

(Available with by Advising Bank by Def. Payment, of, vrij vertaald: “Beschikbaar bij de adviserende bank bij uitgestelde betaling”). Aangezien de plaats van uitvoering van de verbintenis van IntesaBci de zetel van de KBC Bank te Brussel is, beschikken de Belgische rechtbanken over internationale rechtsmacht om over het geschil de oordelen, voor zover het op het documentair krediet toepasselijk recht zich daartegen niet verzet.

Krachtens artikel 3.1 van het EVO wordt een overeenkomst beheerst door het recht dat partijen hebben gekozen. Uit het documentair krediet dat voorligt blijkt geen rechtskeuze. Bij gebreke daarvan wordt de overeenkomst krachtens artikel 4.1 van het EVO beheerst door het recht van het land, waarmee zij het nauwst verbonden is. In artikel 4.2 wordt bepaald dat de overeenkomst het nauwst verbonden is met het land waar de partij die de kenmerkende prestatie moet leveren, haar gewone verblijfplaats of hoofdbestuur heeft op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst. Inzake bankcontracten levert de bank de meest kenmerkende prestatie (cf. H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER, *Europese IPR-Verdragen*, p. 226). In het voorliggende geval was IntesaBci de kredietopenende bank die de documenten verifieerde en op grond daarvan al dan niet tot aanvaarding en betaling overging. De NV KBC Bank was louter adviserende bank. De toepasselijke wet op de verhouding tussen IntesaBci en Cortina is dan ook deze van het land waar het hoofdbestuur van IntesaBci gevestigd is, namelijk Italië (cf. R. STEENNOOT, *a.w.*, nr. 42, p. 215). Het Italiaans recht verbiedt niet de plaats van uitvoering in de kredietbrief te bepalen, zodat de Belgische rechtbanken over rechtsmacht beschikken om kennis te nemen van de vordering van Cortina tegen IntesaBci op grond van artikel 5.1.EEX-Verdrag.

De door IntesaBci vóór elk ander verweer opgeworpen “exceptie van onbevoegdheid” was, zoals hoger gesteld, een “exceptie van internationale rechtsmacht”. IntesaBci heeft niet voorgehouden dat een andere Belgische rechtbank dan de rechtbank van koophandel te Oudenaarde bevoegd was. Zij stelde dat Cortina zich naar de rechtbank van haar “woonplaats” diende “te begeven zo zij betaling wenst te bekomen van de gevorderde bedragen”.

Aangezien geen exceptie van territoriale onbevoegdheid werd ingeroepen en de regels inzake territoriale bevoegdheid niet van openbare orde zijn, beschikt de rechtbank van koophandel te Oudenaarde niet enkel over internationale rechtsmacht maar was zij ook territoriaal bevoegd om over de vordering ten aanzien van IntesaBci te oordelen.

Het bestreden vonnis wordt, wat de rechtsmacht en bevoegdheid betreft, bevestigd, zij het op andere gronden, en het incidenteel hoger beroep van IntesaBci ter zake wordt afgewezen.

(...)

Om deze redenen,

Het hof,

Rechtdoende op tegenspraak,

(...)

Verklaart het hoger beroep en het incidenteel hoger beroep ontvankelijk;

Verklaart het hoger beroep van de naamloze vennootschap Cortina gedeeltelijk gegrond en het incidenteel hoger beroep van IntesaBci ongegrond;

(...)

Noot

Documentair krediet: internationale bevoegdheid en toepasselijk recht

Gert Cauwenbergh

I. INTERNATIONALE BEVOEGDHEID

A. Toepassing artikel 5.1 van het EEX-Verdrag inzake documentaire kredieten

In bovenstaande arrest wordt toepassing gemaakt van het verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke

bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (het EEX-Verdrag), zoals gewijzigd door het Verdrag van San Sebastián van 26 mei 1989, daar IntesaBci haar zetel heeft binnen een lidstaat van dit verdrag¹. Aangezien Iodice de internationale bevoegd-

¹ Dit verdrag werd vanaf 1 maart 2002, met uitzondering van Denemarken, weliswaar vervangen door de verordening (EG) 44/2001 van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (“Brussel-I verordening”). Deze verordening is, wat de regels inzake de rechterlijke bevoegdheid betreft, slechts van toepassing op de rechtsvorderingen die zijn ingesteld na haar inwerkingtreding (art. 66.1 Brussel-I verordening). Daar de NV Cortina haar vordering voor de rechtbank van koophandel te Oudenaarde ingesteld heeft vóór 1 maart 2002 diende het EEX-Verdrag nog toegepast te worden.

heid niet betwist, dient deze voor hem niet onderzocht te worden².

De NV Cortina beroept zich op artikel 5.1 van het EEX-Verdrag om de verweerders, in afwijking van de algemene regel³, voor de Belgische rechtbanken te dagen. Ingevolge dit artikel kan een verweerder die woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende staat, ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst, opgeroepen worden voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd.

1. Verbintenissen uit overeenkomst

Opdat artikel 5.1 van het EEX-Verdrag van toepassing zou zijn, dient de verhouding tussen de begunstigde en de kredietopenende bank als een verbintenis uit overeenkomst gekwalificeerd te worden. Met betrekking tot deze kwalificatie oordeelde het Hof van Justitie meermaals dat het begrip “verbintenis uit overeenkomst” autonoom dient te worden geïnterpreteerd⁴. Het Hof van Justitie interpreteerde dit begrip als zijnde van toepassing wanneer er sprake is van verhoudingen die van dezelfde aard zijn als deze tussen contractpartijen, en van een zekere rechtstreekse verbintenis⁵.

De kwalificatie van de verhouding tussen de kredietopenende bank en de begunstigde als een verbintenis uit overeenkomst werd reeds in België⁶ en in andere lidstaten⁷ al geruime tijd aanvaard. Het onderhavige arrest bevestigt deze tendens.

2. De verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt

In het gros van de gevallen zal een geschil over het documentair krediet inhouden dat de begunstigde de betaling vor-

dert van de bank onder het documentair krediet. In het algemeen wordt er aangenomen dat het de betalingsverbintenis is die aan de vordering ten grondslag ligt in zulk geval⁸.

Zou er echter niet geargumenteed kunnen worden dat het onderzoeken en aanvaarden van de documenten de hoofdverbintenis is waaruit de betaling (en daarom bijkomstig) voortvloeit⁹? Het Hof van Justitie oordeelde namelijk dat, indien er verschillende verbintenissen aan de vordering ten grondslag liggen, het principe *accessorium sequitur principale* van toepassing is¹⁰. Deze argumentatie heeft als voordeel dat in sommige gevallen vermeden wordt dat de rechtbanken van een land bevoegd zouden zijn, die buiten het feit dat de betaling in hun land plaatsvindt geen enkele andere band met het geschil zouden hebben¹¹.

3. Plaats van uitvoering

Wanneer de plaats van uitvoering van de verbintenis (die aan de eis ten grondslag ligt) aangewezen is krachtens een contractuele clause, die volgens het nationaal recht dat de overeenkomst beheerst geldig is, kan ingevolge artikel 5.1 van het EEX-Verdrag het gerecht van deze plaats kennis nemen van het geschil¹². In casu stelde de kredietbrief het krediet beschikbaar bij de adviserende bank in België door middel van uitgestelde betaling¹³.

De kredietbrief kan ook de plaats van betaling overlaten aan de keuze (instructies) van de begunstigde¹⁴. In zulk geval zal er dan sprake zijn van een “vlottende” plaats van uitvoering. Dit heeft tot gevolg dat de begunstigde, door de keuze van de plaats van betaling, de mogelijkheid zal hebben om de bevoegde rechtbanken te selecteren indien er niet betaald wordt¹⁵.

² De internationale bevoegdheid met betrekking tot Iodice is gebaseerd op zijn vrijwillige verschijning. Dit vloeit in casu voort uit art. 18 EEX-Verdrag (art. 24 Brussel-I verordening).

³ Art. 2 EEX-Verdrag, dat stelt dat de rechter van de woonplaats van de verweerder internationaal bevoegd is.

⁴ H.v.J. 22 maart 1983, zaak 34/82, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH/Zuidnederlandse Aannemersvereniging*, *Jur. H.v.J.* 1983, 987; H.v.J. 8 maart 1988, zaak 9/87, *Arcado PVBA/Haviland SA*, *Jur. H.v.J.* 1988, 1539; H.v.J. 17 juni 1992, zaak 26/91, *Société Jakob Handte en Cie GmbH Maschinenfabrik/Société traitements mécano-chimiques des surfaces (TMCS)*, *Jur. H.v.J.* 1992, 3990; H.v.J. 27 oktober 1998, zaak 51/97, *Réunion européenne SA/Splithoff's Bevrachterskantoor BV*, *Jur. H.v.J.* 1998, 1-6511.

⁵ H.v.J. 22 maart 1983, zaak 34/82, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH/Zuidnederlandse Aannemersvereniging*, *Jur. H.v.J.* 1983, 987.

⁶ Kh. Antwerpen 29 juni 1994, *T.B.H.* 1994, 431, met noot M. CLAEYS; Gent (7^e Kamer) 8 januari 1998, *A.J.T.* 1998-99, 919-921, met noot R. STEENNOT.

⁷ Zie R. STEENNOT, “Internationale privaatrechtelijke problemen bij documentair krediet”, *T. Bank. Fin.* 1999, 210, nr. 13 en de aangehaalde referentie in voetnoot.

⁸ In onderhavig arrest wordt deze stelling eveneens impliciet gevolgd.

⁹ Deze argumentatie werd ontwikkeld in *Chailease Finance Corporation/Credit Agricole Indosuez*, Court of Appeal [2001] 1 Loyd's Rep, 348. Ze werd niet aanvaard.

¹⁰ H.v.J. 15 januari 1987, zaak 266/85, *H. Shenavai/H. Kreischer*, *Jur. H.v.J.* 1987, 256, par. 19; Kh. Brussel 29 maart 1988, *T.B.H.* 1990, 800, met noot F. PETILLION.

¹¹ Het Hof van Justitie oordeelde echter: “De plaats van uitvoering van de verbintenis die aan de vordering in rechte ten grondslag ligt, is in artikel 5 sub 1 van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken als bevoegdheids criterium gekozen omdat het nauwkeurig en duidelijk is en daardoor past in de algemene doelstelling van het Executieverdrag, regels te stellen die zekerheid geven over de bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende nationale gerechten waarbij een geschil inzake verbintenissen uit overeenkomst kan worden aangebracht. Op grond van dit criterium kan de verweerder worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd, zelfs indien het aldus aangewezen gerecht niet hetgene is dat de nauwste band heeft met het geschil.” (H.v.J. 29 juni 1994, zaak 288/92, *Custom Made Commercial Ltd./Stawa Metallbau GmbH*, *Jur. H.v.J.* 1994, 2913).

¹² H.v.J. 17 januari 1980, zaak 56/79, *Zelger/Salintri*, *Jur. H.v.J.* 1980, 89.

¹³ Available with by Advising Bank by Def. payment.

¹⁴ Cf. *Chailease Finance Corporation/Credit Agricole Indosuez*, Court of Appeal [2000] 1 Loyd's Rep, 348-358.

¹⁵ Onder voorbehoud van geldigheid volgens de *lex contractus*.

De vraag kan hier gesteld worden of dergelijke clause niet op gespannen voet staat met de bevindingen van het Hof van Justitie in *Mainschiffahrts*, waarin het oordeelde dat een contractuele clause die een andere plaats van uitvoering bepaalt dan dewelke onder de *lex contractus* van toepassing zou zijn niet rechtsgeldig is, wanneer deze clause met het enkele doel de bevoegde rechter aan te wijzen een plaats van uitvoering bepaalt die geen enkele reël verband houdt met de inhoud van het contract en waar de uit het contract voortvloeiende verbintenissen volgens de bewoordingen van het contract niet uitgevoerd kunnen worden¹⁶. Daar de begunstigde volgens het contract echter gerechtigd is te kiezen waar hij de betaling wenst te ontvangen – en indien alles goed verloopt daar ook de betaling zal ontvangen – beoogt deze clause méér dan *enkel* de rechtbanken van een bepaalde plaats bevoegd te maken gebruikmakend van een “schijnbare” plaats van uitvoering¹⁷.

In de praktijk zal de kredietbrief de plaats vermelden waar de verkoper de documenten moet aanbieden en waar hij betaling kan bekomen¹⁸. Indien de plaats van uitvoering van de verbintenis echter niet aangewezen is, moet de rechtbank krachtens haar eigen verwijzingsregels bepalen welke wet de verbintenis in kwestie beheerst. In toepassing van deze wet stelt de rechtbank dan de plaats van uitvoering vast¹⁹. Het principe van haalbaarheid van schulden dan wel de draagbaarheid van schulden zal hier spelen²⁰.

B. Situatie volgens de Brussel-I verordening

Daar in het onderhavige arrest de vordering was ingeleid vóór 1 maart 2002 diende het EEX-Verdrag nog toegepast te worden. De vraag kan hier gesteld worden of de toepassing van artikel 5.1 van de Brussel-I verordening tot hetzelfde resultaat zou geleid hebben. Het nieuwe artikel 5.1, a van de Brussel-I verordening heeft weliswaar de basisregel uit artikel 5.1 van het EEX-Verdrag weerhouden. Artikel 5.1, b

heeft dan “de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is of wordt uitgevoerd voor twee gevallen (duidelijk) omschreven.”²¹.

Voor de verkoop van goederen is dit de plaats in een lidstaat waar de zaken volgens de overeenkomst geleverd werden of geleverd hadden moeten worden. Voor de verstrekking van diensten betreft het de plaats in een lidstaat waar de diensten volgens de overeenkomst verstrekt werden of verstrekt hadden moeten worden.

De eerste situatie zal op het documentair krediet op zich niet van toepassing zijn. Hoewel de onderliggende relatie vaak – en ook in het onderhavige arrest – een verkoop van goederen betreft, is het een vaststaand principe dat de betalingsverbintenis die voortvloeit uit het documentair krediet onafhankelijk bestaat van de onderliggende overeenkomst²².

De tweede situatie betreft het verstrekken van diensten. Hier dient onderzocht te worden of het documentair krediet beschouwd kan worden als het verstrekken van diensten in de zin van het nieuwe artikel 5.1, b van de Brussel-I verordening. Het staat vast dat het begrip diensten een autonome invulling dient te krijgen²³. Onder het EEX-Verdrag kregen de meeste begrippen eveneens een autonome invulling²⁴. Het Hof van Justitie dient dus te oordelen welke overeenkomsten al dan niet als dienst moeten gekwalificeerd worden.

Als maatstaf voor het begrip diensten kan er inspiratie gevonden worden in het EG-Verdrag²⁵. Er dient echter wel abstractie gemaakt te worden van verzekeringszaken, consumentenovereenkomsten en individuele verbintenissen uit overeenkomsten die apart worden behandeld onder de Brussel-I verordening, alsook van alle diensten die onderworpen zijn aan de exclusieve bevoegdheid (art. 22 Brussel-I verordening)²⁶. Ook volgens Briggs en Rees zou het documentair krediet eventueel als een dienst kunnen gekwalificeerd worden²⁷.

¹⁶. H.v.J. 20 februari 1997, zaak 106/95, *Mainschiffahrts-Genossenschaft/Les Gravières Rhéanes Sarl*, *Jur. H.v.J.* 1997, I-932, par. 31.

¹⁷. *Cf. Chailease Finance Corporation/Credit Agricole Indosuez*, Court of Appeal [2000] 1 Lloyd's Rep, 357, nrs. 43-44.

¹⁸. B. DE VUYST en G. MEYER, *Documentaire kredieten*, A.P.R. 2003, 26, nr. 61.

¹⁹. H.v.J. 6 oktober 1976, *Tessili Italiana Como/Dunlop AG*, *Jur. H.v.J.* 1976, 1473.

²⁰. B. DE VUYST en G. MEYER, *Documentaire kredieten*, A.P.R. 2003, 26-27, nrs. 65-66. Indien de plaats van betaling niet gestipuleerd is in een overeenkomst, zal de betaling naar Belgisch recht plaatsvinden bij de schuldenaar (haalbaarheid van schulden). Naar Nederlands recht daarentegen zal de betaling plaatsvinden bij de schuldeiser, tenzij uit de wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat op een andere plaats moet of mag worden betaald (draagbaarheid van schulden).

²¹. Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Voorstel voor een Verordening (EG) van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken*, COM(1999) 348 def, p 14. Eigen toevoeging haakjes.

²². A. BRIGGS en P. REES, *Civil jurisdiction and judgements*, London, LLP, p. 132-133; art. 3 en 4 UCP; Kh. Antwerpen 29 juni 1994, *T.B.H.* 1994, 433, met noot M. CLAEYS.

²³. G.E. SCHMIDT, “De EEX-Verordening: de volgende stap in het Europese procesrecht”, *N.I.P.R.* 2001, 156; H. GAUDEMET-TALLON *COMPÉTENCE ET EXÉCUTION DES JUGEMENTS EN EUROPE: RÉGLEMENT N° 44/2001 CONVENTIONS DE BRUXELLES ET DE LUGANO*, Paris, LDGJ, p. 148.

²⁴. Een zeldzame uitzondering is het hoger vermelde arrest: *Tessili Italiana Como/Dunlop AG*.

²⁵. I. COUWENBERG en M. PERTEGÁS SENDER, “Recente ontwikkelingen in het Europees bevoegdheids- en executierecht”, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER (reds.), *Het nieuwe Europese IPR: van Verdrag naar Verordening*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, p. 50; C. ROMMELAERE, “De internationale bevoegdheid inzake verbintenissen uit overeenkomst”, *T.B.H.* 2003, 109.

²⁶. C. ROMMELAERE, “De internationale bevoegdheid inzake verbintenissen uit overeenkomst”, *T.B.H.* 2003, 109.

²⁷. A. BRIGGS en P. REES, *Civil jurisdiction and judgements*, London, LLP, p. 133. Verwijzend naar *Chailease Finance Corporation/Credit Agricole Indosuez*, Court of Appeal [2000] 1 Lloyd's Rep, 348.

Indien het documentair krediet beschouwd wordt als het verstrekken van diensten stelt zich een bijkomend probleem met betrekking tot de interpretatie van het toepasselijke vermoeden.

Wanneer in de overeenkomst de plaats van verstrekking van de dienst niet bepaald is, zijn er twee verschillende opvattingen. Enerzijds wordt er geponereerd dat in zulk geval de plaats van verstrekking van de dienst bepaald wordt volgens de *lex contractus*. Anderzijds wordt er gesteld dat bij gebrek aan een afspraak omtrent deze plaats er teruggevallen moet worden op artikel 5.1, a van de Brussel-I verordening²⁸. In het eerste geval zal er een concentratie van geschillen plaatsvinden bij de bevoegde rechter, in het tweede geval zal de uitkomst dezelfde zijn als onder artikel 5.1 van het EEX-Verdrag²⁹.

Indien in de overeenkomst de plaats van verstrekking van diensten wel bepaald is, zal ingevolge artikel 5.1, b van de Brussel-I verordening de rechtbank van deze plaats bevoegd zijn. Ook hier heerst er verwarring. Volgens bepaalde auteurs en rechtspraak, wordt artikel 5.1, b van de Brussel-I verordening buiten werking gesteld wanneer in de overeenkomst de betwiste plaats van uitvoering van de verbintenis bepaald is³⁰. Zij leiden deze stelling af uit de bewoordingen “tenzij anders is overeengekomen” in artikel 5.1, b van de Brussel-I verordening. Artikel 5.1, a van de Brussel-I verordening zal hier dan toepassing vinden en bijgevolg tot dezelfde uitkomst als onder het EEX-Verdrag leiden. Andere

auteurs daarentegen delen deze mening niet. Indien de plaats bepaald is waar de diensten verstrekt worden, dan kan een andere bepaling die bijkomend de plaats van betaling vastlegt moeilijk geïnterpreteerd worden als “anders overeengekomen”³¹.

Ten slotte stelt zich de vraag naar welke “dienst” men precies moet kijken indien meerdere “diensten” de verstrekking van een dienst uitmaken, zoals bij het documentair krediet onvermijdelijk het geval zal zijn. Indien de kredietbrief bepaalt waar de betaling zal geschieden, is dit dan voldoende om aan te nemen dat de verstrekking van de dienst bepaald is in de overeenkomst? Wat indien enkel bepaald is waar de documenten moeten gepresenteerd worden en de plaats van betaling overgelaten wordt aan de keuze van de begunstigde?

C. Situatie volgens Wetboek IPR

Volledigheidshalve verwijzen we hier naar het artikel 96 van het Wetboek IPR (oud art. 635, 3° Ger.W.) dat van toepassing is als de verweerder zijn domicilie niet heeft in de Europese Unie, Noorwegen, IJsland of Zwitserland. Dit artikel stelt dat de Belgische rechtbanken bevoegd zijn om kennis te nemen van vorderingen aangaande een contractuele verbintenis indien deze in België is ontstaan of indien deze in België wordt uitgevoerd of in België moet worden uitgevoerd³².

II. TOEPASSELIJK RECHT

Zowel wanneer de plaats van uitvoering in de kredietbrief bepaald is als wanneer dit niet het geval is, dient nagegaan te worden welk nationaal rechtstelsel van toepassing is op de kredietbrief. De toepasselijke verwijzingsregels vinden we terug in het Verdrag van Rome d.d. 19 juni 1980 inzake het toepasselijk recht op verbintenissen uit overeenkomst (hierna het “EVO” genoemd). Volgens vaststaande rechtspraak dient de verbintenis van de kredietopenende bank

tegenover de begunstigde te worden beschouwd als een verbintenis uit overeenkomst in de zin van artikel 1 van het EVO³³.

Bij gebrek aan een rechtskeuze wordt een overeenkomst beheerst door het recht van het land, waarmee ze het nauwst verbonden is³⁴. In artikel 4.2 van het EVO wordt bepaald (lees: vermoed) dat de overeenkomst het nauwst verbonden is met het land waar de partij die de kenmerkende prestatie

²⁸ Enerzijds, G.E. SCHMIDT, “De EEX-Verordening: de volgende stap in het Europese procesrecht”, *N.I.P.R.* 2001, 155; P. VLAS, “Stoeien met verbintenissen, worstelen met art. 5 sub 1 EEX-Verordening”, *WPNR* 2002, 302; C. ROMMELAERE, “De internationale bevoegdheid inzake verbintenissen uit overeenkomst”, *T.B.H.* 2003, 109. Anderzijds, I. COUWENBERG en M.P. SENDER, “Recente ontwikkelingen in het Europees bevoegdheids- en executierecht”, in H. VAN HOUTTE en M.P. SENDER (reds.), *Het nieuwe Europese IPR: van Verdrag naar Verordening*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, p. 50; P. VLAS, “Herziening EEX: van verdrag naar verordening”, *WPNR* 2000, 748-750.

²⁹ P. VLAS, “Stoeien met verbintenissen, worstelen met art. 5 sub 1 EEX-Verordening”, *WPNR* 2002, 302.

³⁰ H. VAN HOUTTE, “Bevoegdheid”, *T.B.H.* 2002, 595 met verwijzing naar 2 vonnissen Kh. Hasselt 15 mei 2002, A.R. 02/1058 en 02/1132; K. VANDERKERCKHOVE, “Internationale koopovereenkomsten”, *Themis* 10, *Internationaal handelsrecht en arbitrage*, p. 11, nr. 12; C. ROMMELAERE, “De internationale bevoegdheid inzake verbintenissen uit overeenkomst”, *T.B.H.* 2003, 109; Kh. Kortrijk 8 december 2004, A.R. 5491/2003 (<http://www.euprocedure.be>).

³¹ A. BRIGGS en P. REES, *Civil jurisdiction and judgements*, London, LLP, p. 131; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe: règlement n° 44-2001: conventions de Bruxelles et de Lugano*, Paris, LGDJ, p. 160-161; Kh. Hasselt 24 november 2004, A.R. 04/4426 (www.euprocedure.be).

³² Het tweede deel van dit artikel is hetzelfde als het EEX-Verdrag.

³³ Kh. Antwerpen 29 juni 1994, *T.B.H.* 1994, 431, met noot M. CLAEYS; Gent (7^e Kamer) 8 januari 1998, *A.J.T.* 1998-99, 919-921, met noot R. STEENNOT; *Bank of Baroda/Vysya Bank* [1994] 2 *Lloyd's Rep* 87.

³⁴ Art. 4, 1 EVO.

moet leveren, haar hoofdvestiging heeft op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst³⁵.

Algemeen wordt aangenomen dat de kenmerkende prestatie inzake bankcontracten door de bank wordt geleverd³⁶. Deze regel is echter moeilijk onverkort toe te passen, daar er in de praktijk veelvuldig gebruik gemaakt wordt van een adviseerende of een confirmerende bank die tussenkomt. Deze tussenkomende bank zal vaak gevestigd zijn in het land van de verkoper.

Met betrekking tot de tussenkomst van een adviseerende bank kunnen we twee verschillende situaties onderscheiden³⁷. In de eerste situatie is de rol van de adviseerende bank beperkt tot het meedelen van de kredietbrief aan de begunstigde en het in ontvangst nemen van de documenten ter presentatie bij de bank die het krediet heeft geopend (minimalistische input). In de tweede situatie treedt de bank op als *paying agent*. Dit houdt in dat de adviseerende bank gerechtigd is de documenten te aanvaarden of te verwerpen en de betaling te verrichten. De adviseerende bank treedt zo op als lasthebber van de kredietopenende bank (maximalistische input).

In de eerste situatie is het de kredietopenende bank die de kenmerkende prestatie levert, namelijk de documenten aanvaarden of verwerpen. De minimalistische tussenkomst van de adviseerende bank is niet van die aard om het vermoeden van artikel 4.2 EVO buiten spel te zetten. Dit is wat het hof van beroep bedoelde door te stellen dat de NV KBC Bank *louter* de adviseerende bank was.

In de tweede situatie is de input van de adviseerende bank echter significanter. Hoewel Caprioli³⁸ stelt dat de kenmerkende bankprestatie in deze situatie geleverd wordt door de kredietopenende bank, kan het vermoeden van artikel 4.2 EVO hier niet meer onverkort spelen. Daar de adviseerende bank de documenten aanvaardt of verwerpt en tot betaling overgaat, zou er geoordeeld kunnen worden dat de overeen-

komst namelijk nauwer verbonden is met een ander land. Ingevolge artikel 4.5 *juncto* artikel 4.1 EVO dient dan het recht van dat land toegepast te worden op de overeenkomst.

Deze vaststelling heeft als belangrijkste voordeel dat de bank die als eerste de documenten moet onderzoeken, dit onderzoek kan uitvoeren volgens de eigen wet³⁹. Tevens kan men op deze manier rekening houden met de sociaal-economische functie van het documentair krediet⁴⁰. Een laatste voordeel is dat er zo tegemoet wordt gekomen aan de doelstelling van het documentair krediet: de begunstigde zekerheid verschaffen met betrekking tot betaling. Die zekerheid wordt echter ondermijnd wanneer het documentair krediet wordt beheerst door een vreemde wet⁴¹.

Deze laatste stelling dient echter te worden genuanceerd. De toepassing van het nationaal recht van de begunstigde zal niet noodzakelijk meer zekerheid tot betaling bieden. In landen waar men het principe van de haalbaarheid van schulden hanteert, kan de toepassing van het eigen recht ertoe leiden dat men door de wisselwerking met artikel 5.1 van het EEX-Verdrag in een vreemd forum terecht komt (*cf. supra*). Andere procedureregels of een tragere proceseconomie kunnen er dan toe leiden dat de toepassing van het eigen recht maar een Pyrrusoverwinning is.

In het kader van het voorstel tot omzetting van het EVO in een Europese verordening, duiken er voorstellen op om het vermoeden dat voortvloeit uit artikel 4.2 EVO sterker te maken. Artikel 4.5 EVO zou enkel nog toepassing mogen vinden wanneer de overeenkomst *substantieel* nauwer verbonden is met een ander land en er geen significante connectie is tussen de overeenkomst en het land zoals van toepassing onder artikel 4.2. EVO⁴². Dit zou ertoe kunnen leiden dat in de hierboven beschreven tweede situatie er minder gemakkelijk zal overgegaan worden tot het toepassen van het recht van de adviseerende bank.

III. BESLUIT

In onderhavig arrest wordt artikel 5.1 van het EEX-Verdrag toegepast op het documentair krediet. Het arrest toont aan dat deze bepaling, met behulp van rechtspraak, tot duidelijke oplossingen kan leiden betreffende het documentair krediet. Enig punt van kritiek schuilt evenwel in de vraag of de Itali-

aanse rechtbanken niet een nauwere band hadden met het geschil, aangezien de tussenkomst van de adviseerende bank niet significant genoeg was. Om enigszins aan deze algemene kritiek op artikel 5.1 van het EEX-Verdrag tegemoet te komen heeft men in artikel 5.1 van de Brussel-I verordening

³⁵. Daar de overeenkomst (het documentair krediet) evenwel altijd gesloten zal worden in de uitoefening of het bedrijf van de partij die de kenmerkende prestatie verricht dient de relevante aanknopingsfactor niet in de eerste zin van art. 4.2 gezocht te worden, maar in de tweede zin.

³⁶. H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER, *Europese IPR-Verdragen*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1997, 226.

³⁷. R. STEENNOT, "Internationale privaatrechtelijke problemen bij documentair krediet", *T. Bank. Fin.* 1999, 208-209, nr. 6.

³⁸. E. CAPRIOLI, "La loi applicable aux contrats de crédits documentaires, approche de droit comparé", *R.D.A.I.* 1991, 937-938.

³⁹. R. STEENNOT, "Internationale privaatrechtelijke problemen bij documentair krediet", *T. Bank. Fin.* 1999, 215, nr. 45.

⁴⁰. R. STEENNOT, "Internationale privaatrechtelijke problemen bij documentair krediet", *T. Bank. Fin.* 1999, 215, nr. 45; zie ook in die zin C.G.J. MORSE, "Letters of credit and the Rome Convention", *LMCLQ* [1994] 569.

⁴¹. R. STEENNOT, "Internationale privaatrechtelijke problemen bij documentair krediet", *T. Bank. Fin.* 1999, 215, nr. 45.

⁴². Commission of the European Communities, *Greenpaper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation*, COM(2002) 654 final, p. 26-27.

vermoedens ingevoerd, die inzake de verkoop van goederen en de levering van diensten de plaats bepalen waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd.

De toepassing van het vermoeden met betrekking tot het leveren van diensten op het documentair krediet zou in bepaalde gevallen de hierboven geformuleerde kritiek kunnen neutraliseren. Momenteel stellen zich er evenwel een aantal vragen met betrekking tot de eventuele toepassing van artikel 5.1 Brussel-I verordening op het documentair krediet. De duidelijkheid van de bepalingen van het EEX-Verdrag, die volgens het Hof van Justitie in de zaak *Custom Made Commercial* diende te primeren, heeft met betrekking artikel 5.1 Brussel-I verordening plaats moeten ruimen voor rechtsonzekerheid. Duidelijkheid is een principe dat hoog in het

vaandel gedragen wordt wanneer men dagelijks omgaat met miljoenen euro's, zoals met documentaire kredieten het geval is. Het zal helaas wachten zijn op de eerste arresten van het Hof van Justitie alvorens de duidelijkheid weerkeert.

Met betrekking tot het toepasselijk recht kan er in het algemeen gesteld worden dat het recht van het land waar de kredietopenende bank gevestigd is de relaties tussen de partijen zal beheersen. Indien de tussenkomst van de adviserende bank tot een minimum beperkt is zal bovenstaande regel eveneens onverkort gelden. Wanneer de adviserende bank echter optreedt als *paying agent* zal het recht van het land waar de adviserende bank gevestigd is, dienen toegepast te worden. Echter, rekening houdend met de voorgestelde wijzigingen aan EVO zou dit laatste in de toekomst mogelijkwijze kunnen veranderen.