestigingsplaats van de karakteristieke prestant en onder Rome I bij de vestigingsplaats van de dienstverlener.

Vooralsnog lijkt het erop dat Rome I de verschillen tussen de Engelse en Nederlandse opvatting niet zal wegnemen. Het wachten is op een uitspraak van het Hof van Justitie.

In afwachting daarvan houden wij graag een pleidooi voor de Engelse opvatting. Het toepasselijk recht is het recht van de plaats van beschikbaarheid en betaling van het documentair krediet als 'the place of performance'. Hier ligt het zwaartepunt van de transactie. Dit wordt beschouwd als de plaats waar de documenten worden onderzocht en het besluit wordt genomen om te betalen aan de begunstigde.⁴⁵ Deze plaats is van het grootste belang aangezien de (tijdige) presentatie van conforme documenten het vereiste is voor betaling onder het documentair krediet.⁴⁶

Deze opvatting heeft het grote voordeel dat er recht wordt gedaan aan de onderlinge verknochtheid en afhankelijkheid van de rechtsverhoudingen die voortspuiten uit het documentair krediet. Op deze wijze wordt een uitbetalende bank bij het rembours op een *issuing* of *confirming* bank niet geconfronteerd met de toepasselijkheid van een mogelijk ander recht dan het recht dat van toepassing is op zijn rechtsverhouding

met de begunstigde. De Engelse opvatting bevordert daarmee de uniformiteit. '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', aldus de Engelse rechter in 1994.⁴⁷ Het toepasselijk recht op een documentair krediet kan eenvoudig worden gelokaliseerd op de plaats waar het volgens de tekst van het documentair krediet beschikbaar en betaalbaar is, vgl. artikel 6 UCP 600.⁴⁸ De Engelse oplossing dient daarmee de eisen van het handelsverkeer. Het documentair krediet als zekerheid van betaling kan slechts floreren bij rechtszekerheid en internationale voorspelbaarheid. De transparantie en duidelijkheid van de Engelse opvatting bevorderen de functie van het documentair krediet als betrouwbaar betalingsmechanisme. Wij pleiten derhalve in het spoor van de Engelse rechter voor een soepele toepassing van de 'kennelijk nauwere band'-regel van artikel 4 lid 3 Rome I.

40 Ibid., r.o. 29.

41 Jack, Malek en Quest 2009, p. 388 (zie noot 27); P. Ellinger en D. Neo, *The law and practice of documentary credits*, Oxford: Hart Publishing 2010, p. 362.

42 Ellinger en Neo 2010, p. 360 e.v. (zie noot 41).

43 Het is opvallend dat in de Duitse opvatting de verhouding tussen de begunstigde en de bank ('Kreditinstitut') valt onder art. 4 lid 2 Rome I omdat volgens die opvatting in die verhouding geen dienst wordt verleend als bedoeld in art. 4 lid 1 onder b Rome I; vgl. Reithmann en Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, Keulen: Verlag Dr. Otto Schmidt 2010, p. 685 e.v.; Martiny, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, München: C.H. Beck 2010, paragraaf 73 e.v.; Thom, in: *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Kommentar*, München: European Law Publishers 2011, p. 216. Het valt buiten het bestek van dit commentaar om hier verder op in te gaan.

44 Het is bijvoorbeeld onwaarschijnlijk dat de rechtsverhouding tussen de *negotiating* bank en de *issuing/confirming* bank kwalificeert als een overeenkomst inzake dienstverlening als bedoeld in art. 4 lid 1 onder b Rome I. Immers de *negotiating* bank koopt, zonder daartoe verplicht te zijn, de documenten van de begunstigde en verkrijgt daarmee een rechtstreekse en eigen aanspraak op de *issuing/confirming* bank tot betaling van de krediet som tegen presentatie van de gekochte documenten. Het is moeilijk in te zien dat in die situatie een van de betrokken banken 'tegen vergoeding een bepaalde activiteit verricht'; vgl. voor commentaar op de verschillende verhoudingen: Ellinger en Neo 2010, p. 360-364 (zie noot 41).

45 *Marconi Communications International Ltd. v. PT Pan Indonesia Bank Ltd. TBK* (zie noot 29).

46 A.Y. Gozlan, *International letters of credit: resolving conflict of laws disputes*, The Hague: Kluwer Law International 1999, p. 11.

47 Vgl. noot 28.

48 Wij merken op dat de vraag naar het toepasselijk recht op rechtsverhoudingen die voortspuiten uit een 'freely negotiable credit' niet eenduidig wordt beantwoord. Een 'freely negotiable credit' bepaalt veelal 'available with ... by ... any bank by negotiation'. Hoewel de begunstigde in de praktijk de documenten veelal zal presenteren aan een bank in zijn eigen land, is hij gerechtigd de documenten te presenteren bij iedere bank in ieder ander land. De plaats van beschikbaarheid en van betaling zijn niet uit de tekst van het documentair krediet te herleiden en zijn dus afhankelijk van de plaats waar de begunstigde zijn documenten presenteert aan de (*negotiating*) bank. Naar onze mening is het toepasselijk recht op grond van art. 4 lid 3 Rome I dan het recht van de plaats waar de documenten aan de (*negotiating*) bank gepresenteerd zijn. Dit is de plaats waar het documentair krediet feitelijk beschikbaar en betaalbaar is; vgl. Fung 2004, p. 200 (zie noot 10); anders Jack, Malek en Quest 2009, p. 407 e.v. (zie noot 27).