

HET DOCUMENTAIRE KREDIET ALS LOUTERE WAARBORG: DE STANDBY LETTER OF CREDIT

door

Bruno M. DE VUYST
Counsel, The World Bank

1. *De standby letter of credit*, of het gebruik van documentaire kredieten als loutere waarborg, kende een merkwaardige groei. In 1978 was het volume van zulke *letters* in de Verenigde Staten reeds tot \$25 miljard gestegen. Tegelijkertijd verminderde het percentage import-export transacties dat door klassieke documentaire kredieten werd betaald en gewaarborgd(1). Op 31 december 1982 werd het totale bedrag van uitstaande *standby letters of credit* door Salomon Brothers, New York, geschat op \$48.5 miljard, bijna het dubbele van het bedrag uitstaand in 1978(2). Bankiers vinden de *standby letter of credit* een winstgevend instrument. Commissies variëren in de New

(1) LLOYD-DAVIES, R., „Survey of Standby Letters of Credit”, 56 *Federal Reserve Bulletin* 716, 717 (1979); EBERT, R., en ELLINGER, E., „Deferred Payment Credits: A Comparative Analysis of Their Special Problems”, 14 *Journal of Maritime Law and Commerce*, 387-388 (1983); voor Duitsland werd onmiddellijk na de tweede wereldoorlog ongeveer 80 % van de import-export transacties gedekt door documentaire kredieten, tegenover ongeveer 15 % rond 1979; ZAHN, J., „Neue Problemen bei Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel”, in MÜLHAUPT, L. en WIELENS, H., *Fragen des Auslandsgeschäft*, blz. 107-108 (1979). Voor de goede orde dient van bij het begin onderlijnd dat in dit artikel de term „documentaire kredieten” slaat op kredieten waarbij verschepingsdocumenten moeten worden voorgelegd door de begunstigde — kredieten die betrekking hebben op goederentransacties, de zogenaamde „klassieke” documentaire kredieten — en eveneens op wat in sommige middens wordt aangewezen als „*clean letters of credit*”, kredieten waarbij geen verschepingsdocumenten, doch andere documenten, en dikwijls slechts een wissel en een verklaring van ingebrekestelling moeten worden voorgelegd. Zoals thans duidelijk blijkt uit de *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* (U.C.P.) (1983) revision, I.C.C. Publication No. 400, is zulk een „*clean letter of credit*” een *documentary credit* zolang enige documentaire vereiste voor regeling onder het krediet wordt vereist. De „*clean letter of credit* is called clean merely because shipping documentation is seldom required”. Het is daarom echter niet minder een *documentair* krediet. In dezelfde zin de beslissing van de U.S. *Comptroller of the Currency* geciteerd *supra* in nr. 19; zie ook *supra* nrs. 3-6.

(2) CARRINGTON, T., „Bank Letters of Credit Proliferate, Creating Some New Safety Fears”, *The Wall Street Journal*, 18 maart 1983, blz. 29; voor vijf grotere U.S. banken kan de groei van *standby letters of credit* van 1979 tot 1982 als volgt worden weer gegeven:

| | 1979 | 1982 |
|-----------------------|-------------------|-------|
| | (in miljarden \$) | |
| Citibank | 8.14 | 15.31 |
| Manufacturers Hanover | 1.52 | 8.17 |
| Bank of America | 2.47 | 6.79 |
| Morgan Guaranty | 2.00 | 6.03 |
| Continental Illinois | 1.67 | 5.16 |

York markt tussen 0.25 % en 3 %⁽³⁾. Het instrument heeft voor de bankier ook andere dan loutere winst voordelen. Het blokkeert geen bankkapitaal, althans niet tot de bank wordt aangesproken, en voor wat betreft U.S. nationale banken hoeven documentaire kredieten niet meegeteld te worden inzake voorgeschreven reserves. Zij moeten echter door de bankier worden medegeteld, met voorschotten en andere leningen aan de betrokkene in het documentaire krediet, voor de berekening van leningplafonds per cliënt⁽⁴⁾.

2. Het documentaire krediet is een van de belangrijkste werkinstrumenten in het internationale handelsverkeer. Lord Denning noemde het „the life blood of international commerce”⁽⁵⁾. Het documentaire krediet is een instrument waarbij een bank zich op vraag van de betrokkene in het documentaire krediet verbindt jegens een persoon, de begunstigde in het documentaire krediet, om onder bepaalde voorwaarden, in de regel tegen overgave van documenten die betrek-

(3) Indien een gemiddelde commissie van 1 % *per annum* als hypothese wordt aangenomen, zouden de \$15.31 miljard uitstaand bij Citibank op 31 december 1982 \$153.1 miljoen *per annum* voor deze bank opbrengen. Tussen 1973 en 1978 was de ratio van gebruik — lees: verlies — onder *standby letters of credit* zeer goed: 0.03% van alle *standby letters of credit* tegenover een verlies van 0.41 % op commerciële leningen; LLOYD-DAVIES, R., „Survey of standby Letters of Credit”, 65 *Federal Reserve Bulletin* 716, 717 (1979); dit was mogelijk in een relatief gezond internationaal politiek en economisch klimaat, met *standby letters of credit* meest gegeven door grote banken aan multinationale ondernemingen voor grote investeringsprojecten; evenementen sindsdien op het politieke zowel als het economisch front en de proliferatie van *standby letters of credit* naar kleinere banken en hun cliënten maken dat deze ratio mag geacht vermeerdert te zijn; als gevolg daarvan is de prijs van *standby letters of credit* aan de orde gebracht: RANKIN, „Doubt on Banks' Standby Loans”, *N.Y. Times*, January 25, 1979, Sec. D., 9 col. 1.

(4) Zie VERKUIL, P., „Bank Solvency and Guaranty Letters of Credit”, 25 *Stanford Law Review* 716, 727 (1973); zie U.S. National Bank Act, 12 U.S.C. Sec. 82 (1970) en Comptroller of the Currency, Interpretive Ruling No. 7.1160 (1972), 12 C.F.R. Sec. 7.1160 (1972); zie voor wat betreft de berekening van leningplafonds 12 U.S.C. Sec. 84 (1970); Interpretive Ruling No. 7.1160 stelde oorspronkelijk dat „An agreement to lend to a customer or to pay others for its account under irrevocable sight letters of credit or otherwise, does not result in an obligation subject to the lending limit until the bank is required to make the advance or payment” maar waarschuwde eveneens dat „The making and management of agreements of this nature will require the exercise of prudent banking judgements to prevent the creation of loans in excess of the lending limit”; zie ook 1921 *Fed. Res. Bull.* 816; *standby Letters of Credit* — en niet de klassieke documentaire kredieten — moeten echter thans meegeteld onder de geamendeerde Interpretive Ruling, behalve indien de bank betaald is geweest, of fondsen zijn geblokkeerd voor het bedrag van de *standby letters of credit*, of indien de Comptroller of the Currency heeft gevonden dat een specifieke *standby letter of credit*, of een categorie van *standby letters of credit*, voor de bank niet hetzelfde risico inhouden als een niet door pand of andere zekerheid gewaarborgde lening aan de betrokkene; zie EBERTH, R., „Der Standby Letter of Credit im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika”, 80 *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 29 (1981).

(5) *Power Curber International Ltd. v. National Bank of Kuwait*, [1981] 1 W.L.R. 1233; [1981] 2 Lloyd's Rep. 394; zie dezelfde formulering in *Harbottle Ltd. v. National Westminster Bank Ltd.*, [1978] 1 Q.B. 146, [1977] 3 W.L.R. 752.

king hebben op een goederentransactie, aan deze begunstige een som te betalen of wissels te honoreren of te accepteren(6).

3. Het documentaire krediet ontwikkelde zich als een instrument voor de waarborg van betaling en de financiering van „lopende zaken”, van internationale goederentransacties. De meeste documentaire kredieten worden nog steeds geopend voor zulke transacties. Doch het documentaire krediet wordt, zoals werd opgemerkt, in stijgende mate gebruikt als loutere waarborg voor transacties. Zulke transacties hebben dikwijls niet het snel aflopende karakter van export-import verhandelingen, maar zijn langlopend. Bouwprojecten of grote investeringen worden door de werking van het instrument verzekerd. Indien opleverings- of investeringsspecificaties niet voldaan werden kan de begunstigde-bouwheer, „gastheer” van de investering of de recipiënt van de geleverde technologie trekken onder het documentaire krediet, onder de voorwaarden gesteld in het kredietadvies. Soms zijn deze voorwaarden ernstig uitgewerkt, bijvoorbeeld indien wordt geëist dat een verklaring van de bouwheer wordt gestaafd door een verslag van de architect en van een onafhankelijke deskundige, soms zijn de voorwaarden miniem, en soms zijn er hoegenaamd geen voorwaarden gesteld. De begunstigde biedt zich dan bij het loket aan en trekt onder het documentaire krediet op zijn eenvoudige verklaring(7).

4. Het „klassieke” documentaire krediet is, in de praktijk, een instrument gebruikt om de begunstigde te betalen voor zijn prestaties tegenover de betrokkene in de onderliggende overeenkomst, dat overigens juridisch niets met de onderliggende prestaties van de begunstigde tegenover de betrokkene te maken heeft. Het documentaire krediet als waarborg — de *standby letter of credit* — wordt gebruikt om de begunstigde te vergoeden voor de gebrekkige prestatie, of het gebrek aan prestatie, van de betrokkene tegenover de begunstigde in een onderliggende overeenkomst. Nogmaals, deze

(6) De definitie van een documentair krediet onder de *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* luidt als volgt: „For the purpose of such provisions, definitions and articles the expression documentary credit(s); and credit(s); used therein mean any arrangement, however named or described, whereby a bank (the issuing bank) acting at the request and in accordance with the instructions of a customer (the applicant for the credit): (i) is to make payment to or to the order of a third party (the beneficiary) or is to pay, accept or negotiate bills of exchange (drafts) drawn by the beneficiary, or (ii) authorizes such payments to be made or such drafts to be paid, accepted or negotiated by another bank, against stipulated documents, provided that the terms and conditions of the credit are complied with” zie *I.C.C. Publication No. 290* van 1974.

(7) Zie DE VUYST, B.M., Tw. *Documentaire Kredieten*, in *A.P.R.*, nr. 4, blz. 2-3.

onderliggende overeenkomst is juridisch gescheiden van het documentaire krediet(8). Zoals de *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)* het stelde: „the parties to a contract sometimes agree that, in the event of non-performance or defective performance by the obligor, a specified sum is to be payable to the obligee under a letter of credit to be opened in favor of the obligee at the instance of the obligor. This stand-by letter of credit seeks to ensure that the obligor will perform or, in the event of non-performance or defective performance, that the obligee will be compensated for resulting loss by payment under the credit”(9).

5. Het documentaire krediet wordt niet alleen gebruikt als waarborg van de begunstigde tegen het gebrek aan prestatie of de gebrekkige prestatie van een wederpartij in een onderliggende overeenkomst. Het wordt eveneens, en in stijgende mate, gebruikt als waarborg voor de terugbetaling van sommen geleend door de begunstigde in een onderliggende transactie, en de interest op zulke sommen. De bankier waarborgt hierbij, bijvoorbeeld, de terugbetaling van en de interest op obligaties van steden en gemeenten (*municipal bonds*), van maatschappijen voor goedkope woningen of van vennootschappen. In een aantal gevallen maakt dit een lagere of meer redelijke interestvoet op de uit te geven obligaties mogelijk. In andere gevallen was het documentaire krediet noodzakelijk om de uitgifte zelf van de obligaties mogelijk te maken(10).

6. De U.S. Comptroller of the Currency's Interpretive Ruling No. 7.1160 definieert een *standby letter of credit* als volgt: „A 'stand-by letter of credit' is any letter of credit, or similar arrangement however named or described, which represents an obligation to the beneficiary on the part of the issuer (1) to repay money borrowed by or advanced to or for the account of the account party or (2) to make payment on account of any indebtedness undertaken by the account party, or (3) to make payment on account of any default by the account party in the performance of any obligation”(11).

(8) Zie ELLINGER, E., „Problems of Standby Credits in Australia”, 11 *Com. Law A. Bulletin (Austl.)* 99 (1979).

(9) UNCITRAL document A/CN.9/163 van 9 mei 1979.

(10) CARRINGTON, T., *t.a.p.*, blz. 29; zie KOZOLCHYK, B., „The Emerging Law of Standby Letters of Credit and Bank Guarantees”, 24 *Arizona Law Review*. 319, 325 (1982).

(11) 12 C.F.R. Sec. 7.1160; in minder juridische maar meer directe termen wordt de *standby letter of credit* in bankiersmiddens dikwijls omschreven als „a letter of credit your customer brings to you, stating don't worry what it says, it will never be drawn against”.

Het documentaire krediet als loutere waarborg is dus een documentair krediet dat, onafhankelijk van een onderliggende verbintenis, gecreëerd is door de bank op vraag van de betrokkene in het documentaire krediet teneinde de begunstigde te waarborgen voor de te betalen sommen of tegen een gebrekkige of een gebrek aan prestatie van de betrokkene. Het is documentair, doch niet verbonden met verscheppingsdocumenten door de begunstigde over te leggen in het kader van een goederentransactie. Het is documentair in de zin dat het nog steeds een minimum aan documenten vereist voor regeling — soms een eenvoudige verklaring van de begunstigde.

7. Het documentaire krediet als loutere waarborg moet onderscheiden worden van andere vormen van waarborg van prestaties. Het documentaire krediet als waarborg, de *standby letter of credit*, is in tegenstelling tot de *borgtocht* noch bijkomend, noch subsidiair. De borgtocht strekt tot waarborg van een geldige hoofdverbintenis(12). De borg belooft te betalen tegenover de schuldeiser bij ontstentenis van de schuldenaar, wiens goederen vooraf moeten uitgewonnen worden(13). In het documentaire krediet staat de verbintenis van de bank tegenover de begunstigde onafhankelijk van de onderliggende overeenkomst. Is er dan geen causaliteitsband tussen het documentaire krediet en de onderliggende overeenkomst(14)?

8. Onder het Engelse recht heeft de causaliteitsvereiste weinig aandacht gekregen en geen sympathie gevonden: „The defence (van het gebrek aan *consideration*) has either never been raised or, if raised, has not been pressed, as so often happens when a purely technical defence is open to men of business. It appears to have been assumed in all the cases that there was good consideration for the banker's promise”(15).

Het civiele recht is echter meer ingesteld op een causaliteitsvereiste. De Page stelde dat de oorzaak van het documentaire krediet, van de betalingsbelofte van de bankier tegenover de begunstigde, ligt in de onderliggende overeenkomst tussen de begunstigde en de betrokke-

(12) Zie Artikel 2012 B.W.

(13) Zie Artikel 2021 B.W.

(14) Zie DE VUYST, B.M., *a.w.*, nr. 150, blz. 78.

(15) GUTTERIDGE, H.C. and MEGRAH, M., *The Law of Bankers' Commercial Credits*, blz. 24 (1976); zie voor de U.S.A. *Bridge v. Welda State Bank*, 222 Mo. App. 586, 292 S.W. 1079, 1083 (1927): „The fact that the defendant (issuing bank) derived no benefit from its promise constitutes no defense to liability on the credit”; zie U.S.A., *Uniform Commercial Code*, Section 5-105: „no consideration is necessary to establish a credit or to enlarge or otherwise modify its terms”.

ne(16). In een recente beslissing van het Franse Hof van Cassatie, in het geval van een waarborg van betaling bij eerste vraag, een garantievorm die als concept dicht bij het documentaire krediet staat(17), bleef het Hof op de vlakte wat betreft het leggen van de oorzaak: „même si l'engagement de la banque avait pour cause le 'protocole no. 7' (de onderliggende overeenkomst) dont la nullité était alléguée, en l'état, la banque, en raison de son engagement de payer à première demande, ne pouvait se dérober à cette obligation”(18).

Men mag de oorzaak-vereiste, het causaliteitsprincipe, echter niet verwarren met de niet-tegenstelbaarheid van excepties uit de onderliggende overeenkomst. Het documentaire krediet is niet oorzaakloos, doch het is van deze oorzaak gescheiden(19).

9. Het is hier de plaats om te wijzen op de relatie tussen de *standby letter of credit*, het documentaire krediet als waarborg, en de *abstracte waarborg*(20). In deze waarborgvorm belooft de bank te betalen op de vraag, al dan niet tegen voorlegging van zekere documenten of vervulling van zekere formaliteiten, van de begunstigde(21). Indien geen of minieme formaliteiten hoeven vervuld wordt deze abstracte waarborg een waarborg op eerste vraag, een *simple* of *first demand guarantee* of *garantie à première demande* genoemd. Het gaat hier niet om een borgtocht. De bank onderneemt te betalen op vraag, moet betalen zonder dat er ontstentenis van betaling is door een hoofdschuldenaar. De abstracte waarborg is eveneens niet bijkomstig, en staat afgescheiden van de onderliggende overeenkomst.

(16) DE PAGE, H., *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, blz. 49 (1957).

(17) Zie BONTOUX, C., „Les garanties bancaires dans le commerce international”, *Banque*, 1982, blz. 171.

(18) Cour de Cassation (Ch. Com.) 20 december 1982, Siegfried Dunes Sharjah Leasing Corporation, Nasib, Oman International Trading Company c. Banque de Paris et des Pays-Bas et Creusot-Loire Entreprises, *D.*, 1983, blz. 365, met noot Vasseur; vgl. de verklaring van deze laatste: „on pourrait donc dire que l'engagement du banquier trouve sa cause dans la considération du contrat de base à conclure”; VASSEUR, M., *t.a.p.*, nr. 9, blz. 368-369 en bronnen aldaar geciteerd.

(19) Zie DE PAGE, H., *a.w.*, blz. 49; VASSEUR, M., *t.a.p.*, nr. 9 blz. 369; RIEG, M., *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en Droit civil français et en Droit allemand*, nr. 277 (1961); zie PLEYER, K., „Die Bankgarantie”, *Wertpapier-Mitteilungen*, IV, 7 juli 1973, blz. 8, Sec. 5; vgl. RONSE, J., *Wisselbrief en Orderbriefje*, in *A.P.R.*, nr. 1400, blz. 432 en nr. 2415, blz. 748.

(20) Zie VAN LIER, H., „Les garanties dites à première demande ou abstraites”, *J.T.*, 1981, blz. 345; POULLET, Y., „Les garanties contractuelles dans le commerce international”, *Droit et pratique du commerce international*, 1979, blz. 387.

(21) Zie de definities gegeven bij POULLET, Y., *t.a.p.*, blz. 400 en MATRAY, L., „L'arbitrage et les garanties contractuelles”, *Tijdschrift voor Bank- en Financiewezenen*, 1974, blz. 282.

Zoals het Franse Hof van Cassatie het stelde: „la Cour d'Appel ... a décidé, à bon droit, que cet engagement ne constituait pas un cautionnement, mais une garantie autonome, ce qui interdisait à la banque de se prévaloir, en l'état, des exceptions, que la Soc. Siegfried pouvait opposer à la Soc. Creusot-Loire, tenant à l'inexécution du contrat les unissant”(22).

In de Belgische context stelt Heenen dat „l'acheteur ne se contente pas toujours d'un simple cautionnement. Le document exprès constatant la garantie stipule parfois en termes exprès que le banquier s'engage à payer à la première demande écrite de l'acheteur, celui-ci étant dispensé de fournir une justification quelconque. Il est clair qu'une telle garantie n'a rien à voir avec un cautionnement”(23). Van Ommeslaghe confirmeerde overigens de oorspronkelijkheid en de validiteit van zulke waarborg, als gescheiden van de in het Burgerlijk Wetboek ingebouwde borgtochtfiguur: „La licéité de cette pratique ne nous paraît faire aucun doute. Elle constitue aussi un exemple d'engagement abstrait, né des besoins de la pratique, indépendamment de toute intervention du législateur”(24).

10. Waarborgen werden door de Internationale Kamer van Koophandel in de *Uniform Rules for Contract Guarantees* geklasseerd als waarborgen bij een bod onder een aanbesteding (*bid of tender bond*), waarborgen voor uitvoering (*performance guarantee*) en waarborgen

(22) Cour de Cassation (Ch. Com.) 20 december 1982, Banque de Paris et des Pays-Bas c. Creusot-Loire Entreprise, Siegfried Dunes Sharjah Leasing Corporation, Nasib, Oman International Trading Company, D., 1983, blz. 365, met noot Vasseur; zie Voorz. Kh. Brussel, 6 april 1982, *Tijdschrift voor Bank- en Financierwezen*, 1982, blz. 683; Brussel, 18 december 1981, *Tijdschrift voor Bank- en Financierwezen*, 1982, blz. 99; Brussel, 25 februari 1982, *B.R.H.*, 1982, 349. Zie PLEYER, „Rapport sur le Droit de la République Fédérale d'Allemagne”, in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, blz. 189 (1980); Zie VASSEUR, M., *t.a.p.*, nr. 2, blz. 366 en aldaar aangehaalde rechtspraak; zie POULLET, Y., *t.a.p.*, blz. 399-401 voor een bespreking van Duitse, Zwitserse en Oostenrijkse rechtspraak die de houding van het Franse Hof bevestigt; zie PABBRUWE, H.N., „Een bijzondere bankgarantie”, *W.P.N.R.*, 1979, 5471.

(23) „Les sûretés personnelles dans le droit bancaire belge”, in *Recueil de la société Jean Bodin*, XXX, 1969, blz. 161; zie Brussel, 18 december 1981, *t.a.p.*

(24) Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et la doctrine moderne, *R.C.J.B.*, 1970, blz. 362; zie VASSEUR, M., D., 1979, blz. 264; „Le caractère accessoire du cautionnement n'est pas d'ordre public. Les parties, le garant, peuvent conventionnellement l'écartier. La volonté des parties est toute puissante”; zie het in (18) aangehaalde Franse Cassatiearrest; zie het niet-bijkomstige karakter van het aval bij afzonderlijke akte in RONSE, J., *a.w.*, nr. 981 e.v., blz. 297-301 en aldaar aangehaalde bronnen; DABIN, J., „Caractère civil ou commercial de l'aval par acte séparé”, *R.C.J.B.*, 1955, blz. 51.

voor terugbetaling (*repayment guarantee*)(25). Uiteindelijk is het resultaat van de *standby letter of credit* en de abstracte waarborg hetzelfde: de verschillen in juridische natuur lijken dan ook voor sommigen illusoir of semantisch(26). Dit is niet waar. De instrumenten zijn gelijkaardig, doch niet identiek(27). Vooraleer de verschillen in de instrumenten te benadrukken moet echter eerst een gemeenschappelijk kenmerk worden onderzocht. Wat gebeurt in het geval van een nietige onderliggende overeenkomst? Kan een nietige onderliggende overeenkomst door de betrokkene in het documentaire krediet of de abstracte waarborg door deze opgeworpen worden tegenover de bank om de bank te beletten te betalen? Kan de bank zich van zulke nietigheid voorzien om niet te betalen?

11. Om te beginnen kan men teruggaan naar De Page: „Lorsqu'une personne garantit une dette en telle manière que son engagement n'est pas subsidiaire mais principal, elle ne peut évidemment opposer, comme la caution pourrait le faire, la nullité de la dette, puisqu'elle n'a pas entendu 'cautionner' mais bien garantir le créancier contre cette nullité”(28).

De Page dacht hierbij echter zeer waarschijnlijk niet aan bankwaarborgen en *standby letters of credit* in het internationaal handels- en investeringsverkeer. In de boven aangehaalde Franse Cassatie arresten die betrekking hadden op de abstracte waarborg, was de nietigheid van de onderliggende overeenkomst slechts opgeworpen, doch niet bewezen. Het Hof van Beroep confirmerend besliste het Franse Hof van Cassatie dat, in zulk geval, de bank op eerste vraag moest

(25) I.C.C. Publication No. 325, 1978, Uniform Rules for Contract Guarantees: „Broadly speaking, the purpose of the *tender bond* (bid bond) is to provide an assurance of the intention of the party submitting the tender (principal) to sign the contract if his tender is accepted. Similarly, the *performance guarantee* is intended as a safeguard against the party to whom the contract is awarded (principal) failing to meet his obligations under such a contract, which, by its nature normally requires a period of time for completion. Finally, the *repayment guarantee* protects the interests of the party awarding the contract (beneficiary) in respect of the repayments or advances made by him, in the event of the principal not fulfilling the contract terms”.

(26) ELLINGER, R., „Standby Letters of Credit”, 6 *Int'l Bus. Law* 604, 622 (1981); BONTOUX, C., *t.a.p.*, blz. 171.

(27) Edward Owen Eng'r. Ltd. v. Barclays Bank Int'l Ltd., [1978] 1 *Lloyd's Rep.* 166; Harbottle Ltd. v. National Bank Ltd., *t.a.p.* beide instrumenten worden soms voor minder dan nette transakties gebruikt: een *simple demand guarantee* van \$53 miljoen gegeven door Royal Bank of Canada, Montreal, met tegen-garanties van \$26.5 miljoen elk van Bank of America en Morgan Guarantee Trust Co. garandeerden de levering van geneesmiddelen voor een waarde van \$53 miljoen aan de Cubaanse regering als „losgeld” voor de personen gevangen genomen bij de mislukte invasie van Cuba in de *Bay of Pigs*; zie GOULDEN, J., *The Super Lawyers*, 532-533 (1972).

(28) DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil*, VI, nr. 905; zie Brussel, 18 december 1981, *t.a.p.*

betalen(29). Voor wat betreft het documentaire krediet is dit eveneens waar. Het is niet aan de bank om de onderliggende overeenkomst te kennen of het bestaan of de geldigheid ervan te evalueren(30).

12. Mag dit echter wel in het geval van een overeenkomst die tegen de publieke orde ingaat? Het hoeft hier niet eens te gaan om het extreme voorbeeld van Vasseur, waarbij een abstracte waarborg wordt gebruikt bij een onderliggende overeenkomst om papaver te verbouwen(31). Van Lier haalt, meer realistisch, mogelijkheden aan waarbij de onderliggende overeenkomst een inbreuk veroorzaakt op een embargo-beslissing, op fiscale of wisselwetgeving of op maatregelen tegen smokkel(32). In de *House of Lords* beslissing *United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada* vond men, bijvoorbeeld, dat begunstigde (een Peruviaanse maatschappij) en betrokkene (een Britse leverancier) akkoord gingen om de verkoopprijs van de te leveren goederen te verdubbelen en het overschot over te maken aan een met de begunstigde geaffilieerde vennootschap te Miami, dit teneinde de begunstigde in staat te stellen, in overtreding van de Peruviaanse wisselreglementering, het geldoverschot naar de U.S.A. te transfereren(33). De eerste rechter besliste dat het hier ging om een verdoken wisselovereenkomst met de bedoeling de Peruviaanse wisselreglementering te overtreden, en dat de overeenkomst als dusdanig viel onder *Article VIII, Section 2(b) van de International Monetary Fund Articles of Agreement*. Dit stelt dat: „Exchange contracts which involve the currency of any member and which are contrary to the exchange control regulations of that member maintained or imposed consistently with this Agreement shall be unenforceable in the territories of any member”(34).

Vermits zowel Groot-Brittannië als Peru lid zijn van het *International Monetary Fund* verklaarde de eerste rechter de overeenkomst

(29) „Même si l'engagement de la banque avait pour cause le 'protocole nr. 7' dont la nullité était alléguée, en l'état, la banque en raison de son engagement de payer à première demande, ne pouvait se dérober à cette obligation” zie (18); zie VASSEUR, M., *t.a.p.*, nr. 14, blz. 370.

(30) STOUFFLET, J., „Crédit documentaire”, in *Jurisl. Banque et Bourse*, fasc. 32, nr. 108; zie eveneens STOUFFLET, J., *Le crédit documentaire*, nr. 390, blz. 326 (1957): „l'absence d'un contrat de vente ne peut justifier un refus de régler le crédit”; zie DE VUYST, B.M., „Beslaglegging onder de bank ten laste van de begunstigde in het documentair krediet door de betrokkene”, *R. W.*, 1982-1983, 245 en het aldaar aangehaalde arrest van het Franse Hof van Cassatie van 14 oktober 1981.

(31) VASSEUR, M., *t.a.p.*, nr. 13, blz. 370.

(32) VAN LIER, H., *t.a.p.*

(33) [1982] 3 W.L.R. 1039.

(34) *Articles of Agreement of the International Monetary Fund*, blz. 29 [1978].

onwerkdadig en besliste dat de bank niet gehouden was te betalen onder het documentaire krediet. De *Court of Appeal* en de *House of Lords* beslisten echter dat het slechts om een wisselovereenkomst ging voor zover het om het geldoverschot ging, en dat de bank overigens gehouden was te betalen.

13. Betekent dit dat de nietige onderliggende overeenkomst de bank toelaat om niet te betalen onder een abstracte waarborg of een documentair krediet? Is de exceptie van nietigheid van de onderliggende overeenkomst tegenstelbaar indien het gaat om een inbreuk op de openbare orde of de goede zeden? Volgens Vasseur is dit niet het geval. En om goede redenen: het autonome karakter van de abstracte waarborg en van de documentaire kredieten laat dit niet toe(35).

14. In zijn commentaar op de boven aangehaalde Franse Cassatiearresten herinnert Vasseur er aan dat de daarin gebruikte woorden „en l'état” hernemen wat het Hof van Beroep had gesteld in zijn arrest: „la prétendue nullité du contrat de base ne peut produire effet avant d'avoir été prononcée par la juridiction saisie”. Deze opvatting is in overeenstemming met het eveneens reeds eerder aangehaalde Franse Cassatiearrest van 14 oktober 1981(36), waarbij het aan de betrokkene wordt ontzegd door beslaglegging de bank te verhinderen om aan de begunstigde te betalen. Zoals Van Lier het stelt kan de uitoefening van het recht van de begunstigde niet worden onderworpen aan of vertraagd door een debat tussen betrokkene en bankier over de nietigheid van een onderliggende overeenkomst(37). Dit lijkt in te houden dat een uitvoerbaar verklaard vonnis of arrest over de onderliggende overeenkomst tegenstelbaar is aan de bankier. De ware toedracht is echter dat een begunstigde die gebruik wenst te maken van documentaire kredieten of abstracte waarborgen na zulk vonnis of arrest misbruik maakt van het documentaire krediet of de abstracte waarborg. Het misbruik, de fraude, wordt gepleegd in de relatie met de bankier. In deze zin is het dat De Page, omtrent het documentaire krediet, spreekt, in verband met de niet-tegenstelbaarheid van excepties uit de onderliggende overeenkomst en de verhouding betrokkene-bank over „deux cas exceptionnels ... (qui se ramènent, au fond, à un seul)”: de nietigheid van de onderliggende overeenkomst en de kwade trouw van de begunstigde, waarbij de

(35) VASSEUR, M., *t.a.p.*, nr. 14, blz. 370; doch zie met betrekking tot de internationale openbare orde: Brussel, 18 december 1981, *t.a.p.*

(36) Zie (30).

(37) VAN LIER, H., *t.a.p.*, en bevestigend, VASSEUR, M., *t.a.p.*

eerste tot de laatste „uitzondering” moet herleid worden. Deze uitzondering is er natuurlijk geen, vermits, zoals reeds gezegd, de fraude in de verhouding bank-begunstigde zelf wordt gepleegd(38). Daardoor is het niet nodig terug te gaan naar de notie van oorzaak en de nietigheid van de onderliggende overeenkomst te verbinden met de abstracte waarborg of het documentaire krediet(39).

15. Hoe is een beslissing als *United City Merchants* dan te lijmen met deze opvatting? Is het dan niet zo dat in *United City Merchants* werd geconfirmeerd dat een gedeelte van het kredietbedrag niet hoefde betaald? In de eerste plaats dient herinnerd dat slechts de uiteindelijke rechterlijke beslissingen zulks confirmeerden. Voor zover de feiten bekend zijn uit het vonnis en de arresten was de inbreuk op de Peruviaanse wisselreglementering op het ogenblik van prestatie van documenten niet aan de bank bekend. De bank weigerde op andere gronden, eveneens in verband met fraude, te betalen. De behandeling van deze gronden door de *House of Lords* illustreert overigens het absolute karakter van de autonomie van het documentaire krediet — en, parallel daarmee, de abstracte waarborg — tegenover de onderliggende overeenkomst, en de beperktheid van de „uitzondering” voor fraude.

16. De originele kredietvoorwaarden, in *United City Merchants*, vereisten „a full set of clean on-board bills of lading drawn to the order of Banco Continental, evidencing shipment from London to Callao”. Eerst moest deze verscheping voor een datum in oktober 1976 gebeuren. Later wordt de einddatum voor verscheping verschoven naar 15 december 1976. Glass Fibers and Equipment, Ltd., de leverancier en originele begunstigde, insisterde bij de makelaar op verscheping ten laatste op 15 december. De goederen zouden op 10 december 1976 verscheept worden op *The American Legend*. Doch *The American Legend* zou niet te London, maar te Felixstowe aanleggen. De containers met de goederen stonden dan ook vanaf 9 december te Felixstowe op het schip te wachten. *The American Legend* kende daarop motorpech, en werd vervangen door *The American Accord*. Deze legde aan te Felixstowe in de vroege ochtend van 16 december 1976. De goederen werden geladen op 16 december

(38) DE PAGE, H., *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, blz. 49 (1957); zie DE VUYST, B.M., *a.w.*, nr. 157, blz. 80.

(39) VASSEUR, M., *t.a.p.*, nr. 15, blz. 370; in dezelfde zin, POULLET, Y., *a.w.*, blz. 426, spec. noot 171; en PLEYER, K., *t.a.p.*, blz. 19; STOUFFLET, J., *a.w.*, nrs. 385 e.v. blz. 322 e.v.; vgl. Brussel, 18 december 1981, *t.a.p.*; Voorz. Kh. Brussel, 6 april 1982, *t.a.p.*

1976. Om de cliënt ter wille te zijn, en zonder dat deze er weet van had, gaf de makelaar echter cognossementen uit met een aan-boord notatie voor, en op datum van, 15 december. De koper ging de scheepsbewegingen na, vond dat *The American Accord* slechts op 16 december te Felixstowe was binnengelopen en verwittigde de (Peruviaanse) kredietopenende bank. Deze bank verwittigde de confirmerende bank die prompt regeling weigerde.

17. In eerste instantie besliste de rechter dat de confirmerende bank ongelijk had in haar weigering te regelen. De vervalsing was immers bedreven door een derde partij, buiten medeweten en zeker niet met de goedkeuring van de originele begunstigde. Doch door de uitwerking van de wisselfraude, uitwerking die op het hele bedrag van de transactie werd geacht te slaan, hoefde dit punt niet behandeld, en werd de bank toch nog van betaling vrijgesteld(40). De *Court of Appeal* nam een heel andere houding aan tegenover de vervalsing dan de eerste rechter(41). Voor de *Court of Appeal* kwam het er niet op aan wie de cognossementen-fraude bedreef, en of de begunstigde op de hoogte was van de fraude. Zoals Ackner, L.J., het stelde: „It is the character of the document, not its origin, that must decide whether or not it is a ‘conforming’ document, that is a document which complies with the terms of the credit”(42).

De *House of Lords* ging echter terug op deze positie: fraude of vervalsing door derden zonder medeweten van de begunstigde mag deze niet worden aangerekend. De onafhankelijkheid van het documentaire krediet tegenover de onderliggende overeenkomst is immers absoluut. Zoals Lord Diplock het stelde: „To this general statement of principle as to the contractual obligations of the confirming bank to the seller, there is one established exception: that is, where the seller for the purpose of drawing on the credit, fraudulently presents to the confirming bank documents that contain, expressly or by implication, material representations of fact that to his knowledge are untrue”(43).

18. De *House of Lords* beslissing is juist. In het geval van fraude gaat het echter niet om een „uitzondering” op de onafhankelijkheidsregel, maar, zoals reeds gezegd, om een toepassing van het

(40) [1979] Lloyd's Rep. 267.

(41) [1981] 3 W.L.R. 242.

(42) [1981] 3 W.L.R. 242, 276.

(43) [1982] 2 W.L.R. 1039, 1045.

adagium *fraus omnia corrumpit* in de relatie bank-begunstigde. Slechts indien de bank weet dat het de begunstigde is die fraudeert of partij is in de fraude kan zij, in het kader van de verhouding bank-begunstigde, weigeren te regelen. Er mag overigens gesympatiseerd met de Engelse bankiers die, op de hoogte van fraude in een *American Accord* situatie, geacht worden te regelen omdat het gaat om fraude door derden buiten weten van de begunstigde, of omdat het niet kan bewezen worden dat de begunstigde weet heeft van zulke fraude. Terecht spreekt Schmitthoff in zijn commentaar op het arrest over „the high water mark of the principle of autonomy of the documentary credit”(44). Doch de beslissing is in lijn met doctrine en rechtspraak in andere landen(45).

19. Tot hiertoe werd de abstracte waarborg tezamen met het documentaire krediet als waarborg behandeld. Zoals hoger gesteld zijn de instrumenten gelijkaardig, op het punt dat zij elk autonoom staan van de onderliggende overeenkomst en een persoonlijke verbintenis tot waarborg vanwege de bankier tegenover de begunstigde inhouden(46). Doch de instrumenten zijn niet gelijk, niet identiek, zelfs indien zij tot hetzelfde resultaat leiden. De *standby letter of credit* moet beantwoorden aan zekere voorwaarden teneinde als een documentair krediet te kunnen worden aanzien. De *Comptroller of the Currency* besliste in 1977 dat: „A national bank may issue letters of credit permissible under the Uniform Commercial Code or the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits to or on behalf of its customers. As a matter of sound banking practice, letters of credit should be issued in conformity with the following: (a) each letter of credit should conspicuously state that it is a letter of credit or be conspicuously entitled as such; (b) the bank's undertaking should contain a specified expiration date or be for a definite term; (c) the bank's undertaking should be limited in amount; (d) the bank's obligation to pay should arise only upon the presentation of a draft or other documents as specified in the letter of credit, and the bank must not be called upon to determine questions of fact or

(44) SCHMITTHOFF, C.M., *Journal of Business Law*, 1982, blz. 321; zie *The Bhoja Trader* [1981] 2 *Lloyd's Rep.* 256; *Z Ltd. v. A-Z and AA-LL* [1982] 2 *W.L.R.* 288, 296-297; *Bolivinter Oil S.A. v. Chase Manhattan Bank and Others*, *The Times*, December 10, 1983, *Journal of Business Law*, 1984, blz. 59-60.

(45) POULLET, Y., *a.w.*, blz. 426; PLEYER, K., *t.a.p.*, blz. 18 en noot 122; *Tribunal de Commerce de Paris*, 12 februari 1982 en 6 april 1982, *D.*, 1982, blz. 504 e.v. met noot *Vasseur*; *VASSEUR, M.*, in *Rapport au colloque de Tours, les garanties bancaires*, blz. 349 (1981); *Stringer Construction Company, Inc. v. American Insurance Company*, Ill. App. 430 *N.E.2d* 1 (181), *Rosen v. Pullen et Al.* (Ontario High Court of Justice) 126 *D.L.R.* (3rd) 62 (1981).

(46) Zie nr. 10.

law at issue between the account party and the beneficiary; and (e) the bank's customer should have an unqualified obligation to reimburse the bank for payments made under the letter of credit''.

Als zodanig werd de *standby letter of credit* van de in de U.S.A. niet toegelaten bankwaarborg onderscheiden. Doch de stipulatie en vervulling van zulke minimum-vereisten verlegden enkel de discussie naar de U.C.P. zelf. In 1977 werd door de *Foreign Exchange Dealers Association of India* aan de *Commission on Banking Technique and Practice* van de Internationale Kamer van Koophandel gevraagd om te beslissen of een *standby letter of credit* moest gezien worden als een documentair krediet dat kan onderworpen worden aan de *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*(47). De *Commission* antwoordde daarop bevestigend en onderscheidde de abstracte waarborg van de *standby letter of credit*(48).

20. Contractuele waarborgen worden door de Internationale Kamer van Koophandel onder een aparte regeling behandeld: de *Uniform Rules for Contract Guarantees*(49). De abstracte waarborg heeft echter weinig plaats onder deze *Uniform Rules*(50). Dezelfde onzekerheid heerste tot aan de beslissing van de *Commission* met betrekking tot de plaats van de *standby letter of credit* in de U.C.P. De

(47) De 1974 versie van de U.C.P., in zijn authentieke Engelse tekst, is gepubliceerd als I.C.C. Publication No. 290, 1974; een Nederlandse vertaling, verzorgd door de Commissie voor Nederlandse bankterminologie van de Belgische Vereniging der Banken, is verkrijgbaar bij de Belgische afdeling van de Internationale Kamer van Koophandel en werd gepubliceerd als bijlage tot DE VUYST, B.M., a.w.

(48) „The Commission was asked by the Foreign Exchange Dealers' Association of India (FEDAI) to state whether a standby letter of credit should be regarded as a documentary credit governed by Publication No. 290, or as a guarantee. It was explained to the Commission that a standby-by credit was drawn up to guarantee the performance of a contract, and was realisable on the presentation to the issuing bank of a declaration that the credit applicant had not fulfilled the contract, and any other specified documents. This instrument was frequently used by the United States and Japanese banks which are not authorized by law to issue guarantees. The commission decided that the standby credits referred to the I.C.C. by FEDAI fell within the definition of a documentary credit given by paragraph (b) of the General Provisions and Definitions contained in Uniform Customs and Practice. In this connection it was pointed out that it should bear the wording 'Subject to Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (1974 Revision)', International Chamber of Commerce, Publication No. 290'; *Decisions (1975-1979) of the I.C.C. Banking Commission on Queries Relating to Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* 11 (*I.C.C. Publication 371*) (1980); zie voor wat betreft de natuur van de U.C.P., DE VUYST, B.M., a.w., nrs. 23 e.v., spec. nr. 27, blz. 14-15.

(49) *I.C.C. Publication No. 325*, 1978.

(50) WHEBLE, B.S., „Problem Children” - standby Letters of Credit and Simple First Demand Guarantees, 24 *Arizona Law Review* 301, 304, noot 14 (1982); vgl. de I.C.C. commentaar op Article 9 van deze *Uniform Rules*: „a claim [onder deze *Guarantees*] should only be made, and honoured, if the beneficiary has a legal right to make the claim based on a failure of the principal to perform, or correctly to perform the underlying contract”; de I.C.C. vraagt zich thans het nut af om een *Code of Practice for Demand Guarantees* uit te werken; zie I.C.C. document 470/425 van 15 februari 1984.

herziening van de U.C.P. door de Internationale Kamer van Koophandel heeft het mogelijk gemaakt deze discussie over de plaats van de *standby letter of credit* in de U.C.P. verder te zetten. De Internationale Kamer van Koophandel vroeg in 1980 aan haar afdelingen of het nodig was de U.C.P. aan te vullen teneinde het fenomeen van de *standby letter of credit* te ondervangen in de U.C.P.(51). De antwoorden liepen erg uiteen. Zo vond de Finse Bankiersvereniging dat *standby letters of credit* meest werden uitgegeven als zijnde onderworpen aan de U.C.P., en dat geen speciale amendementen of regels nodig waren. In haar antwoord op I.C.C. document 470/367 noteerde Ceskoslovenska Obchodni Banka de noodzaak om deze vorm van documentaire kredieten duidelijk te onderscheiden van de waarborg indien de *standby letter of credit* uitdrukkelijk zou worden geïntroduceerd in de U.C.P., iets wat niet duidelijk noodzakelijk werd geacht door deze bank. Deze bank merkte overigens terecht op dat de meeste bepalingen in de U.C.P. niet op *standby letters of credit* van toepassing zijn(52). Andere correspondenten onderstreep- ten de noodzaak van U.C.P. amendementen(53), en tenslotte waren

(51) „Are UCP applied to all documentary credit/letters of credit transactions? If not, please specify and explain why. If they are not used in some situation — e.g. standby letters of credit — it is considered that any alterations are needed for their effective application to such situations in the future”; I.C.C. document 470/367 van 4 augustus 1980.

(52) „In practice, we find standby letters of credit that are subject to U.C.P., too. Sometimes, however, they do not stipulate payment (or acceptance or negotiation) just only against presentation of documents, and represent more guarantees than credits. Consequently, should the category of standby letters of credit be expressly introduced in the UCP it should be emphasized that an instrument so named is to be worded and classed as a letter of credit and not a guarantee. It is true that if the documents called for in the standby letters of credit do not represent goods, the possession of such documents does not represent a security for the bank as possession of documents covering goods, in particular documents of title. However, this is something which, in our opinion, does not make the UCP inoperative. Out of the different provisions regarding documents, Article 33 ‘Other documents’ only is to be applied in case of a standby letter of credit, while many provisions find no cause to be applied, such as ‘Quality and amount’, ‘Partial shipments’, ‘Shipment, loading and dispatch’ and, in our opinion, ‘Transfer’. There can be some hesitation about the time limit as per Article 41, since there is no bill of lading in connection with a standby letter of credit. We, however, feel that just because of this reason Article 41 is to be simply disregarded under a standby letter of credit and that documents thereunder can be presented at any time up to the expiry date of such credit. Some standby letter of credit require the presentation of a draft without further accompanying documents. However, we think that such credit can also be governed by UCP considering the draft itself as a document. On the other hand, the remaining provisions of UCP, including the most important of them such as Article 7 and Article 8, can, in our opinion, be applied to a standby letter of credit without difficulties”; geciteerd in WHEBLE, B., *t.a.p.*, blz. 305, noot 18.

(53) Zo het Amerikaanse standpunt: „There are no particular problems in the application of UCP for standby letters of credit but as the detailed study for the revision takes place, it may transpire that in certain articles references to standby letters of credit may be appropriate and necessary either in border to include the applicability to standby letters of credit or conversely to exclude that applicability”.

sommigen van oordeel dat *standby letters of credit* niet zouden mogen onderworpen worden aan de U.C.P.(54).

21. De *I.C.C. Banking Commission* besliste de U.C.P. aan te vullen teneinde het *standby letter of credit* fenomeen er uitdrukkelijk in onder te brengen. De voorgestelde nieuwe U.C.P., van kracht vanaf oktober 1984, stellen in Article 1 dat: „These rules apply to all documentary credits, including, where applicable, standby letters of credit and are binding on all parties thereto unless otherwise expressly agreed. They shall be incorporated into each documentary credit by wording in the credit indicating that such credit is issued subject to Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, (1983) revision, I.C.C. Publication No. 400”(55).

22. De nieuwe U.C.P. herformuleerden eveneens de definities van het documentaire krediet teneinde het documentaire krediet als loutere waarborg erin onder te brengen: „For the purposes of these rules, the expression ‘documentary credit(s)’ and ‘standby letter(s) of credit’, hereinafter referred to as ‘credit(s)’, mean any arrangement, however named or described, whereby a bank (the issuing bank), acting at the request and on the instructions of a customer (the applicant for the credit),

i) is to make a sight or a deferred payment to or to the order of a third party (the beneficiary), or is to pay or accept bills of exchange (drafts) drawn by the beneficiary, or

ii) authorise another bank to effect such sight or deferred payment, or to pay, accept or negotiate such bills of exchange (drafts), against stipulated documents, provided that the terms and conditions of the credit are complied with”.

Tenslotte oordeelde men het noodzakelijk duidelijk te onderstrepen dat de documentaire kredieten van nature transacties zijn die onder-

(54) „Les ‘standby letters of credit’, émises pour tenir lieu de garanties à première demande et qui sont donc d’une nature très différente tant du point de vue économique que juridique, ne devraient pas être soumises aux Règles et Usances relatives aux Crédits Documentaires”; antwoord van de *Association Française des Banques*; de *Association* weet zich daarin gesteund door Professor KOZOLCHYK: „At this point, it should suffice to state that the principles which govern the rights and duties of the various parties in the commercial letter of credit transaction where default and consideration of actual performance, however insulated by documentary compliance, are at stake”; KOZOLCHYK, B., „Letters of Credit”, 9, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Chapter 5, 29, (1980).

(55) Zie I.C.C. document 470/403, 1982; zie ROWE, M., „Letters of Credit: the I.C.C. revises the rules”, *International Financial Law Review*, januari 1983, blz. 17; SCHMITTHOFF, C.M., „The New Uniform Customs for Letters of Credit”, *Journal of Business Law*, blz. 193, 195 (1983).

scheiden zijn van de onderliggende overeenkomsten, zelfs indien in het kredietadvies naar zulke onderliggende overeenkomsten zou worden verwezen: „Credits, by their nature, are separate transactions from the sales or other contract(s) on which they may be based and banks are in no way concerned with or bound by such contract(s), even if any reference whatsoever to such contract(s) is included in the credit”.

23. De toepassing van de U.C.P. op *standby letters of credit* is niet zonder gevolg. Weliswaar zijn een groot aantal van de U.C.P. bepalingen niet van toepassing op het geval van documentaire kredieten als waarborg, zo bijvoorbeeld deze met betrekking tot verschepingsdocumenten(56). Andere zijn echter van groot belang. Ontbreekt enige vermelding op het kredietadvies, dan wordt het documentaire krediet als herroepelijk beschouwd indien zulks niet uit het instrument blijkt(57). De *Articles* van de U.C.P. in verband met de verantwoordelijkheid van banken tegenover de partijen in het documentaire krediet zijn van groot belang(58). De aandacht mag eveneens getrokken op *Article 33* van de U.C.P., dat stelt dat documenten door de banken zullen worden aanvaard „zoals ze worden aangeboden”. Deze bewoording kan worden gebruikt om de bank te vrijwaren van de plicht — en de verantwoordelijkheid — om, bijvoorbeeld, de handtekeningen op een ingebrekestelling, een *certificate of default*, na te gaan voor echtheid(59).

24. De *standby letter of credit*, het documentaire krediet als loutere waarborg, is geen speelgoed. Praktische problemen in verband met het documentaire aspect van de verrichting zijn legio. Eén voorbeeld onder de velen is *Dynamics Corp. of America v. Citizens and Southern National Bank*, waar het documentaire krediet betaalbaar was gesteld op de loutere verklaring van de cliënt dat de leverancier in gebreke gebleven was(60). Zelfs waar iets meer substantiële documentaire vereisten werden gesteld zijn problemen niet uit de lucht(61). De eigenlijke documentaire vereisten variëren van docu-

(56) Zie U.C.P. Articles 14-45.

(57) Zie U.C.P. Article 1(c).

(58) Zie U.C.P. Articles 7-13; zie ook (52).

(59) WHEBLE, B.S., *t.a.p.*, blz. 304.

(60) 356 *F. Supp.* 991 (N.D. Ga. 1973).

(61) Zie de feiten in *Wichita Eagle and Beacon Pub. Co. v. Pacific National Bank*, 343 *F. Supp.* 332 (N.D. Cal. 1971) en *The Fair Pavillions, Inc. v. First Nat'l City Bank*, 19 *N.Y. 2d* 512, 227, N.E. 2d. 839, 281 *N.Y.S. 2d* 23, 4 *U.C.C. Rep. Serv.* 665 (1967); zie *American Bell International v. Islamic Republic of Iran*, 474 *F. Suppl.* 420 (S.D.N.Y. 1979).

mentair krediet tot documentair krediet. Men kan echter documentaire vereisten te vervullen door de begunstigde zelf onderscheiden van documentaire vereisten te vervullen door een derde partij of door de begunstigde tezamen met een derde partij. Het is uiteraard in de eerste categorie dat men de meeste moeilijkheden mag verwachten.

25. Vooral het „oneerlijke” gebruik van het documentaire krediet als loutere waarborg, de *unfair call on the credit* baart zorgen. Het gebruik door de begunstigde is, juridisch gezien vanuit het autonome karakter van het documentaire krediet, niet *unfair* tenzij zulk handelen als patent frauduleus bewezen en gevonnist is. Met al te minieme documentaire vereisten is het voor de betrokkene of voor een kredietopenende of confirmerende bank dikwijls moeilijk om zulke fraude op tijd te onderkennen tegenover een kredietopenende of confirmerende bank(62). Het tot hier toe meest bizarre voorbeeld van oneerlijk gebruik van het documentaire krediet als loutere waarborg is wellicht *Rosen v. Pullen et Al.*(63). Mr. Rosen, een Texaan — hij was van Houston, niet van Dallas — opende een *standby letter of credit* van \$100,000 ten voordele van zijn „verloofde”, een juffrouw Pullen uit Canada, en dit als waarborg van een huwelijksbelofte, althans, dit was wat Rosen later verklaarde. In feite kon getrokken worden onder de *standby letter of credit* zonder enige voorwaarde. Dit is wat juffrouw Pullen dan ook deed, twee dagen na de opening van het documentaire krediet. Rosen kon de eerste rechter en de *High Court* overtuigen dat het hier ging om een *prima facie* fraude, omdat Pullen wist dat zij geen recht had om te trekken voor een zekere datum (de einddatum voor het voltrekken van een huwelijk) en dat de bank hiervan op de hoogte was gebracht. Er werd beslist dat de bank niet moest betalen tot de grond van de zaak gevonnist was. Vermits het documentaire krediet zou aflopen voor zulk vonnis te voorzien was, werd Rosen verplicht \$100,000 te blokkeren. Het arrest voldoet wellicht op het menselijke vlak, maar laat te wensen over op het juridische. De *prima facie* fraude was niet te vinden vanuit het documentaire krediet — waarop geheel onvoorwaardelijk te trekken was — maar vanuit de verklaringen van Rosen en de feiten rond de onderliggende situatie. Als een arrest omtrent het trekkingsrecht op een documentair krediet is het licht. Was de fraude zo overduidelijk? De bank was in ieder geval in een uiterst moeilijke situatie geplaatst, moest het woord van een dwaas afwegen tegen de

(62) Zie WHEBLE, B.S., *t.a.p.*, blz. 307, noot 28 en aldaar aangehaalde gevallen.

(63) Ontario High Court of Justice, 126 *D.L.R.* (3d) 62 (1981).

prima facie onvoorwaardelijke trekkingsrechten van een bedriegster. Wat de bank had moeten doen was tegenover Rosen weigeren het documentaire krediet te openen zonder tenminste te vereisen dat de begunstigde een minimum aan objectieve documentatie zou neerleggen of zekere voorwaarden zou vervullen. In zulke hypothese kon de bank zich weer alleen inlaten met documenten, en niet — door een gebrek aan documentaire voorwaarden — met onderliggende verhoudingen (in dit geval letterlijk te interpreteren). Om het met Kipling's Captain Troop in *Captain(s) Courageous* te zeggen: „*things should ha' bin kep' sep'rate*”. De *standby letter of credit* waarborgt verder vuurwerk voor de jurist.

SOMMAIRE

LES CRÉDITS DOCUMENTAIRES UTILISÉS COMME GARANTIE LA LETTRE DE CRÉDIT «STAND-BY»

Ces dernières années, le volume des lettres de crédit «stand-by» (parfois appelé aussi crédit de soutien ou de confort) a augmenté très rapidement. Les crédits documentaires, dont ces lettres de crédit «stand-by» sont une variété, sont des arrangements (quel qu'en soit le nom ou la description) par lesquels une banque, agissant à la demande et conformément aux instructions d'un client, moyennant la production des documents requis et le respect des termes et conditions du crédit, paie, accepte ou négocie des traites. Le crédit lui-même est légalement distinct de la transaction sous-jacente à laquelle ces termes et conditions se rapportent.

Les crédits documentaires sont utilisés de plus en plus pour garantir l'exécution ou la non-exécution de ses obligations par une partie à un contrat plutôt que pour faciliter et garantir le paiement d'expéditions courantes.

Il faut distinguer les crédits documentaires de la notion de *caution*, ces crédits n'étaient ni dépendants ni subordonnés à une convention valide. Le crédit documentaire est indépendant de pareille convention sous-jacente et les résultats découlant de pareille convention sous-jacente ne peuvent être utilisés dans les procédures de crédit documentaire. Cela ne signifie pas que le crédit documentaire soit octroyé sans que cette convention soit prise en considération ou puisse servir de cause, mais il en reste légalement distinct.

Par ailleurs, il faut également distinguer la lettre de crédit «stand-by» de la garantie sur première demande, les instruments étant cependant remarquablement similaires dans leurs effets. Pour aucun d'eux, la banque ne peut refuser paiement en raison de problèmes résultant de la convention sous-jacente, même si cette convention est présumée nulle et non avenue, sauf le cas de fraude dûment prouvée du bénéficiaire dans ses relations avec la banque. Mais la lettre de crédit est un crédit documentaire relevant des *Règles et Usances Uniformes relatives aux crédits documentaires (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits - U.C.P.)* établies par la *Chambre de Commerce Internationale*. Comme telle, elle doit satisfaire à certaines exigences, ce qui entraîne l'application de certaines dispositions U.C.P. Désormais, la lettre de crédit «stand-by» est explicitement incluse dans la révision U.C.P. (1983).

La lettre de crédit «stand-by» posera encore des problèmes aux banquiers et à leurs clients si l'on néglige ou abuse du caractère documentaire du crédit, par exemple en exigeant de simples déclarations du bénéficiaire pour pouvoir recouvrer au crédit. En ce qui concerne les exigences documentaires, on peut établir une distinction selon qu'elles doivent être remplies par le seul bénéficiaire, par un tiers ou à la fois par le bénéficiaire et un tiers. C'est surtout la première catégorie qui est susceptible de créer des problèmes, plus particulièrement en matière de demandes irrégulières de crédit.

Pour les juristes, l'utilisation de la lettre de crédit «stand-by» et les problèmes y afférents garantissent du travail pour des années encore!

SUMMARY

DOCUMENTARY CREDITS AS GUARANTEE: THE STANDBY LETTER OF CREDIT

The volume of standby letters of credit has grown rapidly over the last few years. Documentary credits, of which such standby letters of credit are a variety, are agreements, however named or described, whereby a bank, acting at the request and in accordance with the instructions of a customer, pays, or accepts or negotiates drafts, against stipulated documents, provided that the terms and conditions of the credit are complied with. The credit is legally separate from the underlying transaction with which those terms and conditions are related.

Increasingly, documentary credits are used to guarantee the performance or non-performance of a party, rather than to facilitate and guarantee payment of current shipping.

Documentary credits must be distinguished from the notion of caution, as it does not depend, or is ancillary to, a valid agreement. The documentary credit is independent from such underlying agreement, and issues arising from such underlying agreement may not be used in the documentary credit proceedings. This is not to say that the documentary credit lacks consideration or a cause. It is, however, legally separate from such consideration or cause.

The standby letter of credit must also be distinguished from the first demand guarantee. The instruments are, however, strikingly similar in their effect. The bank may under neither instrument refuse to pay because of problems arising out of the underlying agreement, even if such agreement is allegedly null and void, unless there is proven fraud by the beneficiary in his relationship with the bank. But the standby letter of credit is a documentary credit under the *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* (U.C.P.) issued by the *International Chamber of Commerce*. As such, it must fulfill certain requirements and, consequently, certain U.C.P. provisions become applicable. The standby letter of credit is now explicitly incorporated in the U.C.P. (1983) revision.

The standby letter of credit will continue to create problems for bankers and their clients, if the documentary character of the credit is abused or neglected, for example, by requiring mere statements from the beneficiary in order to draw on the credit. A distinction can be made in regard to documentary requirements between those that must be fulfilled by the beneficiary alone, those that are to be fulfilled by a third party, and those that are to be fulfilled by the beneficiary together with such third party. It is in the first category that trouble may be expected, in particular in relation to a so-called „unfair” call on the credit.

The standby letter of credit's use and its inherent problems guarantee lawyers work for years to come.

ZUSAMMENFASSUNG

DER DOKUMENTARKREDIT ALS HAFTUNG: DER REISEKREDITBRIEF

Die Menge der Reisekreditbriefe hat in den letzten Jahren schnell zugenommen. Der Dokumentarkredit, wozu diese Reisekreditbriefe gehören, ist eine Vereinbarung, unter einer jeweiligen Bezeichnung oder Beschreibung, bei der eine Bank im Auftrag eines Kunden und seinen Wünschen entsprechend, gegen vorgeschriebene Dokumente Wechsel ausbezahlt, akzeptiert oder begibt, vorausgesetzt, dass die Bestimmungen und Bedingungen des Kredits erfüllt werden. Der Kredit ist gesetzlich von der unterliegenden mit diesen Bestimmungen und Bedingungen verbundenen Transaktion getrennt.

In Zunehmenden Masse werden die Dokumentarwechsel verwendet, um für die Ausführung einer Partie zu haften, mehr als um die Bezahlung der durchschnittlichen Verschiffung zu erleichtern oder zu garantieren.

Der Dokumentarkredit unterscheidet sich vom Begriff der Haftung, indem letztere nicht von einer gültigen Vereinbarung abhängig ist oder dieser untergeordnet ist. Der Dokumentarkredit ist von solcher unterliegenden Vereinbarung unabhängig, und Bestimmungen die aus solcher unterliegenden Vereinbarung hervorgehen, dürfen in den Verfahren hinsichtlich des Dokumentarkredits nicht verwendet werden. Dies bedeutet nicht, dass es dem Dokumentarkredit an einer Entgeltung oder an einer Sache fehlt. Es ist allerdings gesetzlich von einer solchen Entgeltung oder Sache getrennt.

Der Reisekreditbrief unterscheidet sich weiter von der Garantie zur ersten Forderung. Die Instrumente sind allerdings in ihrer Auswirkung sehr ähnlich. Unter keinem von beiden Instrumenten darf die Bank, wegen Probleme die aus dieser unterliegenden Vereinbarung hervorgehen, die Auszahlung verweigern, sogar wenn eine solche Vereinbarung sogenannten null und nichtig ist, es sei denn, dass es für die Defraudation durch den Beteiligten in seiner Beziehung zur Bank Belege gibt. Der Reisekreditbrief ist aber ein Dokumentarkredit unter den *Einheitlichen Brauchtümern und Praktiken für Dokumentarkredit* (U.C.P.) vom *Internationalen Handelskammer* herausgegeben. Als solcher muss er gewisse Forderungen erfüllen und demgemäss werden manche U.C.P.-Bestimmungen anwendbar. Der Reisekreditbrief ist jetzt ausdrücklich in die U.C.P.-Reform (1983) aufgenommen.

Der Reisekreditbrief wird für Bankiers und deren Kunden weitere Probleme schaffen, wenn der Dokumentarcharakter des Kredits missbraucht oder vernachlässigt wird, etwa wenn bloss eine Ausgabe des Beteiligten genügt um den Kredit aufzunehmen. Hinsichtlich der dokumentaren Erfordernisse muss zwischen solchen die nur von dem Beteiligten, solchen die von einem Dritten, und denen die sowohl vom Beteiligten wie von einem Dritten erfüllt werden müssen, ein Unterscheid gemacht werden. In der ersten Kategorie können sich Schwierigkeiten ergeben, besonders in Bezug auf eine sogenannte unehrliche Kreditaufnahme.

Der Gebrauch des Reisekreditbriefs und die inherenten Probleme werden den Rechtsanwälten noch viele Jahre lang Arbeit verschaffen.