

## Noot

### *De bevoegde rechter bij een documentair krediet met aangewezen bank*

#### Samenvatting van de feiten:

Er werd een documentair krediet geopend door een bank van Azerbeidzjan (Postbank) in opdracht van AZ Telecom; Fimbank wordt gevraagd om het krediet te confirmeren en Fortis wordt aangesteld als aangewezen bank; het documentaire krediet is ten gunste van Alcatel Turkije.

Het documentaire krediet is onderworpen aan de Regels en Usances inzake documentaire kredieten van de Internationale Kamer van Koophandel van Parijs, versie 500.

De betalingsvoorwaarden zijn: 10% op zicht (bij aflevering van conforme documenten), 40% 180 dagen na opening van het krediet en 50% 360 dagen na opening. Er zijn 9 leveringen voorzien, dus 9 facturen. Er worden telkens afwijkingen vastgesteld in de documenten. Kort samengevat komt het erop neer dat Fimbank de afwijkingen aanvaardt en de 10% en ook de 40% telkens betaalt, maar dat ze voor de laatste 50% plots wel weer de afwijkingen inroept om niet meer te betalen aan Fortis, die wel alle 100% betaald heeft aan de begunstigde. De vermoedelijke reden daarvoor is dat het ondertussen niet goed gaat met de kredietopenende bank, Postbank en Fimbank gemerkt heeft dat ze het ontbrekende geld niet betaald krijgt van Postbank.

In eerste aanleg, bij de rechtbank van koophandel te Brussel, op 2 juli 2008, werd besloten tot de veroordeling van Fimbank tot het betalen van de ontbrekende gelden aan Fortis, verhoogd met de toepasselijke interesten.

Fimbank gaat in beroep, betwist de beslissing van de rechtbank, maar roept ook de onbevoegdheid in van de Belgische rechter.

Fimbank beroept zich daarvoor op de verordening nr. 44/2001 van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

Deze verordening is ook gekend als de Brussel I-Verordening en vervangt sedert 1 maart 2002 het zogenaamde Europees executieverdrag of het verdrag van Brussel van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (het EEX).

Brussel I werd ondertussen aangepast en vanaf 10 januari 2015 zal de verordening nr. 1215/2012 in werking treden die al gekend is als Brussel *Ibis*.

Beiden bevatten een artikel 2, volgens hetwelk de bevoegdheid rust bij de rechtbank van de verweerder. Dit

is de algemene bevoegdheidsregel. Ze bevatten ook een artikel 5 dat specifieke bevoegdheden aanduidt o.a. bij overeenkomsten nl. de rechtbank van de plaats waar de verbintenis die de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd.

Door de Verordening Brussel I werd nog een paragraaf toegevoegd aan artikel 5 volgens dewelke de plaats van uitvoering van de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, voor de verstrekking van diensten, wordt vastgelegd in de plaats in een lidstaat waar de diensten volgens de overeenkomst verstrekt werden of verstrekt hadden moeten worden. Ook voor de koop en verkoop van roerende lichamelijke zaken wordt een bepaling toegevoegd in dit artikel door de verordening, maar dit is hier niet van toepassing<sup>64</sup>.

In Brussel *Ibis* vinden we dezelfde bewoordingen terug, maar dan wel onder artikel 7.

Het hof gaat over tot een analyse van de betwiste verbintenis. Ze merken daarbij op dat een documentair krediet heel veel verschillende verbintenissen omvat. Ze moeten eerst analyseren welke verbintenis ter discussie staat. Het hof baseert zich daarvoor op principes die in de rechtsleer en de rechtspraak ook algemeen aanvaard worden. In deze rechtszaak stelt het hof vast dat de betalingsverbintenis van de confirmerende bank tegenover de aangewezen bank de bijzaak is bij de hoofdverbintenis van de confirmerende bank om het krediet ter beschikking te stellen van de begunstigde, na controle van de documenten met de bepalingen uit het documentaire krediet. De verbintenis van de confirmerende bank om de aangewezen bank terug te betalen kadert in de algemene verbintenis die de confirmerende bank op zich neemt.

Volgens de regels en usances (art. 8) houdt de confirmatie van een onherroepelijk krediet door een andere bank (de confirmerende bank) ingevolge machtiging of op verzoek van de kredietopenende bank, een vaste verbintenis van de confirmerende bank, boven en behalve die van de kredietopenende bank, mits de voorgeschreven documenten aan de confirmerende of aan onverschillig welke andere aangewezen bank zijn aangeboden en aan de voorwaarden van het krediet is voldaan:

- als het krediet in betaling op zicht voorziet – op zicht te betalen;
- als het krediet in uitgestelde betaling voorziet – te betalen op de vervaldatum(s) bepaalbaar in overeenstemming met de voorwaarden van het krediet; ...

<sup>64</sup> J. ERAUW, *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, XVII, *Internationaal Privaatrecht*, 2009, Kluwer, p. 99.

De verbintenis van de confirmerende bank ontstaat, naar Belgisch recht, uit een eenzijdige wilsuïting<sup>65</sup>.

Kunnen we dan overgaan tot de toepassing van principes uit het internationaal recht die gelden voor overeenkomsten?

Het EEX en ook de Brussel I-Verordening zijn van toepassing op verbintenissen uit overeenkomst. Aangezien destijds volgens een meerderheid van de rechtsleer in België de verbintenis van de bank bij de opening van het documentaire krediet niet gezien werd als een verbintenis die voortkomt uit een overeenkomst, maar uit een eenzijdige wilsuïting, stelt zich de vraag dus hoe we artikel 5, 1. moeten interpreteren m.b.t. de termen “verbintenis uit overeenkomst”. Een precieze omschrijving is niet af te leiden uit het verdrag of de verordening. Het Hof van Justitie had al verschillende keren de kans om zich erover uit te spreken. In de meerderheid van de beslissing oordeelde het Hof dat aan het begrip een autonome betekenis moet worden gegeven en niet dat het begrip een interpretatie zou verdienen volgens de *lex causae*. Het is volgens het Hof noodzakelijk om aan het begrip een autonome inhoud te geven en in eerste plaats aansluiting te zoeken bij het stelsel en de doelstellingen van het verdrag/verordening, teneinde de volle werking ervan te verzekeren.

Volgens het Europees Hof van Justitie moet er sprake zijn van verhoudingen die van dezelfde aard zijn als deze tussen contractpartijen en van een zeker rechtstreeks engagement van de verweerder ten aanzien van de eiser. Omwille van de vereiste van een autonome interpretatie gaat het hof ook rekening houden met de kwalificatie van de rechtsbetrekking in andere staten dan deze die bij de zaak betrokken zijn<sup>66, 67</sup>.

Ook de Belgische rechtbanken oordelen dat artikel 5, 1. van toepassing is, wijzend op het geheel van contractuele relaties die zelf aan de eenzijdige verbintenis in kwestie de nodige zin en betekenis verlenen<sup>68</sup>.

Men mag ook niet uit het oog verliezen dat de rechtsverhouding tussen de bank en de begunstigde van het documentaire krediet in een groot deel van de verdragssluitende staten wel als contractueel omschreven wordt<sup>69</sup>.

Volgens de heersende rechtspraak en rechtsleer rond artikel 5, 1. van de Verordening Brussel I is het dus de plaats van uitvoering van de hoofdverbintenis van de confirme-

rende bank die de bevoegdheid van de rechtbanken volgens artikel 5, 1., b) van de Brussel I-Verordening zal bepalen en niet de betalingsverplichting van de confirmerende bank aan de aangewezen bank, die een bijkomende verplichting is aan de hoofdverbintenis van de confirmerende bank.

Deze redenering wordt ook gevolgd door het hof van beroep van Brussel.

De hoofdverbintenis van de confirmerende bank kan omschreven worden als de verbintenis om het krediet, dat door de kredietopenende bank wordt uitgegeven, ter beschikking te stellen van de begunstigde, na controle van de gepresenteerde documenten volgens de bepalingen van het documentaire krediet. Deze verplichtingen bestaan uit een reeks onafscheidelijke verrichtingen, die zich enkel kunnen realiseren door de tussenkomst van de aangewezen bank. Fortis is in deze de lasthebber van Fimbank, zelfs al werd ze aangeduid door Postbank<sup>70</sup>.

Het arrest dat we hier becommentariëren gaat in *zijn redenering zoeken in de Verordening* van Brussel I, komt uit bij artikel 5, 1., b) en gaat uitvoerig in op de autonome interpretatie van de verordening en op de analyse van welke verbintenis er aan de grondslag van de discussie ligt, zoals hierboven ook uiteengezet.

Daarna komt het vonnis onmiddellijk tot de conclusie dat de verbintenis in België moet worden uitgevoerd (“cette obligation principale est réalisable par des opérations complexes mais indivisibles qui doivent s’exécuter en Belgique à l’intervention de Fortis Banque”).

Deze conclusie is op zich niet verkeerd, maar wel nogal kort door de bocht.

Na besloten te hebben wat de te analyseren verbintenis is, besluit het hof dat die verbintenis moet worden uitgevoerd in België, zonder te argumenteren waarom.

Het lijkt nuttig om die redenering wat verder uit te diepen.

Er kan geargumenteed worden dat, door het feit dat een bank aangewezen wordt om de documenten in ontvangst te nemen en het documentaire krediet uit te betalen, de verbintenis die hier ter discussie staat moet worden uitgevoerd bij de aangewezen bank.

<sup>65</sup>. M. DELIERNEUX, *Crédits documentaires: droit applicable, tribunaux compétents et valeur nominative des Règles et usances codifiées par la Chambre de commerce internationale*, Luik, Anthémis, 2010, p. 39 (reeks *Cahiers AEDBF/EVBFR-Belgium*, nr. 22); L. SIMONT, “De abstracte verbintenis van de bankier naar Belgisch recht”, *TPR* 1985, p. 702; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Brussel, Bruylant, 1988, p. 465.

<sup>66</sup>. G. CAUWENBERGH, “Documentair krediet: internationale bevoegdheid en toepasselijk recht”, *TBH* 2006, p. 33 (commentaar onder hof van beroep Gent 26 mei 2004); HvJ 6 oktober 1976, *Tessili-Dunlop AG*; HvJ 22 november 1978, *Somafer*; HvJ 14 juni 1976, *LTU*; HvJ 30 november 1976, *Bier*; HvJ 22 maart 1983, *Martin Peters*; HvJ 17 juni 1992, *Jakob Handte*; HvJ 8 maart 1988, *Arcado*; <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=nl>.

<sup>67</sup>. Het kan nuttig zijn om erop te wijzen dat het Belgisch Wetboek van Internationaal Privaatrecht in art. 105 voorziet in een gelijkaardig idee door te bepalen dat de verbintenissen voortvloeiend uit eenzijdige wilsuïting worden beheerst door het recht gekozen door de persoon die zich verbindt en dat bij gebreke van dergelijke keuze zij worden beheerst door het recht van de staat op wiens grondgebied die persoon zijn gewone verblijfplaats heeft op het ogenblik dat hij de verbintenis aangaat.

<sup>68</sup>. Kh. Antwerpen 29 juni 1994, *TBH* 1995, p. 429-441, noot M. CLAEYS.

<sup>69</sup>. R. BETRAMS, *Bank guarantees in international trade*, Amsterdam, Kluwer, 1990, p. 183.

<sup>70</sup>. J.-P. MATTOU, “Droit bancaire international”, *Rev. banque* 2009, p. 27.

Aangezien de aangewezen bank haar maatschappelijke zetel in België heeft, wordt België automatisch de plaats waar deze verbintenis moet worden uitgevoerd.

Deze redenering is gebaseerd op de algemene principes inzake documentaire kredieten, die neergelegd zijn in de regels en usances en op de rol van de aangewezen bank in documentaire kredieten. Er wordt dus van uitgegaan dat we aan de bewoordingen “plaats waar de verbintenissen worden uitgevoerd” een autonome interpretatie wordt gegeven op basis van internationale principes en dat de nationale wet niet nodig is om die plaats vast te stellen. Het is dan ook niet nodig om te onderzoeken of een betaalverplichting in een bepaalde nationale wetgeving haalbaar of draagbaar is. Men moet de plaats waar de verbintenis van de confirmerende bank moet worden uitgevoerd zoeken in de principes rond documentaire kredieten en in wat de regels en usances voorzien rond de taak van de aangewezen bank.

Deze persoonlijke analyse strookt niet helemaal met de bestaande rechtsleer en rechtspraak.

Volgens deze moet de Belgische rechter krachtens zijn eigen regels van internationaal privaatrecht bepalen welke wet de in het geding zijnde rechtsverhouding beheerst, om in toepassing van deze wet de plaats van uitvoering van de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt te definiëren<sup>71</sup>.

Volgens onze IPR-principes moeten we voor de toepasselijke wet kijken ze naar het Europees Verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomsten (kort EVO). Sedert 17 december 2009 werd dit verdrag vervangen door de verordening nr. 53/2008 (Rome I). Hier gaan we niet opnieuw in op het feit dat de verbintenis van de confirmerende bank volgens Belgisch recht haar oorsprong vindt in een eenzijdige wilsuiking en we toch toepassing maken van IPR-regels die van toepassing zijn op overeenkomsten. De hier gevolgde redenering rond de eenzijdige wilsuiking is dezelfde als bij de zoektocht naar de bevoegde rechtbank.

De Europese regelgeving moet autonoom worden geïnterpreteerd en er bestaat ook een uitdrukkelijke wens om de Verordening van Brussel I en Rome I op parallelle wijze te interpreteren<sup>72</sup>.

Wat betreft de hieronder aangehaalde artikelen bevatten het verdrag en de verordening ongeveer dezelfde inhoud<sup>73</sup>.

Volgens het verdrag wordt, bij gebrek aan rechtskeuze, de overeenkomst beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwst verbonden is (art. 4, 1.). Volgens artikel 4, 2. wordt de overeenkomst vermoed het nauwst verbonden te zijn met het land waar de partij die de meest karakteristieke prestatie moet leveren, haar gewone verblijfplaats of, wanneer het een rechtspersoon betreft, haar hoofdbestuur heeft op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst. Het bewust vaag gehouden principe uit artikel 4, 1. wordt aangevuld door een algemeen vermoeden in artikel 4, 2., met als doel een zekere rechtszekerheid in te bouwen.

Volgens de verordening, dat probeert te komen tot een objectievere verwijzingsregel, kan je enerzijds artikel 4, 1., b) toepassen dat vermeldt dat de overeenkomst inzake dienstverlening wordt beheerst door het recht van het land waar de dienstverlener zijn gewone verblijfplaats heeft. Of volgens artikel 4, 2., kom je tot het recht van het land waar de partij die de kenmerkende prestatie van de overeenkomst moet verrichten, haar gewone verblijfplaats heeft.

Volgens het verdrag moet er geanalyseerd worden of de confirmerende bank dan wel de andere tussenkomende bank de voornaamste rol speelt. Dat hangt af van de rol van de tussenkomende bank. Indien de rol van de tussenkomende bank tot een minimum beperkt is, zal het recht van de confirmerende bank bepalend zijn.

De meerderheid van de Duitse rechtsleer vindt dat beroep doen op een adviserende of confirmerende bank geen invloed heeft op de plaats van de uitvoering van de betalingsverplichting. Een minderheid vindt dan weer dat de plaats van de uitvoering verschuift bij tussenkomst van een derde bank. In deze minderheid hanteren sommigen een speciaal criterium nl. de plaats waar de verbintenis wordt uitgevoerd de plaats is waar de controle van de documenten gebeurt<sup>74</sup>.

In de Belgische rechtsleer gaan stemmen op die zich beroepen op het feit dat de adviserende bank optreedt als lasthebber en derhalve vreemd blijft aan de verhouding tussen de opende bank en de begunstigde, zodat de plaats van betaling ongewijzigd de zetel van de opende bank blijft<sup>75</sup>.

Er zijn stemmen in de rechtsleer die deze stelling alvast betwisten indien de tussenkomende bank een confirmerende bank is<sup>76</sup>.

<sup>71</sup>. R. STEENNOT, “Internationaal privaatrechterlijke problemen bij documentair krediet”, [www.ipr.be](http://www.ipr.be), *Tijdschrift ipr.be* 2005, afl. 2, p. 111-114; R. STEENNOT, “Internationaal privaatrechterlijke problemen bij documentair krediet”, *Bank Fin.* 1999, p. 208-217; Kh. Antwerpen 29 juni 1994, *TBH* 1995, p. 429-441, noot M. CLAEYS; Gent 26 mei 2004, *TBH* 2006, p. 33, Hof van Justitie, *Tessili-Dunlop AG*, arrest van 6 oktober 1976.

<sup>72</sup>. M. CLAEYS, “De internationale rechtsmacht ten aanzien van vorderingen voortvloeiend uit het documentair krediet” (noot onder Kh. Antwerpen 29 juni 1994), *TBH* 1995.

<sup>73</sup>. J. ERAUW, *o.c.*, p. 671.

<sup>74</sup>. R. STEENNOT, “Internationaal privaatrechterlijke problemen bij documentair krediet”, *Bank Fin.* 1999, p. 2-217.

<sup>75</sup>. M. CLAEYS, “De internationale rechtsmacht ten aanzien van vorderingen voortvloeiend uit het documentair krediet”, *TBH* 1995, p. 429-443 (commentaar onder Kh. Antwerpen 29 juni 1994). (8<sup>ter</sup>) *idem* 8.

<sup>76</sup>. *Id.*, 12.

Er bestaat minder duidelijk over wat er gebeurt met de plaats van uitvoering van de verbintenis indien de tussenkommende bank een aangewezen bank is.

Wij zijn van mening dat het de plaats waar het documentaire krediet wordt uitgevoerd de plaats is waar de exporteur de documenten voorlegt en de beloofde tegenprestatie ontvangt.

Immers volgens de regels en usances is de aangewezen bank de bank waar het krediet zich realiseert.

In het voorliggende geval zou kunnen verdedigd worden dat de plaats van de uitvoering van de verbintenis van de confirmerende bank ten gunste van de begunstigde België zijn, aangezien de aangewezen bank in België ligt en die aangewezen bank de documenten in ontvangst neemt en de betaling uitvoert en dit ondanks het feit dat de aangewezen bank de controle over de documenten niet uitvoert.

De discussie onder de verordening, waarbij moet gezocht worden wie de dienstverlener is, zal ongeveer in dezelfde richting gaan. In het geval dat aan het hof voorligt kan men immers zien dat er verschillende dienstverleners zijn (de verschillende banken) en moet er toch worden nagegaan welke dienstverlener de meest karakteristieke prestatie levert.

De redenering van vóór het Verdrag van Rome was vaak<sup>77</sup> dat het recht toepasselijk ter zake van rechten en verplichtingen tussen de bank en de begunstigten van het krediet het recht van de plaats van realisatie, van betaling, van het krediet is. Ook hier zouden we dus in het voorliggende geval op Belgisch recht uitkomen.

Je kan wellicht ook tot hetzelfde besluit komen indien je onderzoekt of de partijen de plaats van uitvoering overeengekomen zijn in hun overeenkomst<sup>78</sup>. Het is vrij duidelijk dat er in het documentaire krediet wellicht niet uitdrukkelijk

gestipuleerd is waar de verbintenis uit het documentaire krediet moet worden uitgevoerd. Maar, doordat de confirmerende bank gekozen heeft om met een aangewezen bank het documentaire krediet te realiseren, heeft ze als het ware besloten om de plaats van uitvoering van haar verbintenis te kiezen op de plaats waar de aangewezen bank zich bevindt.

We kunnen dus besluiten dat de analyse van het hof met betrekking tot de regels van internationaal privaatrecht niet verkeerd is, maar nogal kort. Het hof komt via de toepassing van artikel 5, 1. van Brussel I op de hoofdverbintenis van de betwiste verbintenis tot de analyse dat die verbintenis in België moet worden uitgevoerd, zonder enige motivatie.

Deze motivatie zou kunnen gebaseerd zijn op het toepasselijk recht. Het hof spreekt zich echter niet uit over het toepasselijk recht. Nochtans moet volgens sommigen volgens dat recht bekeken worden waar de plaats is waar de verbintenis moet worden uitgevoerd.

Deze motivatie zou ook kunnen gebaseerd zijn op de algemeen erkende principes inzake documentaire kredieten en de rol die een tussenkommende bank speelt bij de bepaling van de uitvoering van de verbintenis. Ook deze redenering heeft het hof niet gevolgd.

We kunnen bovendien betwisten of die passage via het toepasselijk recht wel echt noodzakelijk is. Sedert de verduidelijking die aangebracht werd door Brussel I met betrekking tot de bevoegdheid van de rechtbanken inzake verbintenissen uit overeenkomst kunnen we de plaats van uitvoering zonder meer bepalen op basis van internationale principes, zonder het toepasselijk recht daarvoor te moeten vastleggen en onderzoeken.

Kathleen Bernaert  
Bedrijfsjurist

<sup>77</sup> B. DE VUYST, "Het recht toepasselijk op documentaire kredieten", *RW* 1982-83, k. 244-245.

<sup>78</sup> HvJ 17 januari 1980, *Zelger / Salinitri*.