

Hoofdstuk 7

Het documentair krediet – wie revitaliseert de ‘oude tante’?

Mr. M.A.W. van Maanen en mr. L.J. van Baren*

7.1 Inleiding

7.1.1 Het documentair krediet (of in het Engels ‘Letter of Credit’ (L/C)) is een klassieke rechtsfiguur uit het handelsrecht. De bank die een documentair krediet stelt, belooft betaling tegen presentatie van bepaalde, nauwkeurig omschreven documenten binnen een bepaalde termijn. De betalingstoezegging is onherroepelijk en geschiedt in opdracht van de koper. De betaling geschiedt voor zijn rekening, ook al neemt de bank een eigen betalingsverplichting op zich. Door die betaling wordt de primaire verbintenis van de koper, ter betaling van de koopprijs, voldaan, aldus prof. mr. F.H.J. Mijnsen als preadviseur in 1984.¹

7.1.2 Het documentair krediet heeft in haar lange geschiedenis veel van haar oorspronkelijke populariteit en glans verloren, terwijl haar basis hetzelfde is gebleven. De vraag is gerechtvaardigd of zij als ‘oude tante’ nog toekomst heeft? Wat zijn dan de ouderdomsgebreken van deze ‘oude tante’ en zijn zij te verhelpen? Het 100-jarig lustrum van de Vereeniging is een goede gelegenheid tot reflectie² en een korte blik op de toekomst. Hierbij zal ook aandacht worden besteed aan de vraag of de toekomst van het documentair krediet ligt in de digitalisering van het instrument. Deze vraag sluit aan bij eerdere preadviezen van de Vereeniging waar modernisering en technologische ontwikkelingen centraal stonden, zoals de preadviezen uit 1987 over de juridische aspecten van moderne betaalmiddelen en de preadviezen uit 2001 over de digitalisering van de wissel en het cognossement. Deze laatste preadviezen hadden de overkoepelende titel ‘Afscheid van papier – handelsrecht en moderne technologie’.³ Dat afscheid nemen van papier lijkt nog niet te zijn gelukt en speelt, zo zullen wij bespreken, ook bij de digitalisering van het documentair krediet een belangrijke rol.

* Marc van Maanen en Lisanne van Baren zijn beiden werkzaam bij Van Traa Advocaten te Rotterdam.

1. F.H.J. Mijnsen, *De bankgarantie* (Preadvies van de Vereeniging ‘Handelsrecht’), Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 20.
2. Hierbij hebben wij mede geput uit eerdere publicaties over documentair krediet: M.A.W. van Maanen, ‘Enkele recente ontwikkelingen in het documentair kredietrecht’, *NTHR* 2007, afl. 2, p. 52-63 ook gepubliceerd in: C. Dehouck (ed.), *Incoterms en betalingstechnieken in de internationale handel*, Brugge: Die Keure 2007, p. 185-214 alsmede M. van Maanen & A. van Veen, ‘Toepasselijk recht op documentair krediet verhoudingen onder het EVO en Rome I’, *NIPR* 2012, afl. 1, p. 12-18; en L. van Baren, ‘Documentair krediet en toepasselijk recht’, *NTHR* 2013, afl. 3, p. 149-156. Wij danken Hugo Verschoren, voormalig ING-bankier Trade Finance nu onafhankelijk consultant, voor zijn inspirerende gedachten over de hervorming van het documentair krediet en mr. dr. S.A. Kruisinga voor haar commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.
3. *Afscheid van papier, handelsrecht en moderne technologie* (Preadvies van de Vereeniging ‘Handelsrecht’), Deventer: W.E.J. Willink 2001.

7.1.3 Dit preadvies is als volgt opgebouwd. Wij zullen eerst ingaan op de historie en actuele trends (§ 7.2), de UCP 600 (§ 7.3), de betrokkenheid van de banken (§ 7.4), de vormen van beschikbaarstelling van het documentair krediet en enige knelpunten (§ 7.5) en het beginsel van ‘strict compliance’ (§ 7.6). Wij richten vervolgens onze blik op de toekomst en zullen verschillende initiatieven van de ICC in het kader van de digitalisering van het documentair betalingsverkeer bespreken (§ 7.7). Hierna zal kort aandacht worden besteed aan (zeer) recente technologische ontwikkelingen zoals het gebruik van blockchain, platforms en smart contracts (§ 7.8). Wij zullen afronden met enige slotopmerkingen (§ 7.9).

7.2 Historie en actuele trends

7.2.1 Het documentair krediet is van oudsher hét betalingsinstrument bij de afwikkeling van de koop en betaling van de koopprijs in de internationale handel. In het begin van de twintigste eeuw zou meer dan 50% van de internationale handel gefinancierd worden door het documentair krediet. Zelfs in de jaren tachtig van de vorige eeuw is het documentair krediet door de Engelse rechter nog omschreven als ‘The life blood of international commerce’.⁴ In die zin is het vreemd dat de Vereniging, in de gloriejaren van het documentair krediet, nooit een preadvies heeft gewijd aan dit onderwerp. In de klassieke handboeken over het handelsrecht heeft het documentair krediet ook altijd een prominente plaats ingenomen. Tot in de jaren negentig van de vorige eeuw verschijnen er nog regelmatig boeken exclusief over het documentair krediet.⁵

7.2.2 Dat het documentair krediet een belangrijke rol speelde in de financiering van de overzeese handel hangt samen met haar zekerheidsfunctie. Dit blijkt ook uit de geschiedenis van het instrument. Het gebruik van het documentair krediet is in het begin van de twintigste eeuw, na de Eerste Wereldoorlog, in een stroomversnelling terechtgekomen. Door de oorlog bestond een deel van de gevestigde handelsrelaties niet meer en was men genoodzaakt overeenkomsten te sluiten en handel te drijven met onbekende partijen.⁶ Er ontstond meer en meer een behoefte om de financiering van de internationale handel te reguleren en de zekerheid te creëren dat pas dan tot betaling zou worden overgegaan indien aan bepaalde voorwaarden was voldaan.

7.2.3 Na WOII is de daling van het gebruik van het documentair krediet ingezet. In de jaren vijftig van de vorige eeuw werd nog de helft van de internationale handel gefinancierd met documentair krediet. Volgens recente cijfers is dat percentage nu minder dan 10%. Zelfs in een voormalig L/C-bolwerk als China is het gebruik

4. Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 5 december 1983, *Bolivinter Oil S.A. v Chase Manhattan Bank*, [1984] 1 *Lloyd's Rep.* 251.

5. Vergelijk M.N. Boon, *De internationale koop en het documentair accreditief ingevolgt de UCP 1993*, Deventer: Kluwer 1997; R. van Delden & F.A.W. Bannier, *Betalingsverkeer (documentair krediet/documenten)*, Deventer: Kluwer 1999. Voor de Belgische literatuur is het proefschrift van Chr. Dehouck, *Documentair krediet*, Brugge: Die Keure 2007 (hierna: Dehouck 2007) van meer recente datum.

6. Zie voor een meer uitgebreide beschrijving van de geschiedenis van het documentair krediet: F.P. de Rooy, *Documentaire kredieten*, Deventer: Kluwer 1980, p. 3 e.v.

in de periode 2015-2017 teruggevallen tot 15%.⁷ Het documentair krediet wordt nog wel intensief gebruikt in (de handel met) de opkomende economieën van Zuidoost-Azië (bijvoorbeeld Bangladesh, Cambodja, Vietnam en India) en delen van Afrika. In deze regio's is geavanceerde handelsfinanciering nog beperkt ontwikkeld en in sommige gevallen is ook het politieke klimaat instabiel, hetgeen de behoefte aan zekerheid bij de handelspartner vergroot. Dat maakt het documentair krediet in die landen een ideaal hulpmiddel voor het ontwikkelen van de exporteconomie. Ter illustratie, uit de meest recente survey van de ICC bleek bijvoorbeeld dat Iran in 2017 de grootste stijging in het gebruik van het documentair krediet liet zien.⁸

7.2.4 Veel van de wereldhandel geschiedt nu op basis van 'open account'.⁹ Een van de redenen voor het stijgende gebruik van de financiering op deze basis is de toenemende globalisering. Met name grote multinationals en internationaal opererende bedrijven hebben vaak vestigingen en vaste contacten in verschillende landen hetgeen het drijven van handel in het buitenland vergemakkelijkt en bijdraagt aan het vertrouwen in buitenlandse handelspartners. Ook wordt steeds meer gebruik gemaakt van andere (goedkopere en minder complexe) wijzen van financiering van de handelsketen.¹⁰ Hierbij kan onder andere gedacht worden aan de verkoop van vorderingen (zoals bijvoorbeeld forfaiting¹¹ en factoring¹²), het verstrekken van leningen (bijvoorbeeld pre-shipment financiering), het gebruik van een kredietverzekering, een betalingsgarantie en/of (gedeeltelijke) vooruitbetaling.

7.2.5 Onder het in § 7.2.3 genoemde percentage van (minder dan) 10% van de handel die gefinancierd wordt met behulp van een documentair krediet valt overigens tevens het nauw aan het documentair krediet verwante documentair incasso ('cash against documents'). Bij de betalingsafspraken 'cash against documents' is de koper gehouden de koopprijs te betalen bij aanbidding van vooraf overeengekomen documenten. Banken verklaren veelal de ICC Uniform Rules for Collections (URC) van toepassing op de incasso. Deze figuur wordt met name gebruikt voor de 'kleinere tickets'. Ook hier is het leidende beginsel: 'gelijk oversteken'. Typierend voor deze betalingsafspraken is dat een door de verkoper ingeschakelde bank als lasthebber belast is met de ruil. De bank ontvangt de documenten van de verkoper. Zij zegt

7. *Global trade – securing future growth. ICC global survey on trade finance 2018* (ICC Publication, no. 890E), Paris: ICC 2018, p. 61 e.v. (hierna: ICC global survey on trade finance 2018), zie iccwbo.org/publication/global-survey-2018-securing-future-growth.

8. ICC global survey on trade finance 2018, p. 61 e.v.

9. ICC global survey on trade finance 2018, p. 13 spreekt over een percentage van ca 80% 'of trade activity is on open account'.

10. Zie over deze alternatieve wijzen van financiering bijvoorbeeld 'Standard definitions for techniques of supply chain finance', te raadplegen via iccwbo.org/publication/standard-definitions-techniques-supply-chain-finance/ (geraadpleegd op 28 september 2018).

11. Forfaiting is kort gezegd de verkoop van vorderingen die veelal opeisbaar zijn tegen een toekomstige datum. Zie over forfaiting bijvoorbeeld V. Whittaker, 'The Quick Buck, International Finance and Forfaiting', 23 *Thomas Jefferson Law Review*, 2000-2001, p. 249-265.

12. Factoring verschilt van forfaiting in die zin dat bij forfaiting in de regel incidentele (hoge) vorderingen worden gekocht, terwijl bij factoring de debiteurenportefeuille van een bedrijf (veelal) in het geheel wordt overgenomen. Zie over de verschillen tussen forfaiting en factoring kort M.H.E. Rongen, *Cessie – beschouwingen over kernthema's van de overdracht van vorderingen op naam tegen de achtergrond van de hedendaagse (internationale) financiële praktijk en securisation in het bijzonder*, Deventer: Kluwer 2012, p. 4.

de verkoper toe dat zij de documenten niet uit handen zal geven anders dan tegen betaling van de koopprijs. Het beding CAD geldt mede als een door de verkoper bedongen eigendomsvoorbehoud.¹³ Anders dan bij een documentair krediet neemt de bank bij een CAD-transactie geen eigen betalingsverplichting op zich.

7.2.6 De terugtocht van het documentair krediet wordt volgens bankiers verder veroorzaakt door de kosten, veelal een percentage van de krediet som (koopsom), en met name door de welhaast byzantijnse complexiteit van het instrument met haar ondoorzichtige stroom van toepasselijke regels. De markt beschouwt het verder als een archaisch project vooral vanwege haar grote administratieve belasting. Het documentair krediet verlangt nog steeds presentatie van papieren documenten aan de bank. Het recente jaarrapport van de ICC spreekt zelfs over circulatie van circa 4 miljard pagina's papier in het documentair betalingsverkeer.¹⁴ Een enorme hoeveelheid! Er is een groeiende weerzin bij het bedrijfsleven tegen 'het gesjouw met papier'. De digitalisering van het documentair krediet, waarover later meer, staat nog steeds in de kinderschoenen.

7.3 UCP 600

7.3.1 Het BW geeft geen regels voor het documentair krediet. Het documentair krediet wordt gereguleerd door private regelgeving door middel van de Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP). De 'International Chamber of Commerce' (ICC) te Parijs, een niet-gouvernementele instantie, houdt zich sinds haar oprichting in 1919 bezig met het bevorderen van de internationale handel en de éénmaking van de regels op dit gebied.¹⁵ Van meet af aan heeft zij het opstellen van regels voor documentaire kredieten op zich genomen.

7.3.2 De allereerste versie zijn de 'Uniform Customs and Practice for Documentary Credits' (UCP) 1933. De huidige versie zijn de UCP 600.¹⁶ De UCP geven contractuele regels over de rechtsverhouding tussen betrokken partijen bij het documentair krediet en over de documenten. De UCP hebben geen kracht van wet of verdrag. Zij gelden, in ieder geval in Nederland, evenmin als gewoonterecht.¹⁷ De UCP moeten uitdrukkelijk van toepassing worden verklaard in het documentair krediet. Hoewel niet aan te raden gelet op de grote onderlinge samenhang van de regels, staat het partijen bij het documentair krediet vrij om van de UCP afwijkende bedingen af te spreken, vergelijk art. 1 UCP 600: 'They are binding on all parties thereto unless expressly modified or excluded by the credit'.

7.3.3 De UCP 600 zijn een treffend voorbeeld van gespecialiseerde standaardvoorwaarden in het handels(verkeers)recht. De handel kent ook andere voorbeelden

-
13. Vergelijk recent nog Hof Den Haag 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1609.
 14. ICC global survey on trade finance 2018, p. 17: 'Four billion pages of documents circulate in documentary trade'.
 15. Dehouck 2007, p. 17.
 16. *ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits 2007 revision UCP 600* (ICC Publication, No. 600), Paris: ICC 2006.
 17. HR 12 maart 1982, ECLI:NL:HR:1982:AC2406, NJ 1982/267; HR 28 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4673, NIPR 1985/139, NJ 1985/131 m.nt. J.C. Schultsz; HR 26 april 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5006, NJ 1985/607, NIPR 1986/199.

van dergelijke zelfregulering zoals de in § 7.2.5 genoemde URC alsmede de bekende Incoterms (International Commercial Terms) eveneens opgesteld door de ICC. De Incoterms geven belangrijke regels voor de internationale koop onder meer inzake risico en kosten. Een voorbeeld buiten de handelskoop van gespecialiseerde standaardvoorwaarden zijn de York Antwerp Rules in het vervoerrecht. Deze geven een raamwerk voor de afwikkeling van averij-grosse bij scheepsongevallen. Deze internationale standaardvoorwaarden in het handels(verkeers)recht vervullen een belangrijke functie. Zij dienen de rechtszekerheid omdat zij een uniforme, gespecialiseerde regeling geven voor internationale gevallen.

7.3.4 De UCP 600 stammen uit 2007. Zij zijn de opvolger van de UCP 500. Het algemene doel van de herziening was in de eerste plaats aanpassing van de regels aan nieuwe ontwikkelingen in het bankwezen alsmede de transport- en verzekeringsindustrie. Op grond van onderzoeken bleek verder dat een groot deel van de aangeboden documenten bij de eerste presentatie onder het documentair krediet wordt geweigerd ten gevolge van afwijkingen ('discrepancies'). Dit heeft uiteraard een negatief effect op het gebruik van en het vertrouwen in het documentair krediet als betalingszekerheid in de internationale handel. Ruim 10 jaar na inwerkingtreding kan geconcludeerd worden dat op dit belangrijke punt, waarover later meer, de UCP 600 helaas geen substantiële vooruitgang hebben gebracht.

7.3.5 Het opstellen van de UCP 600 onder leiding van de Banking Commission van de ICC toont dat de UCP 600 vooral een consensus tekst zijn.¹⁸ Alle nationale ICC-commissies mochten in het kader van het 'drafting process' input en commentaar leveren. Uiteindelijk zijn in oktober 2006 de UCP 600 unaniem – met 91 stemmen tegen 0 – goedgekeurd door de nationale ICC-commissies in een speciale vergadering van de Banking Commission.¹⁹ De noodzakelijke consensus heeft voor breed draagvlak gezorgd, maar heeft ook belemmerd dat werkelijke en fundamentele knelpunten zijn aangepakt.

7.3.6 Hulpmiddelen bij de uitleg van de UCP zijn de International Standard Banking Practice (ISBP) for the Examination of Documents under Documentary Credits.²⁰ Deze regels zijn een gedeeltelijke uitwerking van de UCP en een belangrijke ondersteuning voor het dagelijks gebruik bij het onderzoek van de documenten. Verder geeft de al eerder genoemde ICC Banking Commission door middel van opinies²¹ verdere sturing bij de uitleg van de UCP. Daarnaast heeft de ICC in 1997 de Rules

18. De voorzitter van de Drafting Group, Gary Collyer, zei: 'I should point out that only the initial draft of each article represented the views of the Drafting Group. Thereafter drafting was completed based on the consensus viewpoint expressed by the National Committees in their comments', zie: *DCInsight* 2006, vol. 12, nr. 4.

19. Vgl. over de stemming: 'UCP update, reflections prior to the UCP vote', *DCInsight* 2007, vol. 13, nr. 1, p. 2.

20. *International Standard Banking Practice for the examination of documents under UCP 600* (ICC Publication, No. 745E), Paris: ICC 2013.

21. G. Collyer & R. Katz (ed.), *ICC Banking Commission collected opinions 1995-2001* (ICC Publication, No. 632E), Paris: ICC 2002; G. Collyer & R. Katz (ed.), *ICC Banking Commission unpublished opinions 1995-2004* (ICC Publication, No. 660E), Paris: ICC 2005; G. Collyer & R. Katz (ed.), *ICC Banking Commission opinions 2005-2008* (ICC Publication, No. 697), Paris: ICC 2008; G. Collyer & R. Katz (ed.), *ICC Banking Commission opinions 2009-2011* (ICC Publication, No. 732E), Paris: ICC 2012; G. Collyer (ed.), *ICC Banking Commission Opinions 2012-2016* (ICC Publication, No. 785E), Paris: ICC 2016.

for Documentary Credit Dispute Resolution Expertise (de DOCDEX Rules²²) ingevoerd in antwoord op de vraag naar effectieve, betaalbare en deskundige geschillenbeslechting. De DOCDEX Arbitration Awards²³ dienen derhalve ook als bron geraadpleegd te worden. De e-UCP²⁴ zijn het supplement voor elektronische presentatie en dienen net als de UCP van toepassing te worden verklaard. Ten slotte is er uiteraard een waaier aan nationale en vooral internationale, rechterlijke uitspraken. Deze overvloed aan, niet voor iedere gebruiker eenvoudig toegankelijke, regels op basis van de UCP, e-UCP, ISBP, Opinions, DOCDEX Arbitration Awards en rechterlijke uitspraken maakt het voor de minder ervaren 'corporate' gebruiker van het documentair krediet niet makkelijk. Een goed begin zou bijvoorbeeld zijn om de ISBP op te laten gaan in de UCP. De regelgeving moet eenvoudiger, transparanter en compacter!

7.3.7 De UCP en de uitleg daarvan behoren tot het normale contractenrecht. Tegelijkertijd moet er aandacht zijn voor het internationale karakter van de UCP alsmede haar doel en functie in de internationale handelsfinanciering. In de Engelse uitspraak *Fortis Bank SA/NV v Indian Overseas Bank Nos. 1 & 2*²⁵ heeft de Engelse rechter Thomas L.J. de juiste uitleg naar onze mening treffend beschreven: 'In my view, a court must recognise the international nature of the UCP and approach its construction in that spirit. It was drafted in English in a manner that it could easily be translated into about 20 different languages and applied by bankers and traders throughout the world. It is intended to be a self-contained code for those areas of practice which it covers and to reflect good practice and achieve consistency across the world. Courts must therefore interpret it in accordance with its underlying aims and purposes reflecting international practice and the expectations of international bankers and international trade. A literalistic and national approach must be avoided'.

7.3.8 Deze uitleg doet recht aan de door het handelsrecht verlangde internationale rechtszekerheid en voorspelbaarheid.²⁶ Echo's van deze autonome en uniforme uitleg klinken ook door in de uitspraken van de Hoge Raad over bijvoorbeeld de uitleg van transportrechtverdragen.²⁷

22. *ICC Rules for Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise (DOCDEX)* (ICC Publication, No. 872-1 eng), Paris: ICC 2015. Zie iccwbo.org/publication/icc-docdex-rules-english-version.
23. Bijvoorbeeld G. Collyer & R. Katz (ed.), *Collected DOCDEX decisions 1997-2003* (ICC Publication, No. 665), Paris: ICC 2004; G. Collyer & R. Katz (ed.), *Collected DOCDEX decisions 2004-2008* (ICC Publication, No. 696E), Paris: ICC, 2008; G. Collyer & R. Katz (ed.), *Collected DOCDEX decisions 2009-2012* (ICC Publication, No. 739E), Paris: ICC 2012; G. Collyer & D. Meynell (ed.), *Collected DOCDEX decisions 2013-2016* (ICC Publication, No. 786E), Paris: ICC 2017.
24. *ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits 2007 revision UCP 600* (ICC Publication, No. 600), Paris: ICC 2006, p. 51-63.
25. Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 31 januari 2011, *Fortis Bank SA/NV v Indian Overseas Bank*, [2011] EWCA Civ 58 en [2011] 1 C.L.C. 276.
26. Vergelijk recent ook J. Kruij, *General average legal basis and applicable law. The overrated significance of the York-Antwerp Rules*, Zutphen: Paris 2017, p. 64 over de internationale uitleg van de met de UCP 600 vergelijkbare York Antwerp Rules over averij-grosse.
27. HR 12 februari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4330, NJ 1982/589, m.nt. B. Wachter en HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3678, NJ 2012/516 m.nt. K.F. Haak (*Godafoss*) en HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:440, NJ 2015/192 m.nt. K.F. Haak en A.I.M. van Mierlo.

7.4 De betrokkenheid van de banken

7.4.1 De UCP regelt de rolverdeling van de bij het documentair krediet betrokken banken. De openende ('issuing') bank is veelal de huisbankier van de koper/opdrachtgever van de bank ('applicant') in zijn thuisland. Uiteraard wil de verkoper/begunstigde zijn documenten presenteren bij een bank in zijn eigen land. De 'issuing' bank schakelt daartoe een andere bank in het land van de begunstigde in, de adviserende ('advising') bank. In de regel is de 'advising' bank tevens de genomineerde ('nominated') bank. Dit is de bank waar het krediet beschikbaar is, art. 2 UCP 600. De begunstigde kan nu met zijn documenten terecht bij de 'advising' bank. Deze functioneert in beginsel slechts als loket en doorgeefluik voor de begunstigde. In de praktijk bekijkt de 'advising' bank de documenten ook alvast zelf. Zij is echter geen verplichting aangegaan jegens de begunstigde om de documenten te controleren en eventueel te betalen. Die verplichting rust uitsluitend op de 'issuing' bank. Wil de verkoper dat de 'advising' bank een dergelijke verplichting op zich neemt, dan moet deze het krediet confirmeren. Echter, 'confirmation' is slechts mogelijk op grond van 'authorisation' door de 'issuing' bank in het documentair krediet, bijvoorbeeld door de formulering: "Confirmation... may add". Een 'confirming' bank is, naast de 'issuing' bank, zelfstandig gebonden jegens de begunstigde indien de documenten conform zijn. Vanzelfsprekend prefereren verkopers een door een lokale bankier geconfirmeerd krediet. Verkopers hebben meer vertrouwen in de deskundigheid en vooral onpartijdigheid van de lokale, 'confirming' bank dan in die van de 'issuing' bank als huisbankier van de koper.

7.5 Vormen van beschikbaarstelling van het documentair krediet en enige knelpunten

7.5.1 Volgens art. 2 e.v. UCP 600 zijn er vier typen van betaling in het kader van een documentair krediet, namelijk (i) betaling op zicht, (ii) uitgestelde betaling, (iii) acceptatie en (iv) negotiatie. Bij betaling op zicht (i) en uitgestelde betaling (ii) moet de bank respectievelijk terstond of met inachtneming van een termijn de krediet som betalen. Bij een acceptkrediet (iii) verplicht de bank zich tot acceptatie van een door de begunstigde getrokken (termijn)wissel.²⁸ Bij negotiatie (iv) koopt de 'negotiating' bank, kort gezegd, de documenten (waaronder in de regel een (termijn) wissel) van de begunstigde.

7.5.2 De voornaamste knelpunten bij de verschillende vormen van het documentair krediet zijn het gebruik van wissels en de precieze betekenis van het negotiatiekrediet. In de volgende paragraaf behandelen wij eerst het gebruik van wissels. Vervolgens zal in § 7.5.4 e.v. het negotiatiekrediet worden besproken.

7.5.3 Het gebruik van wissels is in de praktijk soms problematisch. De wissel is, net als het cognossement, een waardepapier. De trekker van de wissel (dat is de uitgever van het papier) geeft de betrokkene (dat is bij het documentair krediet meestal de bank) opdracht om te betalen aan de nemer (ook wel begunstigde) van de wissel. In geval van een acceptkrediet is de positie helder. De bank accepteert

28. De wissel is een waardepapier en (nog steeds) geregeld in art. 100 K e.v.

als betrokkene een op haar getrokken wissel. Zij kwalificeert daarmee als wisseldebiteur jegens de (opvolgende) houder. Het acceptkrediet is na acceptatie van de wissel uitgewerkt. In internationale jurisprudentie wordt regelmatig geïmagineerd over de vraag of bij gebruik van een wissel als document bij een niet-acceptkrediet het documentair kredietrecht of het wisselrecht (waardepapierenrecht) van toepassing is.²⁹ Een treffend, nationaal voorbeeld is de uitspraak van de Hoge Raad van 6 april 2012 (*Rafidain Bank/Solvochem*).³⁰ Tussen de door de begunstigde Solvochem aan de Iraakse Rafidain Bank gepresenteerde documenten onder de 'deferred Payment L/C' (het documentair krediet met uitgestelde betaling) bevonden zich ook door Solvochem aan eigen order getrokken wissels. In feite functioneerden deze wissels slechts als een hulpmiddel, een soort kwitantie, om de termijnbetaling van de Rafidain Bank af te wikkelen. Inzet van het debat tussen partijen, naast het toepasselijke recht op de vordering, was of de vordering van Solvochem tot betaling ging om (i) (een) wisselvordering(en) met een korte verjaringstermijn naar Nederlands recht of om (ii) (een) documentair kredietvordering(en) met een langere verjaringstermijn naar Iraaks recht. De Hoge Raad oordeelde terecht, in navolging van het hof, dat de documentair krediet-verhouding beslissend was. De wissels vormden niet de grondslag van de vordering, maar het documentair krediet. De uitspraak van de Hoge Raad illustreert dat het gebruik van wissels verwarring kan zaaien. Het gebruik van wissels buiten het acceptkrediet kan volgens sommigen onder andere om deze reden beter worden afgeschaft.³¹

7.5.4 Een ander knelpunt is volgens de praktijk het negotiatiekrediet. Bij het opstellen van de UCP 600 rees de vraag of dit type krediet wel toegevoegde waarde had en wel moest worden gehandhaafd.³² Art. 2 UCP 600 geeft een uitgebreide 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.'

7.5.5 De negotiërende bank koopt de documenten van de begunstigde. De bank kan volgens de tekst van de UCP 600 vooruit betalen, maar kan zich ook tot betaling verplichten mits betaald wordt voorafgaande aan het rembourss (door de openende of confirmerende bank). Een heikel punt bij het negotiatiekrediet is verder het eventuele recht van regres van de negotiërende bank op de begunstigde indien rembourss uitblijft. De UCP geven geen antwoord op deze vraag. Wat valt onder dit regres? Heeft de negotiërende bank ook (recht van) regres in geval van afwijkingen in documenten die zij over het hoofd heeft gezien of discussies over de correctheid van de documenten? Volgens het Engelse handboek *Documentary Credits* van Raymond

29. Vergelijk voor een overzicht van die rechtspraak K.T. Fung, *Leading court cases on letters of credit* (ICC Publication, No. 658), Paris: ICC 2004, p. 35 e.v.

30. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1522, NJ 2013/235, m.nt. Th.M. de Boer.

31. Vergelijk X. Wang, 'Two types of commercial LC's are enough', *Documentary Credit World* 2010, July/August, p. 30 e.v. (hierna: Wang, 2010) alsmede H. Verschoren, 'UCP 600 revision: a tune-up opportunity for this old vehicle called the "Letter of Credit"', *Documentary Credit World* 2016, July/August, p. 32-37 (hierna: Verschoren, 2016).

32. Dehouck 2007, p. 683 e.v.

Jack³³ c.s. heeft een negotiërende bank in beginsel regres op de begunstigde, tenzij de bank een verwijt treft van de weigering tot rembours door de openende (of eventuele confirmerende) bank. De negotiërende bank heeft als 'nominated' bank jegens de begunstigde geen eigen verplichting tot negotiëren. Hij mag en kan voorwaarden verbinden aan het negotiëren.³⁴ De bank kan derhalve een recht van regres bedingen. Indien de begunstigde daar niet aan wil, zal hij moeten shoppen. Hij kan een andere bank verzoeken te negotiëren. Dit kan vanzelfsprekend alleen als het documentair krediet beschikbaar ('available') is bij meerdere banken, bijvoorbeeld omdat het een 'freely negotiable credit' is.

7.5.6 Mede op basis van deze mogelijkheid van het recht van regres bestaat bij de 'corporate' gebruiker van het negotiatiekrediet geregeld verwarring over haar precieze betekenis en inhoud. 'Waarom is betaling aan mij door de negotiërende bank niet definitief?' Een confirmerende bank daarentegen negotieert uitdrukkelijk zonder regres, zie art. 8 (a) (ii) UCP 600. Nakoming door een confirmerende bank is definitief. Volgens bankiers is dit verschil lastig uit te leggen aan die gebruikers voor wie de het documentair krediet geen 'core business' is. De vraag rijst waarom de praktijk niet zou kunnen volstaan met twee typen documentair krediet waarvan de betekenis duidelijk is: Betaling op zicht en uitgestelde betaling?³⁵ Echter, vanwege de bovengenoemde verhandelbaarheid van het negotiatiekrediet wordt het instrument relatief vaak gebruikt, met name in Zuidoost-Azië.³⁶

7.6 Het beginsel van 'strict compliance'

7.6.1 De bank moet de gepresenteerde documenten onderzoeken en vaststellen of deze overeenstemmen met het krediet. Art. 14 (a) UCP 600 bevat de standaard voor de controle van de documenten. De norm voor de controle is het beginsel van strikte nakoming ('the doctrine of strict compliance'). De bank moet de aangeboden documenten met uiterste nauwgezetheid op volledigheid en correctheid controleren. Voor de controle van de documenten geldt de veelvuldig geciteerde overweging van Lord Sumner uit een Engelse uitspraak uit 1926:³⁷ 'There is no room for documents which are almost the same, or which will do just as well as those specified'.

7.6.2 Het beginsel van strikte nakoming is één van de fundamentele, internationaal erkende beginselen van documentair kredietrecht. De bank mag slechts een kredietconforme presentatie honoreren of, in geval van een negotiatiekrediet, negotiëren. Met de zinsnede 'louter op basis van de documenten' in art. 14 (a) UCP 600 is het zogenaamde autonomiebeginsel geformuleerd. Het documentair krediet functioneert onafhankelijk en autonoom van andere betrokken rechtsverhoudingen,

33. A. Malek & D. Quest, *Jack: documentary credits*, Haywards Heath: Tottel Publishing 2009, p. 165-166 (hierna: Malek 2009).

34. Zie voor een voorbeeld van dergelijke door de toenmalige Fortis Bank bedongen voorwaarden: Rb. Rotterdam 10 mei 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AX2190, NIPR 2006/227; Rb. Rotterdam 27 september 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY9188, NIPR 2006/321.

35. Wang 2010, p. 30 e.v. alsmede Verschoren 2016, p. 32 e.v.

36. ICC global survey on trade finance 2018, p. 69 rapporteert dat in 2017 73% van de L/C's een negotiatiekrediet was.

37. House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 25 november 1926, *Equitable Trust Co of New York v. Dawson Partners Ltd*, [1926] 27 *Lloyd's Law Rep.* 49.

zoals bijvoorbeeld de koopovereenkomst of de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de (openende) bank. Het autonomiebeginsel is uitgewerkt in art. 4 en 5 UCP 600. Slechts in geval van fraude kan door het documentair krediet heen naar de onderliggende rechtsverhoudingen worden gekeken. Fraude is niet geregeld in de UCP. Of er sprake is van fraude en wat de gevolgen daarvan zijn, moet derhalve steeds worden opgelost door het toepasselijke recht. In de Nederlandse praktijk lijkt de fraude-exceptie niet vaak te spelen.³⁸

7.6.3 Het documentair krediet is volgens het autonomiebeginsel de enige toetssteen. Voor de betalingsverplichting van de bank is slechts beslissend of er sprake is van een kredietconforme ('credit complying') presentatie. Banken leven in een zogenaamde papieren werkelijkheid en zijn niet gehouden tot veldonderzoek. De bank heeft volgens de UCP enkel een formele verplichting. De huidige bankpraktijk is echter weerbarstiger. Door de toenemende invloed van 'regulatory & compliance', zijn banken gehouden de identiteit van partijen en andere gegevens bij het documentair krediet en de aangeboden documenten veelal nauwgezet te verifiëren aan de hand van interne en externe regelgeving als KYC ('Know Your Customer'), sancties, anti-witwasregels, anti-terrorismerregels, anti-corruptievoorschriften etc. Deze praktijk staat haaks op de louter, door de UCP beoogde papieren controle. Dit betekent ook dat de verwerking en controle van deze documenten veel vergt van (de staf en infrastructuur van) banken als 'compliance empires'.³⁹

7.6.4 De vraag of sprake is van een kredietconforme presentatie moet worden beoordeeld op basis van de UCP en de internationale standaard bankpraktijk ('International Standard Banking Practice'), vergelijk art. 14 (d) UCP 600. De internationale standaard bankpraktijk wordt onder meer belichaamd in de opinies van de ICC Banking Commission (en ook de DOCDEX beslissingen). Opvallend is dat de opinies van de Banking Commission nogal eens beweerde afwijkingen ('discrepancies') afwijzen. De Banking Commission probeert met haar opinies het beginsel van 'strict compliance' duidelijk te verzachten. Helaas geeft de internationale rechtspraak een diffuser beeld en overheerst in sommige jurisdicties een nodeloos formalisme. In andere jurisdicties worden schrijffouten en betekenisloze afwijkingen gewoon geaccepteerd.⁴⁰ Dit betekent dat het beginsel van strikte nakoming niet eenduidig wordt toegepast en van plaats tot plaats verschilt, hetgeen de zekerheidsfunctie van het documentair krediet ondermijnt.

7.6.5 Het probleem van het beginsel van strikte nakoming wordt met name veroorzaakt door art. 14 (d) UCP 600. Dit artikel is de bron van veel afwijkingen in documenten. Het artikel regelt in feite dat banken gehouden zijn gegevens (data) in alle verplichte documenten met elkaar te vergelijken op tegenstrijdigheden: 'Data in a document, when read in context with the credit, the document itself and inter-

38. Vergelijk voor een beroep op fraude: Hof Amsterdam 5 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR2967. Volgens het hof hoeft de (kredietopenende) bank in beginsel uitsluitend na te gaan of aan de voorwaarden van het krediet voldaan is. De bank is niet gehouden te onderzoeken of de aanspraken van de begunstigde in de onderliggende rechtsverhouding gegrond zijn. Vergelijk ook terughoudend HR 21 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5739, NJ 1977/209 m.nt. B. Wachter.

39. ICC global survey on trade finance 2018, p. 16.

40. Vergelijk ook kritisch over het vereiste van strikte conformiteit: M.C. Bijl, 'Het vereiste van strikte conformiteit bij letters of credit: you can take that to the bank!', *NTHR* 2008, afl. 3, p. 85-95.

national standard banking practice, need not be identical to, but must not conflict with, data in that document, any other stipulated document or the credit.'

7.6.6 In andere leden van dit art. 14 UCP 600 zijn enkele nuancerings opgenomen. Helaas hebben de UCP 600 niet substantieel meer kunnen doen ter bevordering van een forse toename van conforme presentaties. Het beginsel van strikte nakoming is in de praktijk daarmee een belangrijk obstakel voor het goed functioneren van het documentair krediet als betalingsinstrument. Het is bekend dat in een groot aantal gevallen de documenten niet (helemaal) kloppen. In de markt circuleren percentages van 60-70% van eerste presentaties die afwijken.⁴¹ Raymond Jack wijst op getuigenverklaringen in *Bankers Trust Co v State Bank of India*⁴² dat in 90% van de gevallen de opdrachtgever desgevraagd instructies gaf de documenten toch op te nemen. Benjamin verwijst verder naar een Amerikaanse survey uit 2000 waarbij afwijkingen werden gevonden in 73% van de presentaties maar vervolgens een 'waiver' van de opdrachtgever in vrijwel alle zaken werd ontvangen.⁴³

7.6.7 Destijds heeft de Drafting Group UCP 600 van de ICC Banking Commission geprobeerd dit punt op te lossen door te stellen dat gegevens in het document enkel gecontroleerd zouden moeten worden overeenkomstig (i) de vereisten in het krediet voor dat document en (ii) de toepasselijke regels in de UCP. Een uitstekende aanbeveling om het beginsel van strict compliance tot haar juiste proporties terug te brengen en te verzachten. Deze suggestie is echter verworpen door de meerderheid van de nationale ICC-Commissies. Volgens de (toenmalige) Engelse bankier Jeremy Smith is dit 'A mayor opportunity missed!'⁴⁴ Dit is een duidelijk nadeel van het consensus project van de UCP 600. Ten onrechte is hier niet doorgepakkt en de aanbeveling van de Drafting Group gepasseerd. Daarmee blijft toename van kredietconforme presentaties in de eerste plaats een zaak van partijen. De tekst van het documentair krediet moet simpel, beknopt en duidelijk zijn met presentatie van slechts een beperkte hoeveelheid, overzichtelijke documenten.

7.6.8 Wat zijn de verplichtingen van de banken na de presentatie? Indien de bank een kredietconforme presentatie vaststelt moet de kredietopenende bank honoreren en de confirmerende bank moet honoreren of (in geval van een negotiatiekrediet) negotiëren. De bank heeft met het oog op een vlot betalingsverkeer het recht om tot vijf bankdagen te bepalen of de documenten conform zijn of afwijken. De vijf bankdagen gaan in *na* de dag van presentatie van de documenten. Art. 16 UCP 600 regelt de handelwijze van de bank bij een niet-conforme presentatie en de sanctie bij schending van de procedureregels. Indien de bank constateert dat er sprake is van een presentatie die niet voldoet aan de vereisten in het documentair krediet kan zij, nadat zij de formaliteiten in acht heeft genomen de documenten terugzenden, de documenten onder zich houden in afwachting van nadere instructie of onder zich houden tot de bank een 'waiver' van de opdrachtgever ontvangt. De opdrachtgever laat in dat geval weten dat zij, ondanks de vastgestelde discrepanties,

41. Malek 2009, p. 112.

42. Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 13 t/m 16 mei 1991, *Bankers Trust Co v. State Bank of India*, [1991] 2 *Lloyd's Rep.* 443.

43. M. Bridge e.a. (ed.), *Benjamin's sale of goods*, London: Sweet & Maxwell 2017, p. 2118, nt. 863.

44. *DCInsight* 2006, vol. 12, nr. 4, p. 7.

toch bereid is om de documenten te accepteren. Hiermee wordt een flexibel raamwerk geboden om niet-conforme presentaties alsnog positief af te wikkelen.

7.7 **Digitalisering van het documentair betalingsverkeer: de e-UCP en de BPO**

7.7.1 Vanwege onder andere de hierboven beschreven problematiek zoals de kosten, de grote hoeveelheden papier en de complexiteit van het instrument zoeken partijen, indien het voor hen geen optie is om zaken te doen op basis van 'open account', soms naar een alternatief voor het traditionele documentair krediet dat een vergelijkbare mate van zekerheid biedt. Ook banken wilden graag een product aanbieden aan hun klanten dat meer zekerheid bood dan betaling via een open account, maar minder administratieve belasting met zich meebracht dan het documentair krediet. Om tegemoet te komen aan deze behoeften, heeft de ICC de e-UCP opgesteld en ook alternatieve instrumenten ontwikkeld, zoals bijvoorbeeld de Bank Payment Obligation (ook 'BPO'), die het mogelijk maken om documenten/data elektronisch aan te bieden. De e-UCP zullen worden besproken in § 7.7.2 e.v. en de BPO zal worden besproken in § 7.7.9 e.v.

7.7.2 In 2002 zijn bepalingen tot stand gekomen in het kader van de digitalisering van het documentair krediet en deze zijn in werking sinds 1 april 2002. Deze regels, de e-UCP⁴⁵, kunnen van toepassing worden verklaard indien ook elektronische documenten worden aangeboden. De e-UCP zijn ontstaan in een periode waarin diverse regelingen op het gebied van het elektronisch handelsrecht het licht zagen.⁴⁶

7.7.3 De e-UCP bepalen expliciet dat een documentair krediet waarop deze regels van toepassing zijn verklaard ook onderworpen is aan de UCP.⁴⁷ De e-UCP bevatten regels over hoe elektronische documenten dienen te worden aangeboden en hoe bijvoorbeeld om moet worden gegaan met gecorrumppeerde elektronische documenten/bestanden. Het bijzondere van de e-UCP is dat er naast elektronische documenten ook papieren documenten kunnen worden aangeboden.

7.7.4 Het gebruik van de e-UCP in de praktijk is beperkt.⁴⁸ Dit heeft verschillende redenen. Een van de redenen is dat men in het kader van het documentair krediet in de regel werkt met originele documenten⁴⁹ en waardepapieren die vaak (nog)

45. ICC *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits 2007 revision UCP 600* (ICC Publication, No. 600), Paris ICC 2006, p. 51-63.

46. Zie bijvoorbeeld voor een beknopte beschrijving van de ontwikkeling van het juridisch kader voor de elektronische handel: R.E. van Esch, 'De elektronische handel – Een inleiding' in: *Afscheid van papier, handelsrecht en moderne technologie* (Preadvis van de Vereniging 'Handelsrecht'), Deventer: W.E.J. Willink 2001, p. 6 e.v.

47. Zie art. 1 e-UCP.

48. Zie G. Ransier, 'Comparing URBPO and eUCP – Which Rules Set is the Better Bet to Flourish in the Future?', *Documentary Credit World*, 2018, July/August, p. 31 (hierna: Ransier 2018); zie ook R. Bergami, 'eUCP: A Revolution in International Trade?', 2014, 8 *VJ* 23, p. 23-35; J.E. Byrne, 'The Four Stages in the Electrification of Letters of Credit', *Geo. Mason J. Int'l Com. L.*, 2012 nr. 3, p. 270 e.v.

49. Zie het uitgangspunt dat is neergelegd in art. 17(a) UCP 600: 'At least one original of each document stipulated in the credit must be presented'. Er kan in beginsel alleen gebruik worden gemaakt van een kopie indien dat is afgesproken, zie art. 17(d) UCP 600 dat bepaalt: 'If a credit requires presentation of copies of documents, presentation of either originals or copies is permitted.'

niet in originele vorm digitaal worden uitgegeven.⁵⁰ Ellinger⁵¹ noemt als voorbeeld de wissel. Hij⁵² wijst er op dat het in verschillende landen⁵³ gebruikelijk is dat indien er een wissel is getrokken in het kader van het documentair krediet, de wissel (in origineel) tegelijk met de overige documenten wordt aangeboden aan de bank.

7.7.5 Eenzelfde probleem doet zich voor bij het cognossement (kort gezegd het document dat wordt uitgegeven bij inontvangstneming van de goederen door de vervoerder, in de Engelse taal aangeduid als ‘bill of lading’). Al jaren wordt geprobeerd het cognossement te digitaliseren. Initiatieven om te komen tot geïntegreerde systemen van e-B’s/L (elektronische ‘bills of lading’) zijn onder meer genomen door gespecialiseerde platforms als Bolero⁵⁴ en door ESS (Electronic Shipping Solutions).⁵⁵ De digitalisering van het cognossement is in een eerder preadvies van de Vereniging besproken door Van der Ziel.⁵⁶ Het Bolero-initiatief bestond toen al en Van der Ziel heeft hier ook aandacht aan besteed.⁵⁷ Toch worden initiatieven, zoals Bolero, nog niet op grote schaal gebruikt.

7.7.6 Dat het gebruik van elektronische cognossemten (nog) geen grote vlucht heeft genomen, hangt samen met de functies van het cognossement.⁵⁸ Het cognossement wordt gezien als het belangrijkste document in de overzeese handelskoop. Volgens art. 8:417 BW geldt levering van het cognossement als levering van de daarin belichaamde zaken. Verder bepaalt Boek 8 BW dat alleen de recht- en regelmatig houder van het cognossement recht heeft op afgifte van de goederen (art. 8:441 BW).

7.7.7 Het (enkel) digitaal aanbieden van een cognossement, bijvoorbeeld door enkel het document in te scannen, zou problemen kunnen opleveren. Meerdere partijen zouden het document immers kunnen printen. Zij zouden allen kunnen beweren dat het printje het originele document is om vervolgens op basis van het printje afgifte van de goederen te verlangen van de vervoerder. De platforms die het uitgeven van elektronische cognossemten faciliteren werken dan ook niet met een ingescande kopie van een papieren cognossement, maar met elektronische berichten. De partij die het platform aanbiedt (bijvoorbeeld ESS of Bolero) fungeert als een Thrusted Third Party (TTP) en geeft een elektronisch bericht uit dat de informatie bevat van een cognossement waarvan de vervoerder als het ware het ‘slot’ krijgt

50. Een voorbeeld hiervan zijn bijvoorbeeld cognossemten. Zie M. van Maanen & I. Regtien, ‘Shipping E-Bills of Lading and the Blockchain Technology Revolution’, *Documentary Credit World*, 2018, June, p. 26-29.
51. P. Ellinger in Ellinger en Neo 2010, *The Law and Practice of Documentary Credits*, Oxford: Hart Publishing 2010 (hierna: P. Ellinger in Ellinger en Neo 2010), p. 32. Zie hierover ook M.N. Boon, ‘Het digitale tijdperk brengt de opkomst van het “e-accreditief” en het zgn. “eUCP-Credit”’, in: C. Dehouck (red.), *Incoterms en betalingstechnieken in de internationale handel*, Brugge: Die Keure 2007, p. 90 e.v.
52. P. Ellinger in Ellinger en Neo 2010, p. 32.
53. Waaronder de Angelsaksische landen.
54. Zie bolero.net.
55. Zie essdocs.com.
56. G.J. van der Ziel, ‘Naar de afschaffing van het papieren cognossement, een case studie’ in: *Afscheid van papier, handelsrecht en moderne technologie* (Preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’), Deventer: W.E.J. Willink 2001, p. 142 e.v. (hierna: Van der Ziel 2001).
57. Van der Ziel 2001, p. 167.
58. Zie hierover bijvoorbeeld ook K. Takahashi, ‘Blockchain Technology and Electronic Bills of Lading’, *JIML* 2016, afl. 3, p. 202-211.

en de cognossementhouder de 'sleutel'.⁵⁹ De cognossementhouder kan die elektronische 'sleutel' weer overgeven aan de opvolgende houder van het cognossement en zo wordt voorkomen dat, zoals bij een printje wel kan, het cognossement door eenieder kan worden gebruikt.

7.7.8 De ICC Banking Commission werkt momenteel aan een revisie van de e-UCP. Het is echter de vraag of de enkele revisie van de e-UCP zal leiden tot een toename in het gebruik van deze regels. Het feit dat veel documenten nog in papieren vorm in origineel worden aangeboden is een obstakel dat met het enkel reviseren van de e-UCP niet verholpen zal zijn. Mogelijk zal er, voor wat betreft het cognossement, een kentering plaatsvinden indien de Rotterdam Rules breed zullen worden geaccepteerd en geïmplementeerd. Het nieuwe zeerechtverdrag de Rotterdam Rules geven een elektronisch equivalent voor het cognossement: het Electronic Transport Record (ETR). Ratificatie van de Rotterdam Rules lijkt echter nog ver weg. Wat let de nationale wetgever om in ieder geval al de aanpassingswetgeving gericht op het ETR in te voeren om de e-B/L vast op nationaal niveau te regelen?

De Bank Payment Obligation

7.7.9 De BPO⁶⁰ is een initiatief van de ICC en van SWIFT, de Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (de partij die de interbancaire communicatie verzorgt). De BPO is gelanceerd in 2013. De ICC heeft regels opgesteld, vergelijkbaar met de UCP, die op de BPO van toepassing kunnen worden verklaard, namelijk de URBPO (de Uniform Rules for Bank Payment Obligations).⁶¹

7.7.10 De BPO ziet op een verplichting tussen twee banken. De ene bank (de bank van de verkoper) spreekt met de andere bank (de bank van de koper) af dat betaling plaats zal vinden tegen het aanbieden van de juiste data. Bij de BPO gaat het dus om het beoordelen van data en niet om het beoordelen van de achterliggende documenten. Tussen de banken wordt afgesproken welke data (zoals bijvoorbeeld het nummer van de factuur, de nummers van de transportdocumenten, etc.) dienen te worden doorgegeven. De aangeboden data worden ingevoerd in een systeem en vervolgens wordt (door de computer) gekeken of de aangeboden data overeenkomen met de vooraf bepaalde vereisten. Dit proces gebeurt automatisch en vervolgens wordt duidelijk of er sprake is van een 'match' of een 'mismatch', dus of de aangeboden data overeenkomen met de eerder bepaalde vereisten of niet.

7.7.11 Een overeenkomst tussen de BPO en de L/C is dat bij beide instrumenten het autonomiebeginsel het uitgangspunt is. Op basis van de aangeleverde data/docu-

59. Zie over het elektronische cognossement bijvoorbeeld M.H. Claringbould, 'Elektronische cognossementen en zeevrachtbrieven', *Weg en Wagen* 2014, afl. 72.

60. De definitie van de BPO in de URBPO is opgenomen in art. 3 en luidt: "Bank Payment Obligation" or "BPO" means an irrevocable and independent undertaking of an Obligor Bank to pay or incur a deferred payment obligation and pay at maturity a specified amount to a Recipient Bank following Submission of all Data Sets required by an Established Baseline resulting in a Data Match or an acceptance of a Data Mismatch pursuant to sub-article 10(c)".

61. D.J. Hennah, *The ICC Guide to the Uniform Rules for Bank Payment Obligations* (ICC Publication, No. 751E), Paris: ICC 2013.

menten wordt beoordeeld of een bank gehouden is om uit te keren. Deze beoordeling staat los van de verhouding tussen de koper en de verkoper.⁶²

7.7.12 Het beoordelen van data in plaats van documenten is één van de grote verschillen tussen de BPO en de L/C.⁶³ Het proces van het automatisch beoordelen van data bespaart kosten en vermindert de administratieve belasting.⁶⁴ Dat de bank alleen de data dient te verifiëren en niet de onderliggende documenten kan als een voordeel, maar ook als een nadeel worden gezien. Het feit dat de bank geen originele documenten ontvangt, verhoogt mogelijk het risico op fraude.⁶⁵

7.7.13 De BPO heeft (vooralsnog) niet het gewenste succes gehad in de praktijk.⁶⁶ Op korte (en ook op middellange) termijn wordt ook niet verwacht dat de BPO de LC zal vervangen, mede omdat deze instrumenten aanzienlijk van elkaar verschillen en de mate van zekerheid die een documentair krediet biedt hoger is dan de mate van zekerheid die een BPO biedt.⁶⁷ De ‘uitvinder’ van de BPO, Hennah, ziet het instrument ook niet als een alternatief voor het documentair krediet, maar meer als een alternatief voor partijen die zaken met elkaar willen doen op basis van ‘open account’ en ook op zoek zijn naar een manier om de risico’s van een internationale handelstransactie te beperken.⁶⁸

7.7.14 De ICC werkt momenteel aan het aanpassen van de URBPO. Men is onder andere bezig met het opstellen van aanvullende regels waarbij ook de positie van koper (‘applicant’) en verkoper (‘beneficiary’) geregeld worden.⁶⁹ De BPO zal zo meer op het documentair krediet gaan lijken. De banken willen de herziening van de URBPO onder andere gaan gebruiken als ‘rule framework’ voor hun verbintenissen (‘bank engagements’) onder de DLT (‘Distributed Ledger Techniques’) van Blockchain.⁷⁰ Dit is een reden om het bereik (‘scope’) van de URBPO uit te breiden.

7.7.15 Het is duidelijk dat de handel af wil van de grote ‘papierstroom’ en de daarmee verband houdende kosten en inefficiëntie. De initiatieven van de ICC om de digitalisering te bevorderen hebben tot nu toe niet het gewenste resultaat gehad. Echter, de toenemende urgentie om de digitalisering vlot te trekken staat nog altijd hoog op de agenda van de ICC. De technologie ligt vaak ver voor op de juridische infrastructuur. Het recht ‘hobbelt’ als gebruikelijk achter deze ontwikkelingen aan. Met het oog daarop heeft de ICC Banking Commission recent een digitalise-

62. M. Raketti, ‘The Bank Payment Obligation: A Vehicle for the Electrification of Commercial Letters of Credit?’, *Documentary Credit World*, 2015, November/December, p. 45 (hierna: Raketti 2015).

63. W. Shiyong, ‘BPO: still a long way to go’, *Documentary Credit World*, 2018, February, p. 20 (hierna: Shiyong 2018).

64. Raketti 2015, p. 47.

65. Shiyong 2018, p. 22.

66. Ransier 2018, p. 31.

67. Ransier 2018, p. 33. Zie ook E. McKendrick (ed.), *Goode on Commercial Law*, Penguin Books, 2016, par. 35.09, p. 1017; Shiyong 2018, p. 20.

68. D. Hennah, ‘BPO: a digital instrument for a digital age’, *Documentary Credit World*, 2018, February, p. 25 (hierna: Hennah 2018).

69. Shiyong 2018, p. 20-24 en Hennah 2018, p. 25-26.

70. Zie [tradefinance.training/news/news-categories/icc-announces-the-revision-of-the-uniform-rules-for-bank-payment-obligations-urbpo/](https://www.iccbanking.com/news/news-categories/icc-announces-the-revision-of-the-uniform-rules-for-bank-payment-obligations-urbpo/) (geraadpleegd op 3 oktober 2018).

ringswerkgroep⁷¹ geformeerd om de impact van digitalisering op de handelsfinanciering te beoordelen en te overdenken. Deze werkgroep heeft drie kerntaken: '(i) e-compatibility of ICC Rules, (ii) minimum standards for digital connectivity and (iii) the legal enforceability of digitalised documents'. Een van de actiepunten van de ICC met betrekking tot dat laatste punt is dat zij een onderzoek zal doen naar de rechten van derden onder het elektronische cognossement in verschillende jurisdicties. Wellicht dat deze initiatieven bijdragen aan de harmonisering van de regelgeving die van toepassing is op het gebruik van elektronische documenten.

7.8 Blockchain, platforms en smart contracts

7.8.1 Diverse banken berichten dat zij blockchaintechnologie in combinatie met het documentair krediet gebruiken in de internationale handelsfinanciering. ING Bank berichtte bijvoorbeeld dit jaar dat zij, samen met ABN Amro Bank, een transactie heeft uitgevoerd met behulp van blockchaintechnologie.⁷² Hierbij is gebruik gemaakt van een 'letter of credit', door ING Bank aangeduid als 'smart LC'.⁷³ Ook HSBC, Bank of America Merrill Lynch en de Infocomm Development Authority of Singapore berichtten dat zij stappen hebben ondernomen om een prototype te ontwikkelen voor de 'letter of credit' in een blockchain-omgeving.⁷⁴ In deze berichten wordt benadrukt dat met behulp van technologie handelstransacties sneller worden uitgevoerd, dat er kosten worden bespaard en dat het risico op fraude wordt beperkt.⁷⁵ We zien verder dat niet alleen banken, maar ook andere partijen (zoals logistieke dienstverleners) hun eigen platforms, al dan niet op basis van blockchaintechnologie, ontwikkelen en bezig zijn met digitalisering. De uitdaging zal zijn om deze platforms en initiatieven, die vaak 'stand-alone' zijn of zien op een samenwerkingsverband met een beperkt aantal partijen, te laten opgaan in een groter 'Trade Ecosystem'.

7.8.2 Omdat wij geen IT-experts zijn, zullen wij ons beperken tot een korte introductie van blockchain en 'smart contracts'. Blockchain is de techniek achter bitcoin.⁷⁶ Een blockchain kan worden vergeleken met een digitaal grootboek.⁷⁷ Het is voor iedereen toegankelijk en is overal ter wereld via internet als gezamenlijke boekhouding bij te houden. Wat blockchain bijzonder maakt, is dat alleen mutaties

71. ICC banking commission annual meeting Miami, 3-6 April 2018. Document 470/1279, Paris: ICC 24 May 2018, p. 2 en 'ICC Banking Commission launches working group on digitalisation of trade finance'. Zie iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-banking-commission-launches-working-group-digitalisation-trade-finance/.
72. Zie ing.com/Newsroom/All-news/Bringing-blockchain-to-agricultural-commodity-trade.htm (geraadpleegd op 1 september 2018).
73. Zie ing.com/Newsroom/All-news/Bringing-blockchain-to-agricultural-commodity-trade.htm (geraadpleegd op 1 september 2018).
74. ibtimes.co.uk/hsbc-bank-america-merrill-lynch-use-hyperledger-project-blockchain-based-trade-finance-1575269.
75. Zie ing.com/Newsroom/All-news/Bringing-blockchain-to-agricultural-commodity-trade.htm (geraadpleegd op 1 september 2018). Zie ook economics.rabobank.com/publications/2017/november/the-impact-of-blockchain-on-trade-finance/ (geraadpleegd op 1 september 2018).
76. S. Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-peer Electronic Cash System*, 2008, zie bitcoin.org/bitcoin.pdf (geraadpleegd op 4 september 2018).
77. Zie verder over blockchain bijvoorbeeld: D. de Jonghe & V.I. Laan, 'Blockchain in de realiteit', *Computerrecht* 2017/251, p. 347-354; C. Prins, 'De Blockchain: uitdaging voor het recht', *NJB* 2016/1941.

aan de onderkant van de lijst zijn toe te voegen. Eerder toegevoegde mutaties kunnen in beginsel niet worden gewijzigd.

7.8.3 Oorspronkelijk was het idee achter het gebruik van blockchain en bitcoin dat er geen 'onafhankelijke derde' nodig zou zijn, zoals bijvoorbeeld een bank, om een transactie te faciliteren en te verifiëren. Bij een blockchain zorgt de keten zelf voor verificatie van de verschillende transacties. Wat we nu zien, is dat de technologie van blockchain wordt gebruikt voor het bouwen van allerlei platforms waarbij in veel gevallen, zoals bijvoorbeeld bij handelsfinancieringen, juist wel banken betrokken zijn.⁷⁸ Het zijn juist de banken die dergelijke platforms (die al dan niet werken op basis van blockchaintechnologie) faciliteren en aanbieden aan hun klant.⁷⁹

7.8.4 Het gebruik van blockchaintechnologie en platforms wordt vaak in één adem genoemd met het gebruik van 'smart contracts'.⁸⁰ Een 'smart contract' is een code die zelfuitvoerend is. De werking kan worden samengevat als 'indien dit, dan dat' (in de Engelse taal 'if this, then that'). Het betekent dat indien aan een bepaalde voorwaarde wordt voldaan, er een gevolg intreedt. Het uitgangspunt van het documentair krediet is vergelijkbaar met een 'smart contract', namelijk indien de juiste documenten worden aangeboden, dan zal tot betaling worden overgegaan (if this, then that).

7.8.5 Echter, zoals besproken in het kader van de e-UCP wordt het digitaal aanbieden van documenten bemoeilijkt door onder andere het gebruik van (veelal niet-digitale) waardepapieren. Wellicht zou de recente Model Law on Electronic Transferable Records van de UNCITRAL als een format kunnen dienen voor nationale wetgevers voor de aanpassing c.q. aanvulling van (nationale) wetgeving op het gebied van Electronic Transferable Records zoals bijvoorbeeld het eerder genoemde ETR van de Rotterdam Rules. Verder zou niet alleen een 'legal framework' moeten worden gecreëerd voor het gebruik van digitale waardepapieren, maar zou ook duidelijkheid moeten worden geschapen over hoe om te gaan met elektronische documenten in het algemeen.⁸¹

7.8.6 Naast de vraag of het mogelijk is om alle documenten digitaal aan te bieden onder een documentair krediet, rijst de vraag of het mogelijk is om door een computercode te laten controleren of hetgeen wordt aangeboden overeenkomt met de vereisten in de L/C. En indien dit het geval is, zou automatisch tot betaling overge-

78. Zie ook J. Linneman, 'Juridische aspecten van (toepassingen van) blockchain', *Computerrecht* 2016/218, p. 323-324.

79. Zie abnamro.com/nl/newsroom/nieuws/2016/abn-amro-lid-van-r3.html (geraadpleegd op 6 september 2018). Zie rabobank.nl/bedrijven/ondernemen/internationaal-zakendoen/wetrade/ (geraadpleegd op 2 september 2018).

80. Zie (onder andere) over smart contracts: T.J. de Graaf, 'Van oud naar nieuw: van internet naar smart contracts en van mensen naar code (I)', *WPNR* 2018, nr. 7199, p. 494-501; T.J. de Graaf, 'Van oud naar nieuw: van internet naar smart contracts en van mensen naar code (II)', *WPNR* 2018, nr. 7200, p. 525-530 (hierna: De Graaf 2018 (II)); J.K. Stam, 'Smart contracts', *Contracteren* 2018/2, p. 54-60; E. Tjong Tjin Tai, 'Smart contracts en het recht', *NJB* 2017/146, p. 176-182.

81. Zie over deze problematiek in het Nederlandse recht bijvoorbeeld recent nog T.J. de Graaf, 'De lappendeken van de gelijkstelling van elektronisch met schriftelijk in het licht van vormvereisten en bewijskracht', *MvV* 2018, nr. 7-8, p. 243-248.

gaan kunnen worden conform de beginselen van een ‘smart contract’? Met andere woorden, kan de computer optreden als ‘document-checker’?

7.8.7 Vooral nog, zo blijkt ook uit onderzoek van de ICC, wordt er in de fase van het beoordelen van documenten veel gebruik gemaakt van papier.⁸² Het digitaliseren van dit proces zou kosten en tijd kunnen besparen. Het beoordelen van de aangeboden documenten met behulp van één computercode zou ook een stap kunnen zijn om een einde te maken aan de verschillen in interpretatie van het beginsel van ‘strict compliance’. Immers, indien elke bank bij het controleren van de documenten dezelfde computercode (algoritme) zou gebruiken, zou dit kunnen bijdragen aan een uniforme beoordeling van de documenten en aan de rechtszekerheid.

7.8.8 Dat het gebruik van ‘smart contracts’ en computercodes kan bijdragen aan rechtszekerheid wordt onderschreven door De Graaf.⁸³ De Graaf⁸⁴ bespreekt in zijn recente bijdrage in het *WPNR* de verschillen tussen een bankgarantie en een ‘smart contract’ en schrijft dat hoewel wordt aangenomen dat een bankgarantie zekerheid biedt dat betaald wordt indien aan de betalingsvoorwaarden is voldaan, men bij de uitbetaling toch afhankelijk blijft van de beoordeling en de positie van de bank. Een voordeel van een ‘smart contract’ is dan ook, zo schrijft hij, dat een dergelijke code meer voorspelbaar is dan hoe bijvoorbeeld banken opereren, waardoor een code (in beginsel) meer zekerheid biedt dan een bankgarantie.⁸⁵

7.8.9 Hoewel de beoordeling van documenten door een computercode rechtszekerheid kan bieden, is het de vraag of dit ook de gewenste flexibiliteit biedt om bijvoorbeeld niet uit te keren indien er sprake is van fraude (bedrog). Dat de uiteindelijke beoordeling van documenten aan mensen moet worden overgelaten en niet aan een code, wordt betoogd door bijvoorbeeld Takahashi in zijn bijdrage (uit februari 2018) in *The Banking Law Journal*.⁸⁶ Takahashi⁸⁷ wijst op de verschillende bepalingen in de UCP 600 waarin is opgenomen op welke wijze de documenten beoordeeld dienen te worden. Bijvoorbeeld in art. 18(c) UCP 600 staat dat de beschrijving van de goederen op de handelsfactuur overeen dient te komen met de tekst van het documentair krediet (*‘must correspond with’*) terwijl in art. 14(e) UCP 600 staat dat de beschrijving van de goederen in de andere documenten dan de ‘commercial invoice’ niet dient te conflicteren met de beschrijving in het documentair krediet (*‘may be in general terms not conflicting with their description in the credit’*).⁸⁸ Dit is een andere toets. Volgens Takahashi moet, vanwege de verschillende toetsen die dienen te worden toegepast op de verschillende documenten, geconcludeerd worden dat het beoordelen van documenten onder het documentair krediet op dit moment (nog) niet kan worden geautomatiseerd.⁸⁹

82. ICC global survey on trade finance 2018, p. 13-14.

83. De Graaf 2018 (II), p. 525.

84. De Graaf 2018 (II), p. 525.

85. De Graaf 2018 (II), p. 525.

86. K. Takahashi, ‘Blockchain technology for letters of credit and escrow arrangements’, *The Banking Law Journal* February 2018 (hierna: Takahashi 2018), p. 89-103.

87. Takahashi 2018, p. 96.

88. Takahashi 2018, p. p. 96.

89. Takahashi 2018, p. 96.

7.9 Slot

7.9.1 De populariteit van de ‘oude tante’ staat ernstig onder druk. Zij is op visites niet meer de graag geziene gast van weleer. Zij wordt thans gezien als een duur en gecompliceerd lid van de ‘trade finance family’. De huidige regelgeving en gewoonten rond documentaire kredieten worden beschouwd als inefficiënt en klantenvriendelijk.

7.9.2 Pogingen van de ICC om de ‘oude tante’ een ‘facelift’ te geven en een deel van haar gebreken te verhelpen door bijvoorbeeld het opstellen van de e-UCP om zo de administratieve belasting en de kosten terug te dringen, hebben vooralsnog niet het gewenste resultaat gehad.

7.9.3 De vraag is gerechtvaardigd of er, gelet op de grote vlucht die de betaling op basis van ‘open account’ heeft genomen, nog wel zo’n behoefte bestaat aan het documentair krediet. Bij grote internationaal opererende multinationals met vestigingen en vaste contacten in verschillende landen lijkt dit steeds minder het geval. Deze partijen hebben kennelijk minder behoefte aan het afdichten van betalingsrisico’s door het documentair krediet. Bovendien hebben dergelijke grote multinationals veelal ook mogelijkheden om de financiering op andere wijze te organiseren en daarbij zekerheid in te bouwen zonder gebruik te maken van het documentair krediet. Echter, voor partijen die in mindere mate toegang hebben tot financiering is er vooralsnog voor de overzeese handel niet snel een ander instrument dat dezelfde mate van zekerheid kan bieden als het documentair krediet.

7.9.4 De digitalisering kan uitkomst bieden bij het revitaliseren van het documentair krediet. De verwachting is echter dat de digitalisering van de handelsfinanciering (‘trade finance’) op korte termijn vooralsnog geen grote vlucht zal nemen, mede omdat het digitaliseren van waardepapieren veel voeten in de aarde heeft en nog niet (of slechts in beperkte mate) gereed lijkt te zijn. De digitalisering van waardepapieren is essentieel voor de digitalisering van het documentair krediet. Zij schreeuwt echter om een juridische infrastructuur van, bij voorkeur, eenvormig recht. Dit zou hoog op de agenda moeten staan van de, ook internationale, wetgever. Mocht deze juridische infrastructuur zich ontwikkelen, dan zou het gebruik van het documentair krediet in het kader van blockchain en platforms wellicht uitkomst bieden om de ‘oude tante’ te revitaliseren. Immers, de behoefte aan zekerheid in het kader van de financiering van de internationale handel is bij een deel van die handel geen behoefte die verdwenen is.

7.9.5 Met de digitalisering van het documentair krediet, wordt het belangrijke probleem van de administratieve belasting en het gebruik van de grote hoeveelheden papieren documenten opgelost. Andere problemen met betrekking tot het functioneren van het documentair krediet genoemd in deze bijdrage zijn onder meer de ondoorzichtige stroom van toepasselijke regels en de werking van de ‘doctrine of strict compliance’. De vraag blijft of de digitalisering daarvoor een oplossing kan bieden. Verdere hervorming blijft noodzakelijk om het (gedigitaliseerde) documentair krediet haar oude glans te laten herwinnen.