

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО / CIVIL LAW

УДК 339.7:347.73./76

DOI: <http://dx.doi.org/10.21202/1993-047X.10.2016.3.123-150>

H. ALAVI¹

¹ Tallinn Law School, Tallinn University of Technology, Estonia

EXCEPTIONS TO PRINCIPLE OF AUTONOMY IN DOCUMENTARY LETTERS OF CREDIT; A COMPARATIVE VIEW

Objective: comparative analysis of exceptions to the principle of autonomy of documentary letters of credit.

Methods: dialectical method, systemic method, analysis, synthesis, comparison.

Results: it is proved that documentary letters of credit are among the most popular methods of payment in international trade which facilitate the process of transaction by replacing risk of payment by applicant buyer with the guarantee of bank. It is proved that operation of documentary letters of credit (LC) is subjected to two globally recognized principles of autonomy (independence) and strict compliance. A rule is identified, according to which courts in different countries started to recognize exceptions to the principle of autonomy in international LC transaction despite their reluctance in interfering in function of autonomy principle.

Scientific novelty: the article views the principle of autonomy and recognized exceptions to it in comparative aspect, proves the to recognize exceptions to the principle of autonomy in international LC transaction among common law jurisdictions, lists the exceptions recognized by courts and analyzes the attitude of the courts in other common law jurisdictions.

Practical significance: the paper is addressed to researchers and educators, practicing lawyers, graduate and post-graduate students, and everyone interested in the principle of autonomy of documentary letters of credit.

Keywords: Civil law; Documentary letter of credit; Principle of autonomy; Principle of strict compliance; International trade; Methods of payment; International transactions.

Introduction

According to Uniform Customs and Practices for Documentary Letters of Credit (current version UCP 600) LC operation as a method of payment in international trade is subjected to two main principles of autonomy and strict compliance. Different articles of UCP 600 refer to principle of strict compliance by emphasizing the obligation of the issuing bank to honour the presentation of stipulated documents in the credit by beneficiary only under the condition that all presented documents are completely conform with the stipulated condition in the credit itself¹. As a result, the bank that pays against presentation

of documents under LC operation will be eligible for reimbursement by applicant only when the examination of documents prove their strict compliance with credit requirements. Article 14 of UCP 600 defines the standard for examination and clarification of their compliance with credit requirements:

“Standard for Examination of Documents:

a. A nominated bank acting on its nomination, a confirming bank, if any, and the issuing bank must examine a presentation to determine, on the basis of the documents alone, whether or not the documents appear on their face to constitute a complying Presentation.

d. Data in a document, when read in context with the credit, the document itself and international standard banking practice, need not be identical to, but must not conflict with, data in that document, any other stipulated document or the credit.”

¹ Inter alia Article 2; Article 7(a), Article 8(a)(c) and Article 15; Article 14 and Article 34 of UCP 600.

In fact, principle of strict compliance protects applicant's interest where it is necessary to be sure that shipped goods by beneficiary seller are fulfilling requirements of order by applicant buyer in the underlying contract. However, Principle of Autonomy as the main focus of this paper will take the position in which banks only rely on presented documents by beneficiary in order to authorize the payment rather than being concerned with fulfilment of underlying contract. Scholars consider the Principle of Autonomy in international LC transaction as "corner stone in commercial validity of the letters of credit"² as well as the "engine behind the letter of credit"³ [1]. Article 4 of UCP 600 clearly defines Principle of Autonomy as:

"Credits vs. Contracts

A credit by its nature is a separate transaction from the sale or other contract on which it may be based. Banks are in no way concerned with or bound by such contract, even if any reference whatsoever to it is included in the credit. Consequently, the undertaking of a bank to honour, to negotiate or to fulfil any other obligation under the credit is not subject to claims or defences by the applicant resulting from its relationships with the issuing bank or the beneficiary."

According to the Principle of Autonomy, and explicit text of Article 4 of UCP 600, beneficiary receives the guarantee to be paid after presentation of complying documents stipulated in the credit to the bank when neither applicant nor issuing bank can deny payment to him with reference to his failure in fulfilling his obligations in underlying contract. Therefore, it is possible to conclude that Principle of Autonomy is a mean of promoting international trade on the basis of "pay first, argue later" [2]. Autonomy principle is recognized in different jurisdictions. For example, it has been established in many English cases including *Hamzeh Malas & Sons vs. British Imex Industries Ltd*³, *United City merchants (Investment) Ltd vs. Royal Bank of Canada*⁴, *Trans Trust SPRL vs. Danubian Co Ltd*⁵. While recognizing importance of the

Autonomy principle in *United City merchants (Investment) Ltd vs. Royal Bank of Canada*⁶, Lord Diplock mentioned:

"The whole commercial purpose for which the system of confirmed irrevocable

documentary credits has been developed in international trade is to give to the seller

an assured right to be paid before he parts with control of the goods that does not

permit of any dispute with the buyer as to the performance of the contract of sale being used as a ground for non-payment or reduction or deferment of payment"⁷.

In American Law, Operation of Documentary Letters of Credit is governed under Article 5 of revised version of Unified Commercial Code. Despite the fact that former version of UCC did not recognize the Autonomy Principle [3], current version clearly differentiates undertaking of issuing bank from existence, performance or non-performance of underlying contract.

"The rights and obligations of an issuer to a beneficiary or a nominated person under a letter of credit are independent of the existence, performance, or non-performance of the contract or arrangement out of which the letter of credit arises or which underlie it, including contracts or arrangements between the issuer and the applicant and between the applicant and the beneficiary"⁸.

"An issuer is not responsible for the performance, non-performance of the underlying contract, arrangement, or transaction"⁹.

The unconditional and irrevocable guarantee¹⁰ which autonomy principle provides for beneficiary to be paid even before parting from goods subjected to the sales contract (in case of negotiating the credit with negotiation or confirming bank¹¹) may result in three different possible conditions: First, beneficiary performs his obligations in the framework of underlying contract and presents complying documents to bank. Outcome will be honouring the credit after due examination of documents by bank. Second, beneficiary performs his obligations in the framework of sales contract but, does not present complying

² *Ward Petroleum Corp. vs. Federal Deposit Inc. Corp* (1990) 903 F. 2d 1299.

³ *Hamzeh Malas & Sons vs. British Imex Industries Ltd* [1958] 2 QB 127; [1958] 2 WLR 100; [1958] 1 All ER 262, C.A.

⁴ *United City Merchants (Investments) Ltd vs. Royal Bank of Canada* [1983] 1 AC 168.

⁵ *Trans Trust SPRL vs. Danubian Co Ltd* [1952] 2QB 297 at 304

⁶ *United City Merchants (Investments) Ltd vs. Royal Bank of Canada* [1983] 1 AC 168.

⁷ *Ibid*, p. 183.

⁸ UCC. Article 5-103(d).

⁹ UCC. Article 5-108(f)(1).

¹⁰ UCP 600. Article 3.

¹¹ UCP 600/ Article 8.

documents to bank. In this case, presentation may or may not be honoured by bank as the issuing bank has authority to seek for waiver from applicant or ask beneficiary for correction of documents¹². Third possibility will happen when beneficiary presents complying documents to the bank but does not perform his obligations in the framework of underlying contract. Application of the Principle of Autonomy in such situation will create weaker position for applicant against abusive demands of beneficiary and presentation of forged but complying documents by him. For long period of time, legal scholars supported the absolute application of the principle of autonomy in operation of Documentary Letters of Credit¹³. However, repetitive legal cases relevant to fraud in international LC transaction resulted in need for recognition of exceptions to the Autonomy Principle in order to deal with abusive and fraudulent demands of beneficiary. Fraud rule was the first exception recognized against absolute application of the Autonomy Principle. Despite general recognition of fraud rule in different jurisdictions, there is no common standard of proof regarding situation under which its application will supersede the autonomy principle [4]. Other exceptions to the principle of autonomy were introduced later and as result of considering public interest and public policy in international trade operation [5]. Other exceptions to the principle of autonomy in international LC operation include illegality, nullity, uncontractable conduct and recklessness of beneficiary. Current article provides a comprehensive and analytical view to different exceptions to the autonomy principle of Documentary Letters of Credit and arguments for and against recognizing them in different jurisdictions.

Fraud Exception

Fraud is one of oldest and most well-known phenomenon's in business environment. "As long as there have been commercial systems in place there have been those who have tried to manipulate these systems" [6]. Since fraud goes beyond bank's duty to check presentation of complying documents by beneficiary and investigate in fact regarding performance of his obligation in underlying contract, it was been considered as "the most controversial

and confused area" [7] which "goes to the very heart of the Documentary Letters of Credit" [4, p. 293].

Legal scholars and different jurisdictions have approached Fraud Exception to the Autonomy Principle of Documentary Letters of Credit differently. Absolute silence of UCP (current version is UCP 600) as the most popular set of rules applicable to LC transaction towards fraud and leaving the subject matter open to national laws shows the lack of harmonious approach to the subject matter in international trade society. Such diversity can be seen even in numerous definitions provided for fraud exception: Schmitthoff considers fraud rule as an act which "...permits a court to consider evidence other than the actual terms and conditions of the credit and is founded on the maxim *ex turpi causano no ritur actio*"¹⁴. Meanwhile according to Gao Xiang Fraud Exception is "an extraordinary rule as it represents a departure from the cardinal principle of the law of letters of credits – the principle of independence. It allows the issuer or a court to view the facts behind the face of conforming documents and to disrupt the payment of a letter of credit when fraud is seen to be involved in the transaction" [9, p. 30].

Gao Xiang comments on three different rationales for recognition and enforcement of fraud rule [9, p. 29]: First, closing the legal loophole as result of absolute application of autonomy principle in international operation of LC and providing beneficiary with opportunity to present forged but complying documents to bank in order to receive payment without fulfilling his obligations in underlying contract. Despite existence of strong doubts in capability of fraud rule to prevent fraud and abusive demands of beneficiary, it has the potential for closing the legal loophole created by the autonomy principle. Second rationale is concern of Public Policy on controlling fraudulent actions in the society. Beneficiary should not have possibility to get benefit from autonomy principle by presenting forged document [9, p. 29]. In English Case of *United City Merchants (Investment) Limited vs. Royal Bank of Canada*¹⁵ Lord Diplock raised the issues of *ex turbi causa non oritur* which refers to intention of court in not allowing dishonest person to commit fraud

¹² UCP 600, Article 16.

¹³ *United City Cooperation vs. Allied Arab Bank* (1985) 2 Lloyds Rep. 554, 561.

¹⁴ *Schmitthoff's Export Trade – The Law and Practice of International Trade* (12th ed., 2012) Sweet & Maxwell, p. 210.

¹⁵ *United City Merchants (Investment) Limited vs. Royal Bank of Canada* [1982] 2 All E.R. 725.

by benefiting from court procedure¹⁶. Third, it is maintaining the commercial utility of Letters of Credit. Since presented documents are providing security for bank as guarantor of payment before actual delivery of goods to the port of discharge, committing fraud by beneficiary will abuse the security interest of bank. Therefore, providing beneficiary with chance to defraud bank via presentation of forged documents, will result in losing faith of all parties in operation of Documentary Letters of Credit as a safe method of payment in international trade [7].

1. Application of Fraud Rule

This section takes a comparative approach to application of fraud rule in different jurisdictions, namely, United States of America and England. Despite the fact that English law is under the influence of developments in American law in field of Documentary Letters of Credit, studies show significant differences in application and consequences of application of fraud rule under American and English law. Despite the fact that research on application Fraud Exception in LC operation under Civil Law and comparative study of it with Common law system can add a substantial value to subject matter, it is not in the scope current research. Therefore, our study will be limited to application of fraud expectation to autonomy principle in international LC transactions under Common Law Jurisdictions.

1.1. Fraud Rule in the United States of America

Development of Fraud rule under American law can be tracked in three main periods: Pre-UCC, The Previous UCC Article 5 and Revised UCC Article 5 [7, p. 294].

During the period of Pre-UCC, Fraud Rule was governed by case law in the United States. The leading case in this aspect was *Sztejn vs. Henry Schroder Banking Corporation*¹⁷. Gao refers to it as: "It has shaped the fraud rule in virtually all jurisdictions" [9, p. 32].

In this case, sales contract was signed between Sztejn (applicant) and Transea Traders Ltd (beneficiary) where the Schroder as issuing bank of credit required its honour by drawing draft on Chartered Bank (presenting bank). Before presentation of documents by beneficiary, Sztejn required

court to grant injunction for stopping payment based on dispatch of "cow hair, other worthless material and rubbish with intent to simulate genuine merchandise and defraud the plaintiff"¹⁸. It was also mentioned that Chartered Bank cannot be recognised as holder in due course because it is only collecting bank for beneficiary (Transea). Justice Shinetag considered all allegations in the course of hearing as true and commented: "Of course, the application of this doctrine [the principle of independence] presupposes that the documents accompanying the draft are genuine and conform in terms to the requirements of the letter of credit"¹⁹.

Later, in the course of hearing, Justice Sheintag granted injunction in favour of Sztejn on the basis of: "Transea was engaged in a scheme to defraud the plaintiff... that the merchandise shipped by Transea is worthless rubbish and that Chartered Bank is not an innocent holder of the draft for value but is merely attempting to procure payment of the draft for Transea's account"²⁰.

In the case of Sztejn two other issues in addition to beneficiary's fraud were discussed [10]: First was security interest of bank which was raised as a supporting reason for application of fraud rule. According to Justice Sheintag: "While the primary factor in the issuance of the letter of credit is the credit standing of the buyer, the security afforded by the merchandise is also taken into account"²¹. Second issue was exception of holder in due course from being affected in application of fraud rule: "On this motion only the complaint is before me and I am bound by its allegation that the Chartered Bank is not a holder in due course but is a mere agent for collection for the account of the seller charged with fraud. Therefore, the Chartered Bank's motion to dismiss the complaint must be denied, if it had appeared from the face of the complaint that the bank presenting the draft for payment was a holder in due course, its claim against the bank issuing the letter of credit would not be defeated even though the primary transaction was tainted with fraud"²².

Therefore, it is possible to conclude that in American Law decision of court in Sztejn laid foundation for fraud rule as following:

¹⁸ *Sztejn vs. Henry Schroder Banking Corporation* 31 NYS 2d 631 (1941) 633.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ *Sztejn vs. Henry Schroder Banking Corporation* 31 NYS 2d 631 (1941), 634–635.

²² Ibid.

¹⁶ Ex turpi causa non-oritur actio can be translated as 'no action can be based on a disreputable cause', Law J & Martin EA 'A Dictionary of Law' 7 ed (2009).

¹⁷ *Sztejn vs. Henry Schroder Banking Corporation* 31 NYS 2d 631 (1941).

A) Only condition which supersedes the absolute application of autonomy principle is commitment of fraud by beneficiary and in order to apply the exception, fraud should be established whereas only allegations of fraud will not be sufficient for interrupting payment process by bank.

B) Court will not stop payment process to the holder in due course even in case of established fraud by beneficiary.

By introduction of Unified Commercial Code in the United States of America in 1950s, fraud exception in the documentary letters of credit entered the statute under section of 114(2) of Article 5 [11]:

“Unless otherwise agreed when documents appear on their face to comply with the terms of a credit but a required document does not in fact conform to the warranties made on negotiation or transfer of a document of title (Section 7-507) or of a certificated security (Section 8-108) or is forged or fraudulent or there is fraud in the transaction:

(a) the issuer must honor the draft or demand for payment if honor is demanded by a negotiating bank or other holder of the draft or demand which has taken the draft or demand under the credit and under circumstances which would make it a holder in due course (Section 3-302) and in an appropriate case would make it a person to whom a document of title has been duly negotiated (Section 7-502) or a bona fide purchaser of a certificated security (Section 8-302); and

(b) in all other cases as against its customer, an issuer acting in good faith may honor the draft or demand for payment despite notification from the customer of fraud, forgery or other defect not apparent on the face of the documents but a court of appropriate jurisdiction may enjoin such honor”.

After revision of Article 5 of UCC in 1995, fraud rule was embodied under section 109 of Article 5. By revision of UCC, fraud rule changed substantially [9, p. 45; 4, p. 315; 11, p. 222]. Currently, principles of fraud exception under the American Law can be listed as below:

First, on the basis of Article 5-109 of the UCC, commitment of fraud will affect the regular process in the operation of documentary letters of credit. The effect include: the refusal of bank to honour the credit after presentation of document by beneficiary²³ and granting injunction to account party in order to interrupt payment by bank [9, p. 46].

²³ UCC. Section 5-109(a)(2).

Second, besides setting standard of proof for fraud, article 5-109 confirms that under American law fraud exception includes fraud in documents as well as in the underlying contract [11, p. 222].

Third, article 5-109(1) defines four groups of immune people to application of fraud exception. “A) Nominated person with good faith who has paid without notice of fraud. B) Confirmer who has honoured its confirmation in good faith C) The holder in due course of the draft drawn under the letter of credit which was taken after acceptance by the issuer or nominated person D) an assignee of the issuer or nominated person’s deferred obligation that was taken for value and without notice of forgery or material fraud after the obligation was incurred by the issuer or nominated person”²⁴.

Fourth, article 5-109 (b) defines preconditions for granting injunction by court and application of found expectation²⁵.

Currently, revised article 5-109 of UCC is the most comprehensive code applicable to fraud rule in the Common Law World” [11, p. 242].

1.2. The Fraud Exception under English Law

In English law, fraud exception is recognized and considered under common law [7, p. 687]. Despite its recognition, English courts have a tradition of showing reluctance to intervene in autonomy principle and apply fraud exception. This is clearly visible in the study of most well-known legal cases relevant to fraud rule under English law²⁶.

²⁴ UCC Article 5-109(a)(1).

²⁵ UCC Article 5-109 (b).

²⁶ Most famous legal cases relevant to fraud exception under English law can be mention as: *Hamzeh Malas and Sons vs. British Imex Industries Ltd* [1958] 2 QB; *Harbottle (RD) (Mercantile) Ltd vs. National Westminster Bank Ltd* [1978] 1 QB; *Edward Owen Engineering Ltd vs. Barclays Bank International Ltd.* [1978] 1 Lloyd’s Rep; *Discount Records Ltd. vs. Barclays Bank Ltd* [1975] 1 Lloyd’s Law Reports; *Discount Records Ltd vs. Barclays Bank Ltd* [1975] 1 Lloyd’s Law Reports; *United City Merchants (Investment) Limited vs. Royal Bank of Canada* [1979] 1 Lloyd’s Law Reports; *United Trading Corporation SA and Murray Clayton Ltd vs. Allied Arab Bank Ltd* [1985] 2 Lloyd’s Law Reports 554 (CA); *Themehelp Ltd. vs. West*, (1995) 4 All E.R. 215; *Banco Santander S.A. vs. Bayfern Ltd*, 1999 WL 250019 (Q.B. June 9, 1999), *Czarnikow-Rionda Sugar Trading Inc vs. Standard Bank London* (1996) 1 WRL 1152; *Angelica-Whitewear Ltd vs. Bank of Nova Scotia* 36 D.L.R. (4th) 161, EYB 1987; *White and Co Inc vs Chamet Handel Training (S) Pte Ltd* (1993) 1 SLR 65.

As it has been mentioned, English courts have a narrow and restrictive approach to application of fraud exception in operation of documentary letters of credit despite recognizing it. Generally, the scope for application of fraud exception under English Law can be defined in three notes: Material misrepresentation of facts, knowledge of beneficiary, fraud in underlying sales contract vs. documentary fraud [12, p. 141].

1.2. A) Material Misrepresentation of Facts

Material Misrepresentation of facts was explained by Lord Diplock in the case of *United Trading Corporation SA and Murray Clayton Ltd vs. Allied Arab Bank Ltd*²⁷ as:

“To this general statement of principle [of independence] as to the contractual obligations of the confirming bank to the seller, there is one 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”²⁸.

Despite the fact that there is no agreement on definition of material misrepresentation among scholars in field of English law, it has been recognized as standard of proof for fraud in documentary letters of credit and applied in subsequent cases including: *Themehelp Ltd. vs. West*²⁹ and *Banco Santander S.A. vs. Bayfern Ltd*³⁰.

1.2. B) Knowledge of Beneficiary

According to the judgment of court in case of *United City Merchants* it is impossible to hold beneficiary responsible for misrepresentation of fact when he does not have any knowledge about such an act [12, p. 142]. Therefore, comments of Lord Diplock can be interpreted as: in order to stop payment to beneficiary, not only he should be responsible for material misrepresentation, but also, he should be knowledgeable about misrepresentation of documents at the time of presentation. Knowledge of beneficiary about existence of material misrepresentation even in circumstances when he is not responsible in

producing such documents is sufficient for invoking fraud exception [12, p. 142].

Therefore, it is necessary to define the degree of beneficiary's knowledge prior to apply fraud rule. For this purpose will use the test of reasonable man's decision to clarify the actual knowledge of beneficiary and his approach to misrepresentation of facts. Therefore, a consciously ignoring truth by beneficiary might result in court's decision that he had actual knowledge of falsity [12, p. 142].

1.2. C) Fraud in Documents versus Fraud in Underlying Contract

It is not clear from statements of Lord Diplock in *United City Merchants* referring to fraud in documents that his lordship was emphasizing on the facts of that particular case or he was generalizing such condition to all cases of fraud in documentary letters of credit. Latter English cases like *Czarnikow-Rionda Sugar Trading Inc vs. Standard Bank London*³¹, do not apply this principle strictly as *Rix J in the court of Appeal discharged injunction in favour of applicant on the basis of evidences other than non-documentary claim for application of fraud rule*³². It has been argued that due to following the principle of *Ex turpi causa non-oritur actionas* rational for prohibiting beneficiary from his own action by fraud rule, there is merit in application of extension to underlying contract when it is clearly established that beneficiary's demand under the credit is on the basis of fraud [12, p. 143]. Study of the position of other common law jurisdictions confirms the application of fraud exception to the underlying contract. For example, Revised UCC article 5-109 in the United States of America, confirms application of fraud rule to underlying contract [7, p. 317].

“Requires that the fraudulent aspect of a document be material to a purchaser of that document or that the fraudulent act be significant to the participants in the underlying transaction”³³.

In Canadian case of *Bank of Nova Scotia vs. Angelica-Whitewear Ltd*³⁴, Le Dain J of the Supreme Court of Canada

²⁷ *United Trading Corporation SA and Murray Clayton Ltd vs. Allied Arab Bank Ltd* (1983) 1 A.C. 168.

²⁸ *Ibid*, p. 183.

²⁹ *Themehelp Ltd. vs. West*, (1995) 4 All E.R. 215.

³⁰ *Banco Santander S.A. vs. Bayfern Ltd*, 1999 WL 250019 (Q.B. June 9, 1999), aff'd, 2000 WL 191098 (C.A. Feb. 25, 2000).

³¹ *Czarnikow-Rionda Sugar Trading Inc vs. Standard Bank London* (1996) 1WRL 1152, 1161.

³² *Ibid*.

³³ Official Comment to Article 5 of the Uniform Commercial Code, para. 2.

³⁴ *Angelica-Whitewear Ltd vs. Bank of Nova Scotia* 36 D.L.R. (4th) 161, EYB 1987.

confirmed application of fraud rule to the underlying contract.

In Singapore, application of fraud rule is limited to fraud in documents. According to the judgement of court of Appeal in *White and Co Inc vs Chamet Handel Training (S) Pte Ltd*³⁵ in order to constitute the fraud exception to the autonomy principle evidence is limited to documents presented by beneficiary and fraud in underlying contract will not affect responsibilities of bank against him³⁶.

2. Nullity Exception

The nullity comes into effect when beneficiary has no knowledge about null or void nature of document in his hand. In contrast, fraud exception has the precondition of [actual] knowledge of beneficiary about the material misrepresentation in tendered documents. The nullity might happen when document is conforming to the terms of the credit on its face; however, it is either a forgery or with no legal effect. Fraud rule cannot apply in the condition that beneficiary has no idea about forged nature of document in his hand and has not played any role in production of such document. As a result, “the question will arise as to whether the nullity exception to the autonomy principle should be recognized in the meaning that bank will be entitled to reject the forged document despite its facial conformity” [12, p. 168].

In this respect, current section of research will study the definition of nullity exception, continue with analysing of some important common law cases, and finally takes critical approach to arguments for and against recognition of nullity Exception.

2.1. What is Nullity?

It is not clear how to define the nullity exception. Any sort of definition for nullity will definitely result in bank's resistance to payment under the exception as the document has been considered null and without any effect [13, pp. 316, 317]. As a matter of fact, the nullity is an underdeveloped concept in the law of the documentary letters of credit [13, pp. 316, 317]. Therefore, existing uncertainty around it is a significant reason for difficulties in recognizing the nullity exception in common law system. Examples from English case law demonstrate different

understandings about the definition of nullity. The court of *Tek Chao vs. British Traders and Shippers*³⁷ held that misdated bill of lading is ‘valueless but not a complete nullity’³⁸. When in *Egyptian International Foreign Trade Co vs. Soplex Wholesale Supplies (The Raffaella)*³⁹ same type of bill was considered as ‘sham piece of paper’⁴⁰. However, in *United City Merchants* a wrongly dated bill of lading was considered as “far from nullity” [3, p. 146]. Therefore, the uncertainty around nullity is quite visible in English law [13, p. 317]. Different suggestions have been proposed by scholars to define the nullity of one document. Including, consideration of whether falsity or error in document destroys the “the whole or essence of the instrument” [14, 15]. Other suggestion is that if the instrument can be considered as without legal effect [16]. On this basis, the Judgment of the *United City Merchants* is in consistency with definition of the nullity as a misdated bill of lading is still a valid document of title and holder can use it in order to receive goods from the ship⁴¹.

2.2. Legal Recognition

English Law has three important cases on the nullity exception. Namely, the Court of Appeal and House of Lords decision in *United City Merchants* and the Court of Appeal Decision of *Montrod Ltd vs. Guundk Otter Fleischvertriebs GmbH*⁴². In the case of *United City Merchants* the question about effect of nullity documents was left open. However, Ackner LJ in the Court of Appeal commented that: “he could see no valid basis upon which the bank should be entitled to pay and debit the account party (...) (The bank) ought not to be under no obligation to accept or pay against documents which he knows to be waste paper”⁴³. In the Judgment of the House of Lords, Lord Diplock mentioned that to him there is no reason to see the beneficiary in a worse situation than the holder in due course before leaving open the question of the rights of an innocent beneficiary [3, p. 146].

³⁷ [1954] 2 QB 459 (QB).

³⁸ Ibid, p. 476.

³⁹ [1984] 1 Lloyd's Rep 102 (CA).

⁴⁰ Ibid, p. 116.

⁴¹ *United City Merchants (Investment) Limited vs. Royal Bank of Canada* [1979] 1 Lloyd's Law Reports.

⁴² [2001] EWHC 1032 (Comm).

⁴³ *United City Merchants (Investment) Limited vs. Royal Bank of Canada* [1979] 1 Lloyd's Law Reports.

³⁵ *White and Co Inc vs Chamet Handel Training (S) Pte Ltd* (1993) 1 SLR.

³⁶ Ibid, p. 65.

Finally, in the court of appeal of the third case, *Montrod Ltd vs. Guundk Otter Fleischvertriebs GmbH*, Potter LJ held that, there is no nullity exception in English law⁴⁴. According to his conclusion: “sound policy reasons for not extending the law by creation of a general nullity exception”⁴⁵. It should be mentioned that the position of Potter LJ is limited to the documents which are null without being forged. As result, the positions of documents which are forged without the notice of beneficiary are still not clear [3, p. 146].

Among other Common Law jurisdictions, Singapore recognised nullity exception in the case of *Beam Technology (MFG) PTE Ltd vs. Standard Chartered Bank*⁴⁶. However, the scope of the exception is very limited. “The confirming bank is not obliged to pay if it has established within the seven-day period that a material document required under the credit is forged and null and void and notice of it is given within that period”⁴⁷. The exception will apply under following conditions:

First, when the document is forged. Second, when the document is material. The court held that exception does not apply to all documents. However, no definition was provided for material document. Third, when document is null. The court provided that due to the uncertainty around definition of nullity, situation should be evaluated on the basis of facts in each case. Fourth, when the bank has the knowledge of nullity. According to the court, bank must come across knowledge on nullity of documents within 7 days period which has been considered for checking documents and in addition, the due notice should be given to the beneficiary [3, p. 151].

2.3. Arguments in favour of Nullity

Main arguments in favour of nullity exception can be traced in Singaporean court of appeal of *Beam Technology* and also the Court of Appeal in the *United City Merchants*. They include:

Firstly, non-conformity of null documents: According to the principle of strict compliance, beneficiary should tender complying documents in order to be entitled to payment. Such requirement can be extended from more than facial conformity to the condition that document is really the

one which is required by the credit. According to Goode “documents which are forged, cannot conceivably be treated as confirming documents” [17]. Genuine Documents are required by the credit while a forged document cannot be genuine despite of conformity on its face.

Secondly, bank holds bills of lading as a security of credit in addition to assurance about creditworthiness of applicant. Since bill of lading is recognized as the document of title, it is difficult to justify the rule that requires bank to pay beneficiary against the presentation of documents which are worthless to its knowledge [12].

Thirdly, not recognizing the nullity exception can be considered as policy of tolerance against circulation of forged documents in international trade. Such documents are considered as “cancer in international trade”⁴⁸ and victims should bear huge losses. Since trust that forms the international trade would be undermined by free circulation of forged documents, accepting the nullity principle can prevent circulation of such documents in the process of documentary letters of credits.

Fourthly, the issuing bank has the mandate to pay against genuine documents that conform on their face with terms of credit. From this perspective, the bank that breaches its mandate in fact honours the presentation on its own risk for not being reimbursed. “It is also not likely that the beneficiary who has not fulfilled his obligations to produce genuine documents would expect the bank to make payment against worthless documents or the applicant to later reimburse the bank for that” [18].

2.4. Arguments against nullity

Lack of Clarity in defining the nullity is the main argument against accepting it as another exception to the autonomy principle. The difficulty is in defining the nullity exception with precision and it would be difficult to answer the question that when a document is nullity. The main problem will arise when assessing a reasonableness of something which is a common practice for courts⁴⁹.

Second, lack of authority: The argument regarding the lack of authority was raised by Raymond Jack, the judge of the first instance court of *Montrod* when the only available authority at that moment was judgement of Lord Diplock in *United City Merchants* which left the

⁴⁴ [2001] EWHC 1032 (Comm), 58.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ [2003] 1 SLR 597.

⁴⁷ Ibid, p. 160.

⁴⁸ *Standard Charter Bank vs. Pakistan National Shipping Corp* (No 2) (1998) 1 Lloyd's Rep, 684, 686.

⁴⁹ *Beam Technology* (2003) 1 SLR597, 36.

question of nullity documents open. This argument means that nullity has not been supported either by UCP or case law. However, this is not a strong argument since UCP does not have statutory effect; lack of support under UCP is not the reason for not recognizing the nullity exception under case law [16, p. 46, 54].

Third, the beneficiary should not be in worse position than holder in due course: According to the Judgement of Lord Diplock in *United City Merchants*, there is no reason to see the holder in due course in better position than innocent beneficiary while fraud has affected the documents. Goode criticised this view on the basis of the operation mechanism itself that provides more rights to the holder in the due course: "The beneficiary under the credit is not like a holder in due course of a bill of exchange; he is only entitled to be paid if the documents are in order" [19]. Goh J.C from the High Court of Singapore also criticized the argument of Lord Diplock in *Lambias*⁵⁰: "I think the short answer to this is that as a party to the underlying contract, he (the beneficiary) has an additional recourse against the buyer which is not open to a holder in due course".

Forth, unfairness to beneficiary. This argument was raised by Potter L.J in the case of *Montrod*. He argued that "such an exception would be likely to act unfairly upon beneficiaries participating in a chain of contracts in cases where their good faith is not in question"⁵¹. In response, it is suggested that everything goes back to the balance of interests⁵². If nullity document does not prevent bank from payment to innocent, then the buyer should be the one who bears the loss. In contrary, if the nullity exception prevents bank from payment to the beneficiary, then the seller is the one who will bear the loss. The argument is weak in principle as taking any side will have unfair outcome for the other party. Based on some other arguments, letter of credit should provide an assurance of payment to the seller and all relevant risks should be assumed by buyer. Any different decision will undermine existing trust in financing system of the international trade [13]. The response to such argument might be statement of Stephenson L.J in the court of appeal of *United City Merchants* who commented on "the risk

to be taken by beneficiary as banks trust the beneficiary to present honest documents"⁵³.

Last, creation of Further Dilemma for Banks. One of the reasons for Potter L.J to reject the nullity exception in judgement of *Montrod* was that "if a general nullity exception were to be introduced as part of English law it would place banks in a further dilemma as to the necessity to investigate facts which they are not competent to do and from which the UCP 500 is plainly to exempt them"⁵⁴. The same will apply to UCP 600. However, banks can take the acceptance of the nullity exception in Singapore as a guideline. In Singapore, Nullity Exception is limited to the situation that bank has clear knowledge of nullity before effecting the payment [3, p. 153]. However, in any condition, there will be no difference between the position of bank towards facts outside documents under nullity and fraud rule [3, p. 153].

3. Recklessness exception

The recognition of recklessness exception can be considered as an alternative to the nullity exception in the law of the documentary letters of credits. It comes into force as a result of reckless or careless presentation of documents by beneficiary without considering that they are valid or void, or their true or false nature [3, c. 156]. Such an action will entitle bank to withhold payment to the beneficiary who is not guilty for fraudulent activity. Historically, in Recklessness Exception in English Law goes back to the cases of *Derry vs. Peek*⁵⁵ in 1889 when reckless conduct of beneficiary has been assimilated to knowledge of fraud. Therefore, Recklessness exception can be considered as an extension to the fraud rule. Recently, in the case of *Montrod*⁵⁶, Potter L.J mentioned that he "would not seek to exclude the possibility that, in an individual case, the conduct of a beneficiary in connection with the creation and/or presentation of a document forged by third part might, though itself not amounting to fraud, be of such character as not to deserve the protection available to a holder in due course"⁵⁷.

⁵⁰ *Lambias (Importers & Exporters) Co Pte Ltd vs. Hong Kong & Shanghai Banking Corporation* [1993] 2 SLR751.

⁵¹ *Montrod Ltd vs. GrundkotterFleischvertriebs GmbH*, [2001] EWHC 1032 (Comm), [2002] 1 WLR 1975, 59.

⁵² *Ibid*, p. 69.

⁵³ *United City Merchants (Investments) Ltd and Others vs. Royal Bank of Canada and Others* [1982] QB 208 (CA) 246.

⁵⁴ [2001] EWHC 1032 (Comm), [2002] 1 WLR 1975, 59.

⁵⁵ *Derry vs. Peek* [1889] 14 AC 337 (HL).

⁵⁶ *Montrod Ltd vs. GrundkotterFleischvertriebs GmbH*, [2001] EWHC 1032 (Comm), [2002] 1 WLR 1975, 59.

⁵⁷ *Ibid*.

Under Singaporean Law, The high court of Singapore considered the recklessness exception in case of *Lambias*⁵⁸. The Judge stated “[Beneficiary] was nonetheless in some way clearly responsible for the turn of events that led to the perpetration of the fraud or forgery”⁵⁹ and continued that “the law cannot condone actions, which although not amounting to fraud per se, are of such recklessness and haste that the documents produced as a result are clearly not in conformity with the requirements of the credit”⁶⁰. As result, the court held that according on further grounds available for the bank to justify not honouring the presentation of documents by beneficiary.

A simple observation can lead us to the conclusion that Singaporean and English Legal system are ready to accept the recklessness exception despite nonexistence of leading casessince the issue of committed fraud by third party with effect of bank’s payment to the beneficiary has been mentioned in *Derry vs. Peek, Montord and Lamibas* [3, c. 156]. Legal basis of above mentioned decisions has been explained in previous paragraphs.

At the same time, there is tendency among some commentators to find a link between the nullity exception and reckless the conduct [3, c. 156]. As a result, recklessness of beneficiary will prevent payment only in case that he recklessly presents a nullity document. In this case, such situation is different from what has been discussed so far. In case of only covering nullity by recklessness exception, documents which are forgery but not void will not be covered. However, bank is entitled to dishonour presentations based on documents that are void. Encompassing recklessness exception in both directions may result in the most optimal situation.

4. Unconscionability

Lack of good faith and or unconscionable demand of beneficiary for being paid are the main areas covered by unconscionability exception [20]. In such cases, no fraud or defective documents are involved. However, based on the principle of unjust enrichment, demanding for the payment will provide beneficiary with chance to take an unfair advantage from his position. The fraud has been formulated by absolute lack of right for payment, while

⁵⁸ *Lambias (Importers & Exporters) Co Pte Ltd vs. Hong Kong & Shanghai Banking Corporation* [1993] 2 SLR.751.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 764.

⁶⁰ *Ibid.*

abusive demand and unconscionable conduct presupposed the existence of right, it imposes an additional “inherent risk” on the exercise of such right [3, c. 160]. The main area for application of exception will be Standby Letters of Credits, Performance Bond and Demand Guarantees.

4.1. Unconscionability under English Law

At the first step we should differentiate the unconscionability from recognized doctrine of unconscionable conduct in English Law. Unconscionable conduct “applies when the complainant’s consent to the unfair transaction was vitiated because of a morally reprehensible act of the defendant short of fraud, duress, or undue influence” [21, p. 198]. Therefore, unconscionable conduct takes place during the contract performance.

*TTI Team Telecom International Ltd vs. Hutchinson 3G UK Ltd*⁶¹ is the only one English authority which accepts the unconscionability as an exception to autonomy principle. In this case judge held that “a lack of good faith has for a long time provided a basis to restrain a beneficiary from calling a bond or guarantee”⁶². However, the judgment of this case has been received considerable amount of negative comments [3, p. 164]. Flow of negatives comments towards the judgment of TTI and reluctance of case law in recognition of unconscionability as an exception to autonomy principle of letters of credit can be positively linked to unwillingness of English legal system to recognize the doctrine of good faith in contract law [3, p. 164].

4.2. Unconscionability under other Common Law Systems

In Singapore, unconscionability exception was first recognized implicitly in the cases *Royal Design Studio Pte Ltd vs. Chang Development Pte Ltd*⁶³ and *Kvaerner Singapore Ltd vUDL Shipbuilding (Singapore) Pte Ltd*⁶⁴. Finally, unconscionability exception was recognised explicitly by Singaporean Court in *Bocotra Constr Pte Ltd vs. Attorney Gen (No 2)*⁶⁵ when the judge held that

⁶¹ *TTI Team Telecom International Ltd vs. Hutchison 3G*, [2003] EWHC 762 (Comm), [2003] 1 All ER (Comm),762.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Royal Design Studio Pte Ltd vs. Chang Development Pte Ltd* [1990] 1 SLR 1116.

⁶⁴ *Kvaerner Singapore Ltd vs. UDL Shipbuilding (Singapore) Pte Ltd* [1993] 3 SLR 350.

⁶⁵ *Bocotra Constr Pte Ltd vs. Attorney Gen (No 2)* (1995) 2 SLR.

“whether there is fraud or unconscionability is the sole consideration in applications for injunctions restraining payment or calls on bonds to be granted”⁶⁶.

The position of *Bocotra Constr Pte Ltd vs. Attorney Gen* (No 2) was later confirmed in *Dauphin Offshore Engineering & Trading Pte Ltd vs. Private Office of HRH Sheikh Sultan bin Kalifa bin Azyed al Nahyan*⁶⁷.

In United States of America, unconscionability has not been codified in UCC. Therefore, it is not recognised in USA as an extension to the fraud rule. Since fraud rule has the statutory recognition, it would be easy to understand the reluctance of judges to introduce a new exception by using case law. However, American legal system has managed to recognize different aspects of unconscionable conducts in guarantees under the board definition of fraud [22]. For example “fraud in transaction” includes aspects of bad faith [22]. Examples can be found in judgements of *Harris Corporation vs. National Iranian Radio and Television*⁶⁸, *Rockwell International Systems vs. Citibank*⁶⁹.

4.3. Implications

Recognition of the unconscionability exception, it has the potential to create some risks at national law level which should be considered by informed judges [23]. Current section of research will briefly touch upon potential risks of recognizing unconscionability exception in the law of letters of credit:

1. Imprecise and unclear definition of unconscionability can be the first source of risk [3, p. 170]. It is really recommended that in the area of law in which clarity and certainty have utmost value it is important to confine the scope of such concepts in order not to depend on judges to access rights of each party [3, p. 170].

2. It is suggested that recognition of unconscionability exception will result in more legal actions and such judicial interventions might undermine the widely recognized principle that “letters of credits are equivalent to cash” [3, p. 171].

⁶⁶ Ibid, p. 744.

⁶⁷ *Dauphin Offshore Engineering & Trading Pte Ltd vs. Private Office of HRH Sheikh Sultan bin Kalifa bin Azyed al Nahyan* [2000] 1 SLR 657.

⁶⁸ *Harris Corporation vs. National Iranian Radio and Television* (1982 11th Cir) 691 F2d 1344.

⁶⁹ *Rockwell International Systems vs. Citibank* (1983 2nd Cir) 719 F2d 583, 588.

3. Recognition of unconscionability exception will result in rise of courts involvement in interlocutory stage in disputes which are about breach or performance of underlying contract. However, a separate proceeding is necessary to resolve such disputes [3, p. 170].

5. Illegality

Illegality is the last exception to the independent principle of documentary credits which is to be discussed in current paper. The illegality exception has roots in the possibility that the illegal nature of the underlying contract can taint the letter of credit process and as a result, bank will be entitled to dishonour the presentation.

There are different reasons for underlying contract to be considered as illegal, it might be infringing lending limits on credits⁷⁰, violation of exchange control laws [24], or violating the government ban on payment to special people or countries⁷¹. On the same basis for application of fraud rule, the legal basis to be used in favour of illegality exception is *exturpi causa non oritur actio* in the meaning of “no court will lend its aid to man who founds his cause of action upon an immoral or an illegal act” [25].

Under English law, there are few cases which raise the issue of illegality exception. In *Group Josi Re*⁷² the argument was around illegality of underlying insurance contract. Therefore, as claimants did not have the authority to work in England, the letter of credit was also affected by illegality⁷³. In the Court of Appeal, Staughton L.J mentioned that letter of credit can be influenced by the illegality of the underlying contract and as a result, court can issue injunction against payment by bank or beneficiary for demanding it⁷⁴. The idea of illegality exception as separate ground for defence was supported one year before in another judgement⁷⁵.

⁷⁰ *Id International Dairy Queen Inc vs. Bank of Wadley* (1976 MD Ala) 407 F Supp 1270.

⁷¹ *Itek Corp vs. First Nat Bank* (1981 D Mass) 511 F Supp 1341; *Harris Corp vs. National Iranian Radio & Television* (1982 11th Cir) 691 F2d 1344; *General Cable Ceat SA vs. Futura Trading Inc* (1983 SDNY) 1983 WL.

⁷² *Group Josi Re vs. Walbrook Ins Co Ltd* [1996] 1 Lloyd’s Rep 345 (CA).

⁷³ Ibid, p. 360.

⁷⁴ Ibid, p. 362.

⁷⁵ *Deutsche Ruckversicherung AG vs. Walbrook Insurance Co Ltd* [1995] 1 WLR 1017 (Com Ct) 1027.

*Mahonia Ltd vs. JP Morgan Chase Bank (No2)*⁷⁶ shed more light on the issue of illegality exception in English Legal System. In this case, plaintiff (Mahonia) pleaded on the basis of the illegality of the underlying contract as the contract was providing a party with a disguised loan which was used by that party for manipulation of his accounts and violation of US Law. During the action for summary judgement, Coleman J rejected the Mahonia's application while arguing that Illegality Exception should be recognised. At trial, Cook J. considered that autonomy principle has not prevented a letter of credit being tainted by the illegality of the underlying transaction. Despite the fact that due to obiter decision of Cook J, Mahonia cannot be considered as a leading case in England, it serves as an indicator for showing the attitude of British courts on the subject matter [3, p. 192]. Later cases showed the same attitude. In *Oliver and Anor vs. Dubai Bank of Kenya*⁷⁷ it was held that fraud and illegality are possible exceptions to autonomy principle⁷⁸. In *Lancore Services Ltd vs. Barclays Bank Plc*⁷⁹, Judge referred to existence of illegality exception as a basis for making decision.

Unified Commercial Code does not recognize the illegality exception in the United States of America. The necessity for accepting illegality as an exception of autonomy principal documentary credits has been promoted by some American scholars including Mc Laughlin comments on providing possibility for bank under UCC to refuse presentation of documents in case illegality in the underlying contract [26, 27]. Despite existence of such supports, general agreement is on not accepting the illegality exception due to its absence in revised UCC article 5. It also worth to mention that in old version of UCC article 5 the illegality issue as defence for bank to affect the payment to beneficiary was expressly rejected [3, p. 193].

In this section, conditions for application of the illegality exception will be reviewed. However, in legal systems which recognize the illegality principle, its scope

of application is so narrow that it cannot be considered as a threat for absolute application of autonomy principle⁸⁰. In English law, conditions for application of illegality exception are taken from the case of *Mahonia*⁸¹:

1. There should be serious allegation of illegality. However, it is not easy to define which constitutes the minor illegality and what is the material one. The test adopted by Cook J. in the court of appeal of *Mahonia* was whether illegality involved the deliberate wrongdoing or not⁸².

2. Bank should be aware of illegality in underlying contract and have the capability to prove it. The same standard of proof as fraud exception applies to the case of illegality. However, while applying for summary judgement, bank is required to prove its real prospect of success at the trial on the basis of illegality exception [3, p. 194]. But at the time of hearing, bank should be sufficiently aware of illegality⁸³. Regarding injunctions, account party should show a seriously arguable case on the ground of illegality for being able to obtain the injunction against the bank or beneficiary [3, p. 194]. At the end, the clear illegality should be proved during the judgment proceedings for claim to be successful⁸⁴.

3. Beneficiary should be either a party to the illegality in the underlying contract or possessing information about it. Since in most cases the beneficiary is not informed about the illegality involved in the underlying contract, the scope of the application of exception seems to be really limited⁸⁵.

4. Finally, it is necessary to determine the degree of connection between the letter of credit and the illegality. In case of *Mahonia*, it was held that illegality should be closely connected to the letter of credit in order to taint it⁸⁶. There is also a criteria to define the degree of connection between illegality and documentary letter of credit [28].

⁸⁰ *St John Shipping Corporation vs. Joseph Rank Ltd* [1957] 1 QB 267 (QB) 288–289.

⁸¹ *Mahonia Ltd vs. JP Morgan Chase Bank (No2)* [2004] EWHC 1938 (Comm).

⁸² *Ibid*, p. 340.

⁸³ *Mahonia* (No1) (n460) 69.

⁸⁴ *Group Josi Re vs. Walbrook Ins Co Ltd* [1996] 1 Lloyd's Rep 345 (CA); *Themehelp Ltd vs. West* [1996] QB 84 (CA).

⁸⁵ *Mason vs. Clarke* [1955] AC 778 (HL).

⁸⁶ *Mahonia* (No1) (n460) 428.

⁷⁶ *Mahonia Ltd vs. JP Morgan Chase Bank (No2)* [2004] EWHC 1938 (Comm).

⁷⁷ *Oliver and Anor vs. Dubai Bank of Kenya* [2007] EWHC 2165 (Comm).

⁷⁸ *Ibid*, p. 12.

⁷⁹ *Lancore Services Ltd vs. Barclays Bank Plc*, [2008] EWHC 1264 (Ch), [2008] 1 CLC 1039.

Conclusion

While principle of Autonomy in international LC transaction tries to protect rights of seller by separating the underlying contract of sales from credit, the principle of strict compliance protects rights of buyer by requiring seller to provide genuine documents which comply with terms of credit. In this way application two main pivotal principles of LC transaction creates balance between contradicting interests of exporter and importer and facilitates the process of international trade. However, absolute application of autonomy principle might lead to abusive demands and fraudulent conduct of beneficiary who presents complying documents to the bank without fulfilling his obligations in underlying contract of sales. Fraud rule as the first exception to the absolute application of autonomy principle in LC operation has been recognized for the first time in American case of *Sztejn* and later got recognition in all common law jurisdictions. Increasing number of legal cases on different issues resulted in recognition of further exceptions to autonomy principle of LC operation in common law countries. Namely, nullity has been recognized in Singapore while being rejected in England, illegality and unconscionability also have been demonstrated a significant potential to be recognized as other exceptions to principle of Autonomy in Documentary Letters of Credit.

Despite main similarity among all exceptions to the principle of autonomy in documentary letters of credit which is presentation of complying but unreal documents by beneficiary to the bank, each exception has a particular characteristic which helps court to distinguish it from others. Nullity would be result of defect which makes a document void ab initio. Such defect might be outcome of forgery or an innocent mistake. Recklessness expectation is mostly applied under the condition which nullity is not recognized and it provides bank not to pay against presentation of void by complying documents by beneficiary. Unlike nullity exception which is more relevant beneficiary's lack of knowledge about void nature of presented documents, recklessness will be applied to blameworthy conduct of beneficiary when he presents documents to bank despite his knowledge from their null nature. Under unconscionability exception, which applies mostly to demand guarantees, there is no fraud or other type of forgery in presented documents. However, law provides protection for account party against abusive demand of beneficiary against his conduct to make the

demand for payment based on bad faith. Such exception is applicable when making the demand will be an abuse of beneficiary's right under demand guarantee. Unlike other exceptions to the principle of autonomy, illegality deals with extent to which illegality of underlying contract affects right and obligations of parties to LC.

There is still long way to be taken by common law courts (particularly English ones) to achieve a harmonized approach to problem of fraud and other exceptions to the principle of autonomy of documentary letters of credit. Current paper took a critical approach to such divergent view of courts to the fraud rule and other exception to the principle of autonomy in common law jurisdictions by analysing historical and current situation of different expectations to autonomy principle in LC transaction among different Common Law Jurisdictions. In conclusion, recognition of nullity of tendered documents and also fraud of third party by English legal system are recommended. It is suggested that according to an implied term in credit, beneficiary is expected to provide genuine documents which comply of their face with terms of credit. Therefore, beneficiary should be more careful and vigilant about genuineness of documents in cases that he is not producer of them. It is also recommended to limit the application of unconscionability to the demand guarantees and not to extend it to the commercial letters of credits.

References / Список литературы

1. Arkins J. R. C. (2000). Snow white vs. Frost white: The New Cold War in Banking Law, *Journal of International Banking Law, J.I.B.L.*, 2000, 15(2), 30–41.
2. Dolan J. F. (1996). *The Law of the Letter of Credit: Commercial and Standby Credits, Fourth Ed, Warren, Gorham & Lamont Incorporated, USA*, 250.
3. Enonchong N. (2011). *The independence principle of letters of credit and demand guarantees*. Oxford University Press.
4. Gao X., & Buckley, R. P. (2003). Comparative Analysis of the Standard of Fraud Required under the Fraud Rule in Letter of Credit Law, *A. Duke J. Comp. & Int'l L.*, 13, 293.
5. Garcia RLF. Autonomy principle of the letter of credit (2009), *Mexican Law Review*, 69.
6. *Trade Finance Fraud – Understanding the Threats and reducing the Risk*, A Special Report prepared by the ICC International Maritime Bureau (Paris), 2002, p. 9.
7. Buckley R. P. & Gao X. (2002), p. 663 referring to Anon "Fraud in the Transaction": Enjoining Letters of Credit during the Iranian Revolution' 93 (1980) *Harvard Law Review*. p. 92.
8. *Schmitthoff's Export Trade – The Law and Practice of International Trade* (12th ed., 2012) Sweet & Maxwell, p. 210.

9. Gao X., *The fraud rule in the law of Letters of Credit* (2002), The Hague, p. 30.
10. Lu Lu. *The Exceptions in Documentary Credits in English Law*. (2011), p. 75.
11. Kelly-Louw M., 2008. *Selective legal aspects of bank demand guarantees* (Doctoral dissertation), 222.
12. Ellinger P., Noe D., *The Law and Practice of Documentary Letters of Credit*, (2010), 170.
13. Donnelly K. 'Nothing for nothing: a nullity exception in letters of credit' (2008) 4 JBL 316, 317.
14. Guest A. (Gen ed). *Benjamin's Sale of Goods*, 6th edn (Sweet & Maxwell 2002) [19-034].
15. Malek A. and Quest D., 2009. *Jack: Documentary Credits*, Tottel Publishing, 250.
16. Neo D. 'A Nullity Exception in Letter of Credit Transactions' (2004) *Singapore Journal of Legal Studies* 46, 71.
17. Goode R. M. *Commercial Law*, Second Edition (London, Penguin 1995), 1009.
18. Hooley R. 'Fraud in Documentary Credits: is there a nullity exception' (2002) *Cambridge Law Journal*, 279, 281.
19. Goode R. *Commercial Law* (4th edn, Penguin, 2009) 1104–1106.
20. Alavi, H. (2016). Comparative study of Unconscionability exception to the principle of autonomy in law of Letter of Credits. *Acta Universitatis Danubius. Juridica*, 12(2). 94.
21. Pierce A. Demand Guarantees in International Trade (Sweet & Maxwell, 1993), 198.
22. Fedotov A. 'Abuse, unconscionability and demand guarantees: new exception to independence' (2008) 11 *Int'l Trade & Bus L Rev*, 49, 62.
23. Loi K. 'Two decades of restraining unconscionable calls on performance guarantees' (2011) 23 *SAC LJ* 504, 512.
24. Mugasha A. 'Enjoining the Beneficiary's Claim on a Letter of Credit or Bank Guarantee' (2004) 5 *JBL* 515.
25. Enonchong N. *The Autonomy Principle of Letters of credit: an Illegality exception?* (2006) LMCLQ.
26. Mc Laughlin G. *Standby Letters of Credit and Guarantees: An Exercise in Cartography* (1993) 34 *Wm*.
27. McLaughlin G. *Letters of Credit and Illegal Contracts: The Limits of the Independence Principle* (1989) 49 *OHIO ST LJ*, 1197.
28. Stowe H. 'The "Unruly House" has Bolted' (1994) 57 *MLR* 441; R Buckley, 'Law's Boundaries and the Challenge of Illegality' in R Buckley (ed), *Legal Structures* (Chancery Wiley Law publications 1996), 233.

Received 01.07.2016

Accepted 31.08.2016

Available online 20.09.2016

© Alavi H., 2016.

Information about the author

Hamed Alavi, Lecturer, Tallinn Law School, Tallinn University of Technology, Estonia; PhD candidate, Faculty of Law, Universitat Autònoma de Barcelona, Spain

Address: Ehitajate tee 5, 19086 Tallinn, Estonia, tel.: (+372) 620 2002

E-mail: hamed.alavi@ttu.ee

For citation: Alavi H. Exceptions to principle of autonomy in documentary letters of credit; a comparative view, *Actual Problems of Economics and Law*, 2016, vol. 10, No. 3, pp. 123–150. DOI: <http://dx.doi.org/10.21202/1993-047X.10.2016.3.123-150>

УДК 339.7:347.73./76

Х. АЛАВИ¹

¹ Таллиннская школа права, Таллиннский технический университет, г. Таллинн, Эстония

ИСКЛЮЧЕНИЯ ИЗ ПРИНЦИПА АВТОНОМИИ ТОВАРНЫХ АККРЕДИТИВОВ: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ

Цель: сравнительный анализ исключения из принципа автономии товарных аккредитивов.

Методы: диалектический, системный, анализ, синтез, сравнение.

Результаты: обосновано, что товарные аккредитивы являются одним из самых распространенных методов платежа в международной торговле, поскольку они упрощают процесс транзакции путем уменьшения риска потенциального покупателя с помощью банковских гарантий. Доказано, что товарные аккредитивы должны соответствовать двум

Alavi H. *Exceptions to principle of autonomy in documentary letters of credit; a comparative view*

Алави Х. *Исключения из принципа автономии товарных аккредитивов: сравнительный анализ*

принципам: автономии (независимости) и строгого соблюдения (условий). Выявлена закономерность, согласно которой суды разных государств начали признавать исключения из принципа автономии в международных сделках с товарными аккредитивами, несмотря на свое нежелание вмешиваться в функционирование этого принципа.

Научная новизна: в данной статье рассматривается принцип автономии и признанные исключения из него в сравнительном ключе, обосновывается необходимость признания принципа автономии в международных сделках с товарными аккредитивами в рамках юрисдикции суда общего права, перечисляются исключения, уже признанные судами, и анализируется отношение к ним судов в других странах общего права.

Практическая значимость: работа предназначена для научных и педагогических работников, практикующих юристов, аспирантов, студентов и всех интересующихся принципом автономии товарных аккредитивов.

Ключевые слова: гражданское право; товарный аккредитив; принцип автономии; принцип строгого соблюдения; международная торговля; метод платежа; международные сделки

Как цитировать статью: Алави Х. Исключения из принципа автономии товарных аккредитивов: сравнительный анализ // Актуальные проблемы экономики и права. 2016. Т. 10, № 3. С. 123–150.
DOI: <http://dx.doi.org/10.21202/1993-047X.10.2016.3.123-150>

Введение

Согласно «Унифицированным правилам и обычаям для документарных аккредитивов» (Uniform Customs and Practices for Documentary Letters of Credit) (текущая версия UCP 600), операции с товарными аккредитивами должны подчиняться двум принципам: автономии и строгого соблюдения [условий]. Различные статьи UCP 600 определяют принцип строгого соблюдения, подчеркивая обязанность банка-эмитента признавать представленные бенефициаром предусмотренные документы по кредиту только при условии, что все представленные документы полностью соответствуют предусмотренным условиям самого кредита¹. В результате банк, который выплачивает деньги под представление документов по сделке с аккредитивами, будет правомочен получить компенсацию от соискателя, только если проверка документов покажет их строгое соответствие требованиям кредита. Статья 14 UCP 600 определяет стандарт для проверки и выяснения соответствия документов требованиям кредита:

«Стандарт для проверки документов:

а. Назначенный банк, действующий в рамках своего назначения, подтверждающий банк при его наличии и банк-эмитент должны изучить представленные документы, чтобы определить лишь на основании представленных документов, являются ли данные документы соответствующими требованиям.

d. Содержащиеся в документах данные, в контексте кредита, сами документы и стандартная международная банковская практика не обязательно должны быть идентичны, но не должны вступать в противоречие с данными в указанном документе, любых других предусмотренных документах или в кредите».

Фактически принцип строгого соответствия защищает интересы соискателя, когда необходимо удостовериться, что отгруженные продавцом-бенефициаром товары соответствуют требованиям, оговоренным соискателем-покупателем в базовом контракте. Однако в рамках данной статьи принцип автономии понимается лишь как факт, что при разрешении платежа банки опираются лишь на предоставленные бенефициаром документы, не проверяя при этом выполнение базового контракта. Ученые считают принцип автономии в международных сделках с аккредитивами «краеугольным камнем коммерческой валидности аккредитивов»² и «двигателем аккредитива» [1]. Статья 4 UCP 600 четко определяет принцип автономии:

«Кредиты и контракты

По своей природе кредит является сделкой, отдельной от продажи или другого контракта, на котором он может быть основан. Банки ни в коей мере не заинтересованы и не связаны этим контрактом, даже если какая-либо ссылка на него включена в кредит. Следовательно, попытка банка одобрить, оспорить

¹ UCP 600. Ст. 2; 7(a), 8(a)(c) и 15; 14 и 34.

² Ward Petroleum Corp. vs Federal Deposit Inc. Corp (1990) 903 F. 2d 1299.

или выполнить какие-либо другие обязательства по кредиту не подлежит претензиям или возражениям соискателя, вытекающим из его отношений с банком-эмитентом или бенефициаром».

Согласно принципу автономии, как ясно следует из текста ст. 4 UCP 600, бенефициар получает гарантию оплаты после представления в банк предусмотренных документов, оговоренных по кредиту, если ни соискатель, ни банк-эмитент не могут оспорить эти выплаты ссылкой на его неспособность выполнить свои обязательства по базовому контракту. Следовательно, можно сделать вывод, что принцип автономии – это средство развития международной торговли по принципу «сначала заплати – затем оспаривай» [2]. Принцип автономии признается в различных юрисдикциях. Например, он был подтвержден во многих делах в Великобритании, включая *Hamzeh Malas & Sons vs. British Imex Industries Ltd*³, *United City merchants (Investment) Ltd vs. Royal Bank of Canada*⁴, *Trans Trust SPRL vs. Danubian Co Ltd*⁵. Признавая значимость принципа автономии в деле *United City merchants (Investment) Ltd vs. Royal Bank of Canada*⁶, Lord Diplock указывает: «Весь коммерческий смысл развития системы подтвержденных безотзывных товарных аккредитивов в международной торговле состоит в том, чтобы предоставить продавцу гарантированное право получить оплату до того, как он утратит возможность контролировать свои товары, что не предусматривает никаких споров с покупателем по поводу исполнения договора купли-продажи как основания для неплатежа или уменьшения или отсрочки платежа»⁷.

В американском праве сделки с товарными аккредитивами регулируются ст. 5 исправленной версии Единого Коммерческого кодекса (Unified Commercial Code) (UCC). Хотя предыдущая версия UCC не признавала принцип автономии [3], в текущей версии ясно дифференцируются действия банка-эмитента

в зависимости от существования, исполнения или неисполнения базового контракта.

«Права и обязанности эмитента по отношению к бенефициару или назначенному лицу по аккредитиву не зависят от существования, исполнения или неисполнения контракта или договоренности, из которой вытекает или на которой основан аккредитив, включая контракты или договоренности между эмитентом и соискателем и между соискателем и бенефициаром»⁸.

«Эмитент не несет ответственности за исполнение или неисполнение базового контракта, договоренности или сделки»⁹.

Безусловная и безотзывная гарантия¹⁰, обеспеченная принципом автономии, согласно которой бенефициар получит оплату до передачи товаров по договору купли-продажи (в случае переуступки кредита неготирующему или подтверждающему банку¹¹), может иметь результатом следующие три ситуации. Во-первых, бенефициар может исполнить свои обязательства в рамках базового договора и представить предусмотренные документы в банк. В результате кредит будет одобрен после должной проверки документов банком. Во-вторых, бенефициар может исполнить свои обязательства в рамках договора купли-продажи, но не представить предусмотренные документы в банк. В этом случае представленные документы могут получить или не получить одобрение банка, поскольку банк-эмитент имеет полномочия потребовать от соискателя отказа от своих прав либо потребовать от бенефициара исправить документы¹². Третья ситуация возникает, когда бенефициар представляет предусмотренные документы в банк, но не исполняет свои обязательства в рамках базового контракта. В такой ситуации применение принципа автономии создаст слабую позицию для соискателя в отношении неправомочных требований бенефициара и предоставления им фальшивых предусмотренных документов. Долгое время правоведы выступали за безусловное применение принципа автономии в сделках с товарными аккредитивами¹³. Однако постоянно

³ *Hamzeh Malas & Sons vs. British Imex Industries Ltd* [1958] 2 QB 127; [1958] 2 WLR 100; [1958] 1 All ER 262, C.A.

⁴ *United City Merchants (Investments) Ltd vs. Royal Bank of Canada* [1983] 1 AC 168.

⁵ *Trans Trust SPRL vs. Danubian Co Ltd* [1952] 2QB 297 at 304.

⁶ *United City Merchants (Investments) Ltd vs. Royal Bank of Canada* [1983] 1 AC 168.

⁷ Там же. С. 183.

⁸ UCC. Ст. 5-103(d).

⁹ UCC. Ст. 5-108(f)(1).

¹⁰ UCP 600. Ст. 3.

¹¹ UCP 600. Ст. 8.

¹² UCP 600. Ст. 16.

¹³ *United City Cooperation vs. Allied Arab Bank* (1985) 2 Lloyds Rep. 554, 561.

повторяющиеся юридические дела о мошенничестве в международных сделках с аккредитивами привели к необходимости признать существование исключений из принципа автономии в случае сделок с неправомочными или мошенническими требованиями бенефициара. Первым исключением из абсолютного принципа автономии стало мошенничество. Хотя в целом это исключение признается во многих юрисдикциях, не существует единого стандарта по сбору доказательств, согласно которым в данной ситуации следует руководствоваться этим исключением, а не принципом автономии [4]. Другое исключение было введено позже в результате внимания к соблюдению государственных интересов и государственной политики при международных торговых сделках [5]. Другие исключения из принципа автономии в международных сделках с аккредитивами включают незаконность, ничтожность, недостойное поведение и небрежность бенефициара. В данной статье представлен полный аналитический обзор различных исключений из принципа автономии товарных аккредитивов, а также аргументов за и против их признания в различных юрисдикциях.

Исключение в случае мошенничества

Мошенничество – одно из древнейших и известнейших явлений в сфере бизнеса. «С тех пор как существуют коммерческие системы, были и те, кто пытаются манипулировать этими системами» [6]. Поскольку в обязанности банка не входит проверять предоставленные бенефициаром документы и выполнение его обязанностей по базовому договору, признано, что это «самая противоречивая и запутанная область» [7], затрагивающая «самую суть товарных аккредитивов» [4, р. 293].

Правоведы и представители различных юрисдикций по-разному рассматривают исключение в случае мошенничества из принципа автономии товарных аккредитивов. Полное отсутствие освещения данной проблемы в UCP (текущая версия UCP 600) – самом известном сборнике норм относительно сделок с аккредитивами – говорит о том, что в международном деловом сообществе не выработано единого гармонизированного подхода к данной проблеме. Разнообразие подходов проявляется даже на уровне дефиниций: Schmithoff считает, что исключение в случае мошенничества – это действие, «позволяющее суду принимать во внимание другие свиде-

тельства, помимо действующих условий кредита, и основанное на максиме *ex turpi causa non oritur actio*» [8]. Согласно Х. Гао, исключение в случае мошенничества – это «экстраординарное правило, поскольку оно представляет собой отход от основного принципа законодательства в области аккредитивов – принципа независимости. Оно позволяет эмитенту или суду рассматривать факты помимо соответствующих документов и отменять платежи по аккредитиву, если в рамках сделки наблюдаются признаки мошенничества» [9, р. 30].

Х. Гао называет три различных основания для признания и применения «правила мошенничества» [9, р. 29]. Во-первых, оно закрывает пробел в законодательстве при абсолютном применении принципа автономии в международных сделках с аккредитивами, когда у бенефициара есть возможность предоставить в банк фальшивые, хотя и предусмотренные документы, чтобы получить выплаты без выполнения своих обязательств по базовому контракту. Несмотря на серьезные сомнения в способности «правила мошенничества» предотвратить мошенничество и противоправные требования бенефициара, оно потенциально может закрыть пробел в законодательстве, возникший из-за принципа автономии. Второе основание – контроль государственных институтов за мошенническими действиями в обществе. Бенефициар не должен иметь возможности получить выгоду от принципа автономии путем предоставления фальшивых документов [9, р. 29]. В британском деле *United City Merchants (Investment) Limited vs. Royal Bank of Canada*¹⁴ Lord Diplock поднимает проблему *ex turbi causa non oritur*, которая относится к намерению суда не допустить мошенничества со стороны нечестного человека при помощи судебной процедуры¹⁵. Третье основание – это поддержание коммерческой полезности аккредитивов. Если предоставляемые документы обеспечивают защиту банка как гаранта платежа до реальной отгрузки товара, то совершение мошенничества бенефициаром будет затрагивать интересы банка. Поэтому, если у бенефициара есть шанс

¹⁴ *United City Merchants (Investment) Limited vs. Royal Bank of Canada* [1982] 2 All E.R. 725.

¹⁵ Перевод фразы *Ex turpi causa non-oritur actio* – «ни одно дело не может основываться на бесчестных основаниях», Law J & Martin EA 'A Dictionary of Law' 7 ed (2009).

обмануть банк путем подачи фальшивых документов, то в результате теряется доверие всех сторон в сделках с товарными аккредитивами как безопасным способом платежей в международной торговле [7].

1. Применение «правила мошенничества»

В данном разделе представлен сравнительный анализ применения «правила мошенничества» в различных юрисдикциях, а именно в США и Великобритании. Несмотря на то, что английское право находится под сильным влиянием положений американского законодательства в области товарных аккредитивов, исследования показывают значительные различия в применении «правила мошенничества» по законам США и Великобритании. Хотя исследование применения исключения в случае мошенничества в сделках с аккредитивами в рамках Гражданского кодекса и его сопоставительное исследование в рамках системы гражданского законодательства может значительно расширить наше представление о данной проблеме, оно не является предметом настоящей работы. В нашем исследовании мы ограничиваемся рассмотрением применения исключения в случае мошенничества из принципа автономии в международных сделках с аккредитивами в рамках юрисдикций судов общего права.

1.1. «Правило мошенничества» в США

Развитие «правила мошенничества» в американском законодательстве можно разбить на три периода: до UCC, ст. 5 в предыдущем UCC и ст. 54 в текущем UCC [7, p. 294].

До принятия UCC «правило мошенничества» в США регулировалось прецедентным правом. Основным прецедентом в этом отношении считалось дело *Sztejn vs. Henry Schroder Banking Corporation*¹⁶. Гао пишет: «Оно определило «правило мошенничества» практически во всех юрисдикциях» [9, p. 32].

В этом деле договор купли-продажи был подписан между *Sztejn* (соискатель) и *Transea Traders Ltd* (бенефициар), причем банк-эмитент *Schroder* перевел тратту на *Chartered Bank* (банк, предоставляющий чек к оплате). До подачи документов бенефициаром *Sztejn* попросил суд приостановить платежи на том основании, что

в поставках была «коровья шерсть, другие бесполезные материалы и мусор с целью симулировать настоящие товары и обмануть истца»¹⁷. Упомянулось также, что *Chartered Bank* не может быть признан законным держателем, так как является банком-инкассатором для бенефициара (*Transea*). Судья *Shinetaq* признал все заявления в ходе слушания дела истинными и сделал комментарий: «Разумеется, применение этой доктрины [принципа независимости] предполагает, что документы, сопровождающие тратту, являются истинными и соответствуют требованиям аккредитива»¹⁸.

Позднее в ходе слушания судья *Sheintag* вынес судебный запрет в пользу *Sztejn* на следующем основании: «*Transea* вступил в сговор с целью обмануть истца... товар, отгруженный *Transea*, является не имеющим ценности мусором, а *Chartered Bank* не является добросовестным держателем тратты, а пытается получить оплату тратты для *Transea*»¹⁹.

В деле *Sztejn*, кроме мошенничества бенефициара, обсуждались еще две проблемы [10]. Во-первых, интересы безопасности банка, что рассматривалось как дополнительная причина для применения «правила мошенничества». По словам судьи *Sheintag*, «хотя первичным фактором для выпуска аккредитива является кредитная репутация покупателя, безопасность, предоставляемая этим видом сделки, также принимается во внимание»²⁰. Вторая проблема – оградить добросовестного держателя от негативных последствий применения «правила мошенничества»: «По данному ходатайству мне было представлено лишь заявление, которое гласит, что *Chartered Bank* не является правомочным держателем, а является лишь агентом для получения денег в пользу продавца, обвиняемого в мошенничестве. На ходатайство *Chartered Bank* 'а отклонить это заявление должен быть дан отрицательный ответ, поскольку документы, представляющие тратту к платежу, свидетельствуют о добросовестности держателя, и его претензия против банка, выпустившего аккредитив, будет отклонена, даже если первоначальная транзакция была мошеннической»²¹.

¹⁷ Там же. С. 633.

¹⁸ Там же.

¹⁹ Там же.

²⁰ Там же. С. 634–635.

²¹ Там же.

¹⁶ *Sztejn vs. Henry Schroder Banking Corporation* 31 NYS 2d 631 (1941).

Следовательно, можно сделать вывод, что в американском праве решение суда по делу *Sztejn* заложило следующие основы для «правила мошенничества»:

А. Единственным условием, которое отменяет абсолютное применение принципа автономии, является мошенничество бенефициара, и для применения этого исключения мошенничество должно быть установлено, тогда как одних лишь заявлений о мошенничестве недостаточно для вмешательства в процесс выплат банком.

В. Суд не останавливает процесс выплат добросовестному держателю даже в случае доказанного мошенничества бенефициара.

После введения *Unified Commercial Code* в США в 1950-е гг. исключение в случае мошенничества в сделках с товарными аккредитивами вошло в текст разд. 114(2) ст. 5 [11]:

«Если не оговорено иное, если представленные документы соответствуют условиям кредита, но фактически не подтверждают гарантий, данных по сделке или передаче документа о праве собственности (разд. 7–507) или документарной ценной бумаги (разд. 8–108), или являются фальсифицированными или мошенническими, или сделка является мошеннической:

(а) эмитент должен одобрить тратту или требование платежа, если требование такого одобрения выдвинуто негицирующим банком или другим держателем тратты или требования, который принял на себя тратту или требования по кредиту или в силу иных обстоятельств является правомерным держателем (разд. 3–302), или, в соответствующих случаях, человеком, которому был должным образом передан документ о праве собственности (разд. 7–502), или добросовестным покупателем документарной ценной бумаги (Раздел 8–302);

и (b) во всех остальных случаях противоречий с клиентом эмитент может одобрить тратту или требование платежа, несмотря на указание клиента на мошенничество, фальсификацию или другое препятствие, не вытекающее из представленных документов, однако суд соответствующей юрисдикции может наложить запрет на это одобрение».

После пересмотра ст. 5 УСС в 1995 г. «правило мошенничества» содержится в разд. 109 ст. 5. При этом «правило мошенничества» существенно изменилось [9, р. 45; 4, р. 315; 11, р. 222]. В настоящее время принципы исключения в случае мошенничества по

американскому законодательству выглядят следующим образом:

– Во-первых, на основании ст. 5-109 УСС совершение мошенничества влияет на обычный процесс операций с товарными аккредитивами. Это влияние включает: отказ банка выполнять обязательства по кредиту после предоставления документов бенефициаром²² и выдачу заявителю предписания о приостановлении выплат банком²³ [9, р. 46].

– Во-вторых, помимо установления стандартов доказательства мошенничества, ст. 5–109 устанавливает, что по американскому законодательству исключением в случае мошенничества считается мошенничество как в документах, так и в базовом контракте [11, р. 222].

– В-третьих, ст. 5–109(1) определяет четыре группы людей, к которым неприменимо «правило мошенничества»: «А) Назначенное добросовестное лицо, производившее выплаты, не зная о мошенничестве; Б) Подтверждающее лицо, которое выдало свое одобрение добросовестно; В) Правомерный держатель тратты по аккредитиву, одобренный эмитентом или назначенным лицом; Г) Правопреемник по отсроченным обязательствам эмитента или назначенного лица, который пользуется доверием и не был замечен в фальсификации или материальном мошенничестве после того, как данные обязательства были возложены на него эмитентом или назначенным лицом»²⁴.

– В-четвертых, ст. 5-109 (b) определяет условия наложения запрета судом и применения исключений в случае их подтверждения²⁵.

В настоящее время уточненная ст. 5-109 УСС является самым всеобъемлющим положением в области «правила мошенничества» в странах общего права [11, р. 242].

1.2. Исключение в случае мошенничества по британскому праву

По английскому законодательству исключение в случае мошенничества признается и рассматривается в рамках общего права [7, р. 687]. Несмотря на это, английские суды неохотно вмешиваются в принцип

²² UCC. Section 5-109(a)(2).

²³ Section 5-109(b).

²⁴ UCC, ст. 5-109(a)(1).

²⁵ UCC, ст. 5-109(b).

автономии и применяют исключение в случае мошенничества. Это явно демонстрируют самые известные судебные дела в отношении «правила мошенничества» по английскому законодательству²⁶.

Как уже отмечалось, английские суды лишь очень ограниченно применяют исключения в случае мошенничества в сделках с товарными аккредитивами, хотя и признают их. В целом масштаб применения данного исключения по английскому законодательству сводится к трем областям: материальное искажение фактов, осведомленность бенефициара, мошенничество в базовом договоре купли-продажи vs. мошенничество в документации [12, p. 141].

1.2. А) Материальное искажение фактов

Сущность материального искажения фактов объяснил Lord Diplock в деле *United Trading Corporation SA and Murray Clayton Ltd vs. Allied Arab Bank Ltd*²⁷:

«Из этого общего принципа [независимости] в отношении контрактных обязательств ратифицирующего банка перед продавцом есть одно исключение: а именно если продавец с целью получения кредита мошеннически представляет в ратифицирующий банк документы, которые явно или неявно содержат материальное утверждение фактов, которые ему известны как ложные»²⁸.

Хотя специалистами в области английского права не выработано единого определения материального

искажения фактов, оно было признано в качестве доказательства мошенничества с товарными аккредитивами и применялось в ряде дел, включая *Themehelp Ltd. vs. West*²⁹ и *Banco Santander S.A. vs. Bayfern Ltd*³⁰.

1.2. В) Осведомленность бенефициара

Согласно решению суда в деле *United City Merchants*, нельзя считать бенефициара ответственным за искажение фактов, если он не был осведомлен об этом деянии [12, p. 142]. Следовательно, комментарий Lord Diplock можно интерпретировать следующим образом: чтобы приостановить выплаты бенефициару, он не только должен нести ответственность за материальное искажение фактов, но и быть осведомленным о таком искажении в момент подачи документов. Осведомленность бенефициара о материальном искажении фактов, даже если он не несет ответственности за производство такого рода документов, достаточна для применения «правила мошенничества» [12, p. 142].

Следовательно, необходимо определить степень осведомленности бенефициара до применения «правила мошенничества». С этой целью используется тест на презумпцию благоразумности действий, проясняющий реальную осведомленность бенефициара и его отношение к искажению фактов. Таким образом, сознательное замалчивание правды бенефициаром может служить основанием для решения суда о том, что он в действительности знал о фальсификации [12, p. 142].

1.2. С) Мошенничество в базовом договоре купли-продажи vs. мошенничество в документации

Из заявления Lord Diplock в деле *United City Merchants* в отношении мошенничества в документах остается неясным, было ли это сказано о конкретном деле или такое условие распространялось на все случаи мошенничества с товарными аккредитивами. Более поздние судебные дела в английском праве, такие как *Czarnikow-Rionda Sugar Trading Inc vs. Standard Bank London*³¹, не применяют этот принцип так строго, после того как Rix J. в апелляционном суде добился отмены

²⁶ Самые известные судебные дела в отношении «правила мошенничества» по английскому законодательству следующие: *HamzehMalas and Sons vs. British Imex Industries Ltd* [1958] 2 QB; *Harbottle (RD) (Mercantile) Ltd vs. National Westminster Bank Ltd* [1978] 1 QB; *Edward Owen Engineering Ltd vs. Barclays Bank International Ltd.* [1978] 1 Lloyd's Rep; *Discount Records Ltd. vs. Barclays Bank Ltd* [1975] 1 Lloyd's Law Reports; *Discount Records Ltd vs. Barclays Bank Ltd* [1975] 1 Lloyd's Law Reports; *United City Merchants (Investment) Limited vs. Royal Bank of Canada* [1979] 1 Lloyd's Law Reports; *United Trading Corporation SA and Murray Clayton Ltd vs. Allied Arab Bank Ltd* [1985] 2 Lloyd's Law Reports 554 (CA); *ThemehelpLtd. vs. West.* (1995) 4 All E.R. 215; *Banco Santander S.A. vs. Bayfern Ltd.* 1999 WL 250019 (Q.B. June 9, 1999), *Czarnikow-Rionda Sugar Trading Inc vs. Standard Bank London* (1996) 1WRL 1152; *Angelica-Whitewear Ltd vs. Bank of Nova Scotia* 36 D.L.R. (4th) 161, EYB 1987; *White and Co Inc vs. Chamet Handel Training (S) Pte Ltd*(1993) 1 SLR 65.

²⁷ *United Trading Corporation SA and Murray Clayton Ltd vs. Allied Arab Bank Ltd* (1983) 1 A.C. 168.

²⁸ Там же. С. 183.

²⁹ *ThemehelpLtd. vs. West.* (1995) 4 All E.R. 215.

³⁰ *Banco Santander S.A. vs. Bayfern Ltd.* 1999 WL 250019 (Q.B. June 9, 1999), aff'd, 2000 WL 191098 (C.A. Feb. 25, 2000).

³¹ *Czarnikow-Rionda Sugar Trading Inc vs. Standard Bank London* (1996) 1WRL 1152, 1161.

запрета платежей на основании отсутствия других свидетельств, кроме не подтвержденного документами заявления о применении «правила мошенничества»³². Утверждается также, что, кроме использования принципа *Ex turpi causa non-oritur action* как основания для удержания бенефициара от действий по «правилу мошенничества», полезно также использовать дополнение к базовому договору, в котором бы четко указывалось, что требования бенефициара по кредиту основаны на мошенничестве [12, р. 143]. Изучение позиции других юрисдикций общего права подтверждает применение исключения в случае мошенничества в рамках базового контракта. Например, в США текущая версия UCC (ст. 5-109) подтверждает применение «правила мошенничества» к базовому контракту [7, р. 317].

«Необходимо, чтобы мошеннический аспект документа являлся материальным для покупателя данного документа или чтобы акт мошенничества был значимым для участников базовой транзакции»³³.

В канадском деле *Bank of Nova Scotia vs. Angelica-Whitewear Ltd*³⁴ судья *Le Dain J* Верховного Суда Канады подтвердил применение «правила мошенничества» к базовому контракту.

В Сингапуре применение «правила мошенничества» ограничено мошенничеством в документах. Согласно решению апелляционного суда по делу *White and Co Inc vs. Chamet Handel Training (S) Pte Ltd*³⁵, при применении исключения в случае мошенничества к принципу автономии, свидетельства ограничены документами, представляемыми бенефициаром, а мошенничество в базовом договоре не влияет на обязанности банка по отношению к нему³⁶.

2. Исключение по ничтожности

Исключение по ничтожности применяется, когда бенефициар не знает о ничтожности или недействительности имеющегося у него документа. Напротив, исключение в случае мошенничества предполагает

[фактическую] осведомленность бенефициара о материальном искажении представленных документов. Ничтожность может возникнуть, когда документ формально соответствует условиям кредита, однако является либо фальсификацией, либо не имеет законной силы. «Правило мошенничества» не может применяться, если бенефициар не знает о фальсификации документа и не участвовал в его производстве. В результате «возникает вопрос, следует ли признать исключение в случае ничтожности из принципа автономии в том смысле, что банк должен будет отклонить фальсифицированный документ, несмотря на его соответствие формальным требованиям» [12, р. 168].

В данном разделе работы мы рассмотрим определенные исключения в случае ничтожности, проанализируем ряд судебных дел юрисдикции общего права и применим критический подход к аргументам за и против признания исключения в случае ничтожности.

2.1. Что такое ничтожность?

Определение исключения в случае ничтожности дать непросто. Любое такое определение приведет к тому, что банк не будет производить выплаты, признавая документ ничтожным и не имеющим законной силы [13, pp. 316, 317]. Фактически концепция ничтожности не получила должного обоснования в аспекте товарных аккредитивов [13, pp. 316, 317]. Такая неопределенность вызывает значительные трудности признания исключения в случае ничтожности в системе общего права. Примеры из английского права демонстрируют различные подходы к определению ничтожности. Так, в деле *Tek Chao vs. British Traders and Shippers*³⁷ было установлено, что просроченный коносамент «не имеет ценности, но не является полностью ничтожным»³⁸. Однако в деле *Egyptian International Foreign Trade Co vs. Soplex Wholesale Supplies (The Raffaella)*³⁹ такой же коносамент описывается как «ничтожный клочок бумаги»⁴⁰. При этом в деле *United City Merchants* коносамент с неверной датой был расценен как «далеко не ничтожный» [3, р. 146]. Очевидно, что концепция ничтожности в английском праве не определена [13, р. 317]. Право-

³² Там же.

³³ Official Comment to Article 5 of the Uniform Commercial Code, para. 2.

³⁴ *Angelica-Whitewear Ltd vs. Bank of Nova Scotia* 36 D.L.R. (4th) 161, EYB 1987.

³⁵ *White and Co Inc vs. Chamet Handel Training (S) Pte Ltd* 1993) 1 SLR.

³⁶ Там же. С. 65.

³⁷ [1954] 2 QB 459 (QB).

³⁸ Там же. С. 476.

³⁹ [1984] 1 Lloyd's Rep 102 (CA).

⁴⁰ Там же. С. 116.

ведами выдвигались различные предложения определения ничтожности документа. Например, обсуждался вопрос, будет ли фальсификация или ошибочность в документации нарушать «целостность или сущность инструментария» [14, 15]. Предлагалось считать такой инструментарий не имеющим законной силы [16]. На этом основании решение суда по делу *United City Merchants* находится в соответствии с определением ничтожности, так как просроченный коносамент остается валидным документом и держатель может использовать его для получения товара⁴¹.

2.2. Признание по закону

Английское право признает три случая исключения по ничтожности. А именно решение апелляционного суда и Палаты лордов по делу *United City Merchants* и решение апелляционного суда по делу *Montrod Ltd vs. GuundkOtterFleischvertriebs GmbH*⁴². В деле *United City Merchants* вопрос о влиянии ничтожности документов был оставлен открытым. Однако судья Ackner LJ из апелляционного суда прокомментировал, что «не видит законных оснований, по которым банк имел бы право платить и дебетовать счета заявителя. (...) (Банк) нельзя обязать принимать документы или производить выплаты по документам, которые он считает ничтожными»⁴³. В решении Палаты лордов Lord Diplock указывает, что нельзя ставить бенефициара в худшее положение, чем правомерного держателя, пока не решен вопрос с правами невиновного бенефициара [3, p. 146].

Наконец, в решении апелляционного суда по делу *Montrod Ltd vs. GuundkOtterFleischvertriebs GmbH* судья Potter LJ постановил, что в английском праве нет исключения по ничтожности⁴⁴. Согласно его заключению, «здоровые рассуждения требуют не расширять закон включением в него исключения по ничтожности»⁴⁵. Следует отметить, что позиция судьи *L. J. Potter* касается лишь ничтожных, но не фальсифицированных документов. Поэтому положение с до-

кументами, которые фальсифицированы без ведома бенефициара, остается неясным [3, p. 146].

Среди юрисдикций общего права Сингапур признал исключение по ничтожности в деле *Beam Technology (MFG) PTE Ltd vs. Standard Chartered Bank*⁴⁶. Однако объем этого исключения очень ограничен: «Подтверждающий банк не обязан делать выплаты, если в течение семи дней он установил, что материальный документ, требуемый по кредиту, был фальсифицирован и ничтожен, и в течение данного периода об этом сделано уведомление»⁴⁷. Исключение будет действовать при следующих условиях:

Во-первых, когда документ фальсифицирован. Во-вторых, когда документ материален. Суд постановил, что исключение применимо не ко всем документам. Однако определения материального документа не было дано. В-третьих, когда документ ничтожен. Суд постановил, что из-за неопределенности концепции ничтожности ситуацию следует оценивать на основе фактов в каждом отдельном случае. В-четвертых, когда банк осведомлен о ничтожности. По решению суда банк должен установить ничтожность документов в течение 7 дней, которые отводятся на проверку документов, а кроме того, должным образом уведомить бенефициара [3, p. 151].

2.3. Аргументы за исключение по ничтожности

Основные аргументы за исключение по ничтожности были выдвинуты Сингапурским апелляционным судом в деле *Beam Technology and also the Court of Appeal in the United City Merchants*. Они включают:

Во-первых, формальное несоответствие ничтожных документов требованиям. Согласно принципу строгого соответствия, чтобы получить право на выплаты, бенефициар должен правильно оформить предусмотренные документы. Это требование может быть расширено от простого формального соответствия до требования того, что данный документ является действительно тем, что требуется по кредиту. По словам Goode, «фальсифицированные документы не могут рассматриваться как подтверждающие документы» [17]. По кредиту требуются истинные документы, тогда как фальсифицированный документ не может быть

⁴¹ *United City Merchants (Investment) Limited vs. Royal Bank of Canada* [1979] 1 Lloyd's Law Reports.

⁴² [2001] EWHC 1032 (Comm).

⁴³ *United City Merchants (Investment) Limited vs. Royal Bank of Canada* [1979] 1 Lloyd's Law Reports.

⁴⁴ [2001] EWHC 1032 (Comm), 58.

⁴⁵ Там же.

⁴⁶ [2003] 1 SLR 597.

⁴⁷ Там же. С. 160.

таковым, даже если соответствует всем формальным требованиям.

Во-вторых, банк держит коносаменты как обеспечение кредита в дополнение к доказательствам кредитоспособности соискателя. Поскольку коносамент признается документом на право собственности, трудно оправдать правило, которое требует от банка совершать выплаты бенефициару по представлению документов, о ничтожности которых ему известно [12].

В-третьих, непризнание исключения по ничтожности может рассматриваться как политика толерантности к обращению фальсифицированных документов в международной торговле. Такие документы считаются «раковой опухолью в международной торговле»⁴⁸, а их жертвы несут огромные убытки. Доверие, лежащее в основе международной торговли, может быть подорвано широким обращением фальсифицированных документов, а принятие принципа ничтожности может предотвратить обращение таких документов в сделках с товарными аккредитивами.

В-четвертых, банк-эмитент имеет мандат на выплаты по истинным документам, формально соответствующим требованиям кредита. С этой точки зрения банк, нарушающий этот мандат, фактически выносит одобрение, рискуя не получить возмещения. «Также маловероятно, что бенефициар, не выполнивший своей обязанности по представлению истинных документов, будет ожидать от банка выплат по ничтожным документам или что соискатель позже возместит банку эти выплаты» [18].

2.4. Аргументы против исключения по ничтожности

Основным аргументом против признания исключения по ничтожности из принципа автономии является отсутствие четкого определения ничтожности. Точного определения ничтожности не существует, поэтому трудно определить, какой документ считать ничтожным. Основная проблема возникает при оценке обоснованности, что встречается в повседневной судебной практике⁴⁹.

Во-вторых, недостаточность авторитетной поддержки. Этот аргумент был выдвинут *Jack Raymond*,

судьей суда первой инстанции, в деле *Montord*, когда единственной поддержкой было решение *Lord Diplock* в деле *United City Merchants*, которое оставило открытым вопрос о ничтожности документов. Это означает, что исключение по ничтожности не поддерживается ни UCP, ни прецедентным правом. Однако этот аргумент не является достаточным, поскольку UCP не обладает законной силой; отсутствие поддержки со стороны UCP не является причиной не признавать исключение по ничтожности в рамках прецедентного права [16, p. 46, 54].

В-третьих, бенефициар не должен находиться в худшем положении, чем правомерный держатель. Согласно решению *Lord Diplock* в деле *United City Merchants*, правомерный держатель не может находиться в более выгодном положении, чем невиновный бенефициар, если мошенничество относится к документам. *Goode* критиковал эту позицию на основании того, что сам механизм сделки предоставляет больше прав правомерному держателю: «Бенефициар по кредиту – это не то же самое, что правомерный держатель переводного векселя; он всего лишь уполномочен получить выплаты, если все документы в порядке» [19]. *J. C. Goh* из Верховного суда Сингапура также критиковал аргументацию *Lord Diplock* в деле *Lambias*⁵⁰: «Я полагаю, что, коротко говоря, в качестве стороны по базовому контракту, он (бенефициар) имеет дополнительное право регресса против покупателя, которого не имеет правомерный держатель».

В-четвертых, несправедливость по отношению к бенефициару. Этот аргумент был приведен *L. J.* в деле *Montord*. Он утверждал, что «такое исключение с большой вероятностью окажется несправедливым по отношению к бенефициарам, участвующим в цепочке контрактов, в случае если их добросовестность не вызывает сомнений»⁵¹. В ответ предлагается, чтобы все сводилось к балансу интересов⁵². Если ничтожный документ не препятствует выплатам банка в пользу невиновного, то нести убытки должен покупатель. Напротив, если исключение в случае ничтожности препятствует выплатам банка в пользу бенефициара,

⁴⁸ *Standard Charter Bank vs. Pakistan National Shipping Corp (No 2)* (1998) 1 Lloyd's Rep, 684, 686.

⁴⁹ *Beam Technology* (2003) 1 SLR597, 36.

⁵⁰ *Lambias (Importers & Exporters) Co Pte Ltd vs. Hong Kong & Shanghai Banking Corporation* [1993] 2 SLR751.

⁵¹ *Montrod Ltd vs. GrundkottterFleischvertriebs GmbH*, [2001] EWHC 1032 (Comm), [2002] 1 WLR 1975, 59.

⁵² Там же. С. 69.

то нести убытки будет продавец. Этот аргумент принципиально слаб, потому что действия в пользу любой из сторон будут несправедливыми по отношению к другой. Согласно другим аргументам, аккредитив должен давать гарантию выплат продавцу, а все сопутствующие риски должны ложиться на покупателя. Любое иное решение подорвет доверие к финансовой системе в области международной торговли [13]. Ответом на данную аргументацию может быть заявление *L. J. Stephenson* в апелляционном суде *United City Merchants* о том, что «риск должен ложиться на бенефициара, поскольку банки считают, что бенефициар предоставляет правдивые документы»⁵³.

И наконец, создание дальнейшей дилеммы для банков. Одной из причин, по которой *L. J. Potter* отверг исключение из-за ничтожности в деле *Montord*, было то, что «если в целом исключение из-за ничтожности будет принято английским законом, это поставит банки перед дальнейшей дилеммой – необходимостью расследовать факты, что находится вне их компетенции и от чего UCP 500 их недвусмысленно освободил»⁵⁴. То же относится и к UCP 600. Однако банки могут принять за образец исключение из-за ничтожности, принятое в Сингапуре. Там это исключение ограничено ситуацией, когда банк точно знает о ничтожности до проведения платежа [3, р. 153]. Однако при любых условиях не будет разницы в позиции банка по отношению к фактам, отсутствующим в документах при ничтожности и по «правилу мошенничества» [3, р. 153].

3. Исключение по небрежности

Признание исключения по небрежности может рассматриваться как альтернатива исключению из-за ничтожности в законодательстве по товарным аккредитивам. Оно начинает действовать в результате небрежности или невнимательности при подаче документов бенефициаром, который не проверил, являются ли документы валидными или ничтожными, истинными или фальсифицированными [3, с. 156]. Такое действие дает банку право приостановить выплаты бенефициару, который не виновен в мошеннических действиях. Исторически исключение по небрежности

в английском праве восходит к делу *Derry vs. Peek*⁵⁵ в 1889 г., когда небрежное поведение бенефициара было уподоблено его осведомленности о мошенничестве. Поэтому исключение по небрежности может считаться частным случаем «правила мошенничества». Не так давно в деле *Montord*⁵⁶ *L. J. Potter* упомянул, что «не может исключить возможности, что в этом частном случае поведение бенефициара, связанное с созданием и/или подачей документа, фальсифицированного третьей стороной, могло, само по себе не будучи мошенничеством, носить таковой характер, что не заслуживает защиты, предоставляемой правомерному держателю»⁵⁷.

По законодательству Сингапура Верховный суд Сингапура рассматривал исключение по небрежности в деле *Lambias*⁵⁸. Судья постановил, что «[Бенефициар] был тем не менее в определенной степени ответственен за такое развитие событий, которое привело к совершению мошенничества или фальсификации»⁵⁹, а также что «закон не может потворствовать таким действиям, которые, хотя и не будучи мошенничеством сами по себе, несут характер такой небрежности и поспешности, что предоставленные в результате этих действий документы находятся в явном несоответствии с требованиями кредита»⁶⁰. В результате суд постановил, что банк имел основания не одобрить представленные бенефициаром документы.

Итак, можно сделать вывод, что сингапурская и английская правовые системы готовы признать исключение по небрежности, несмотря на то, что не существует судебных прецедентов по этому аспекту, кроме упоминания совершения мошенничества третьей стороной, затрагивающего выплаты банком бенефициару, в деле *Derry vs. Peek, Montord and Lambias* [3, р. 156]. Законные основания для данных решений обсуждались в предыдущих разделах.

В то же время некоторые исследователи связывают исключение по ничтожности с небрежным

⁵⁵ *Derry vs. Peek* [1889] 14 AC 337 (HL).

⁵⁶ *Montrod Ltd vs. GrundkottterFleischvertriebs GmbH*, [2001] EWHC 1032 (Comm), [2002] 1 WLR 1975, 59.

⁵⁷ Там же.

⁵⁸ *Lambias (Importers & Exporters) Co Pte Ltd vs. Hong Kong & Shanghai Banking Corporation* [1993] 2 SLR.751.

⁵⁹ Там же. С. 764.

⁶⁰ Там же.

⁵³ *United City Merchants (Investments) Ltd and Others vs. Royal Bank of Canada and Others* [1982] QB 208 (CA) 246.

⁵⁴ [2001] EWHC 1032 (Comm), [2002] 1 WLR 1975, 59.

поведением [3, р. 156]. В результате небрежность бенефициара будет препятствовать выплатам только в том случае, если он по небрежности представит ничтожный документ. Тогда ситуация будет отличаться от описанной выше. В том случае не будут затронуты документы, которые являются фальсифицированными, но не ничтожными. Однако банк имеет право отклонить не имеющие законной силы документы. Оптимальным решением представляется распространение исключения по небрежности на оба эти случая.

4. Недобросовестность

Основными сферами применения исключения по недобросовестности являются недобросовестность и недобросовестные требования бенефициара о выплатах [20]. В таких случаях не происходит никакого мошенничества или неправильности в документах. Однако на основе принципа незаконного обогащения бенефициар незаконно может воспользоваться своим положением и потребовать выплат. Мошенничество характеризуется полным отсутствием прав на выплаты, однако незаконные требования и недобросовестное поведение предполагают наличие таких прав, но налагают дополнительный «внутренний риск» при реализации таких прав [3, р. 160]. Основными сферами применения такого исключения будут отложенные аккредитивы, гарантии выполнения контракта и гарантии требований.

4.1. Недобросовестность по английскому законодательству

Для начала следует отграничить концепцию недобросовестности от признанной в английском праве доктрины недобросовестного поведения. Последняя «применяется, когда согласие истца на совершение нечестной сделки теряет юридическую силу из-за морально неприемлемых действий подсудимого, за исключением мошенничества, принуждения или неправомерного влияния» [21, р. 198]. Таким образом, недобросовестное поведение имеет место во время исполнения контракта.

*TTI Team Telecom International Ltd vs. Hutchison 3G UK Ltd*⁶¹ – единственное дело в английском пра-

ве, в котором недобросовестность была признана в качестве исключения из принципа автономии. В этом деле судья постановил, что «недостаток доброй воли в течение долгого времени способствовал тому, что бенефициар не требовал залога или гарантии»⁶². Однако это решение вызвало значительное количество негативных комментариев [3, р. 164]. Множество негативных комментариев к решению по делу ТТИ и неприятие прецедентным правом недобросовестности в качестве исключения из принципа автономии в товарных кредитах связаны с нежеланием английской правовой системы признавать доктрину доброй воли в контрактном праве [3, р. 164].

4.2. Недобросовестность в других системах общего права

В Сингапуре исключение в случае недобросовестности было впервые неявно признано в рамках дел *Royal Design Studio Pte Ltd vs. Chang Development Pte Ltd*⁶³ и *Kvaerner Singapore Ltd vs. UDL Shipbuilding (Singapore) Pte Ltd*⁶⁴. Наконец, исключение в случае недобросовестности было открыто признано судом Сингапура в деле *Bocotra Constr Pte Ltd vs. Attorney Gen (No 2)*⁶⁵, когда судья постановил, что «не имеет значения, совершено ли в данном случае мошенничество или недобросовестность является единственным основанием для приостановки выплат и требования залога; решение – приостановить выплаты»⁶⁶.

Позиция по делу *Bocotra Constr Pte Ltd vs. Attorney Gen (No 2)* позже нашла подтверждение в деле *Dauphin Offshore Engineering & Trading Pte Ltd vs. Private Office of HRH Sheikh Sultan bin Kalifa bin Azyed al Nahyan*⁶⁷.

В США недобросовестность не регулируется положениями UCC. Следовательно, она не признана в качестве частного случая «правила мошенничества». Поскольку «правило мошенничества» имеет статус

⁶² Там же.

⁶³ *Royal Design Studio Pte Ltd vs. Chang Development Pte Ltd* [1990] 1 SLR 1116.

⁶⁴ *Kvaerner Singapore Ltd vs. UDL Shipbuilding (Singapore) Pte Ltd* [1993] 3 SLR 350.

⁶⁵ *Bocotra Constr Pte Ltd vs. Attorney Gen (No 2)* (1995) 2 SLR.

⁶⁶ Там же. С. 744.

⁶⁷ *Dauphin Offshore Engineering & Trading Pte Ltd vs. Private Office of HRH Sheikh Sultan bin Kalifa bin Azyed al Nahyan* [2000] 1 SLR 657.

⁶¹ *TTI Team Telecom International Ltd vs. Hutchison 3G*, [2003] EWHC 762 (Comm), [2003] 1 All ER (Comm), 762.

закона, вполне понятно нежелание судей вводить новое исключение в рамках прецедентного права. Однако в американской правовой системе признаны некоторые аспекты непреднамеренных действий по гарантиям под общим определением мошенничества [22]. Например, «мошенничество при транзакции» включает в себя аспекты недобросовестности [22]. Подобные примеры можно найти в решениях по делам *Harris Corporation vs. National Iranian Radio and Television*⁶⁸, *Rockwell International Systems vs. Citibank*⁶⁹.

4.3. Следствия

Признание исключения по недобросовестности может создать определенные риски на уровне национального законодательства, которые могут рассмотреть лишь компетентные судьи [23]. В данном разделе мы кратко остановимся на потенциальных рисках признания исключения по недобросовестности в товарных аккредитивах.

1. Неточное и неясное определение недобросовестности является источником риска [3, р. 170]. В этой области права ясность и определенность имеют особое значение, поэтому рекомендуется тщательно ограничить объем этих концепций, чтобы мнение отдельного судьи не влияло на оценку прав каждой из сторон [3, р. 170].

2. Предполагается, что признание исключения по недобросовестности приведет к большему количеству судебных исков и это подорвет широко распространенный принцип «аккредитив – это эквивалент личности» [3, р. 171].

3. Признание исключения по недобросовестности приведет к вмешательству судов на стадии переговоров по поводу нарушения или исполнения базового контракта. Однако для решения таких споров требуется отдельная процедура [3, р. 170].

5. Незаконность

Незаконность – это последнее исключение из принципа независимости товарных кредитов, обсуждаемое в данной работе. Исключение из-за незаконности

основано на положении, что незаконность базового договора затрагивает аккредитивы и в результате банк имеет право отклонить документы.

Базовый договор может быть признан незаконным на различных основаниях, например, превышение кредитного лимита⁷⁰, нарушение закона о валютном надзоре [24] или нарушение государственного запрета на выплаты отдельным людям или странам⁷¹. На том же основании, что и при применении «правила мошенничества», правовая основа для исключения по незаконности – это *ex turpi causa non oritur action*, что означает «ни один суд не оказывает помощи тому, кто действует аморально или незаконно» [25].

По английскому законодательству в нескольких делах поднимался вопрос об исключении по незаконности. В деле *Group Josi Re*⁷² спор шел о незаконности базового контракта в сфере страхования. Поскольку истцы не имели права работать в Англии, аккредитив также был признан незаконным⁷³. В апелляционном суде судья *L. J. Staughton* указал, что на аккредитив влияет незаконность базового договора, и в результате суд приостанавливает выплаты банком и запрещает бенефициару их требовать⁷⁴. Идея исключения по незаконности как отдельного основания для защиты была поддержана годом позже в другом суде⁷⁵.

Дело *Mahonia Ltd vs. J. P. Morgan Chase Bank(No2)*⁷⁶ проливает свет на проблему исключения по незаконности в рамках английского права. В этом деле истец (*Mahonia*) заявлял о незаконности базового договора на основании того, что этот договор предоставлял другой стороне скрытый кредит, использовавшийся этой стороной для манипуляций с его счетами

⁷⁰ *Id International Dairy Queen Inc vs. Bank of Wadley* (1976 MD Ala) 407 F Supp 1270.

⁷¹ *Itek Corp vs. First Nat Bank* (1981 D Mass) 511 F Supp 1341; *Harris Corp vs. National Iranian Radio & Television* (1982 11th Cir) 691 F2d 1344; *General Cable Ceat SA vs. Futura Trading Inc* (1983 SDNY) 1983 WL.

⁷² *Group Josi Re vs. Walbrook Ins Co Ltd* [1996] 1 Lloyd's Rep 345 (CA).

⁷³ Там же. С. 360.

⁷⁴ Там же. С. 362.

⁷⁵ *Deutsche Ruckversicherung AG vs. Walbrook Insurance Co Ltd* [1995] 1 WLR 1017 (Com Ct) 1027.

⁷⁶ *Mahonia Ltd vs. JP Morgan Chase Bank(No2)* [2004] EWHC 1938 (Comm).

⁶⁸ *Harris Corporation vs. National Iranian Radio and Television* (1982 11th Cir) 691 F2d 1344.

⁶⁹ *Rockwell International Systems vs. Citibank* (1983 2nd Cir) 719 F2d 583, 588.

и нарушения законов США. В своем решении судья Coleman J отклонил заявление *Mahonia*, утверждая при этом, что исключение по незаконности следует признать. В ходе процесса *Cook J.* заявил, что принцип автономии не отгораживает аккредитивы от незаконности базовой сделки. Хотя из-за этого заявления дело *Mahonia* не может считаться прецедентом по английскому праву, оно служит индикатором отношения британских судов к данной проблеме [3, р. 192]. В дальнейшем эта позиция нашла подтверждение. В деле *Oliver and Anor vs. Dubai Bank of Kenya*⁷⁷ было установлено, что мошенничество и незаконность могут быть исключениями из принципа автономии⁷⁸. В деле *Lancore Services Ltd vs. Barclays Bank Plc*⁷⁹ судья сослался на существование исключения по незаконности как на основание для своего решения.

В США Unified Commercial Code не признает исключение по незаконности. За необходимость такого признания выступают многие американские правоведы. Например, Mc Laughlin писал о предоставлении банку возможности в рамках UCC отклонить документы в случае незаконности базового контракта [26, 27]. Несмотря на наличие таких мнений, исключение по незаконности в целом не признается в США из-за отсутствия такого положения в текущей версии UCC. В ст. 5 UCC была однозначно отвергнута концепция незаконности в качестве основания для банка влиять на выплаты бенефициару [3, р. 193].

В данном разделе мы рассмотрим условия для применения исключения по незаконности. Однако в тех юрисдикциях, где признается это исключение, его область применения настолько узка, что почти не затрагивает абсолютность принципа автономии⁸⁰. По английскому праву условия для применения исключения по незаконности взяты из дела *Mahonia*⁸¹:

1. Должно быть предъявлено заявление о незаконности. Однако нелегко определить, что такое не-

значительная и существенная степень незаконности. Судья Cook J в апелляционном суде по делу *Mahonia* выяснял, была ли незаконность связана с намеренным обманом или нет⁸².

2. Банк должен быть осведомлен о незаконности базового договора и иметь возможность это доказать. Тот же стандарт действует в отношении исключения по мошенничеству. Однако при вынесении решения в порядке упрощенного судопроизводства банк должен доказать свою позицию на основе исключения по незаконности [3, р. 194]. При этом в процессе слушания дела банк должен быть осведомлен о незаконности⁸³. Аппликant должен доказать незаконность, чтобы суд вынес запретительное решение в отношении банка или бенефициара [3, р. 194]. Наконец, незаконность должна быть четко доказана во время судебного процесса⁸⁴.

3. Бенефициар должен либо быть стороной незаконного базового договора, либо владеть информацией об этом. Поскольку в большинстве случаев бенефициар не осведомлен о незаконности базового контракта, область применения данного исключения является очень ограниченной⁸⁵.

4. Наконец, необходимо определить степень связи между аккредитивом и незаконностью. В деле *Mahonia* было установлено, что незаконность тесно связана с аккредитивом и затрагивает его⁸⁶. Существуют также критерии для определения степени связи между незаконностью и товарным аккредитивом [28].

Выводы

В то время как принцип автономии в международных сделках с аккредитивами призван защитить права продавца, отделяя базовый договор купли-продажи от кредита, принцип строгого соответствия защищает права покупателя, требуя от продавца представлять истинные документы, соответствующие условиям кредита. Таким образом, применение двух краеугольных принципов сделок с аккредитивами создает баланс между противоположными интереса-

⁷⁷ *Oliver and Anor vs. Dubai Bank of Kenya* [2007] EWHC 2165 (Comm).

⁷⁸ Там же. С. 12.

⁷⁹ *Lancore Services Ltd vs. Barclays Bank Plc*, [2008] EWHC 1264 (Ch), [2008] 1 CLC 1039.

⁸⁰ *St John Shipping Corporation vs. Joseph Rank Ltd* [1957] 1 QB 267 (QB) 288–289.

⁸¹ *Mahonia Ltd vs. JP Morgan Chase Bank*(No2) [2004] EWHC 1938 (Comm).

⁸² Там же. С. 340.

⁸³ *Mohonia* (No1) (n460) 69.

⁸⁴ *Group Josi Re vs. WalbrookIns Co Ltd* [1996] 1 Lloyd's Rep 345 (CA); *Themehelp Ltd vs. West* [1996] QB 84 (CA).

⁸⁵ *Mason vs. Clarke* [1955] AC 778 (HL).

⁸⁶ *Mohonia* (No1) (n460) 428.

ми экспортера и импортера и способствует развитию международной торговли. Напротив, абсолютное применение принципа автономии может привести к неправомерным требованиям и мошенническим действиям бенефициара, представляющего в банк предусмотренные документы, но не выполняющего свои обязательства по базовому договору купли-продажи. «Правило мошенничества» как первое исключение из абсолютного применения принципа автономии в сделках с аккредитивами было впервые признано в США в деле *Sztejn*, а позже – во всех юрисдикциях общего права. Все большее количество судебных дел различного содержания привело к признанию ряда других исключений из принципа автономии в сделках с аккредитивами в странах общего права. Так, ничтожность была признана в Сингапуре, хотя не признается в Англии. Незаконность и недобросовестность также потенциально могут быть признаны, как и другие исключения из принципа автономии в сделках с товарными аккредитивами.

Несмотря на наличие основного сходства между всеми исключениями из принципа автономии в сделках с товарными аккредитивами, которое состоит в подаче предусмотренных, но не соответствующих действительности документов бенефициаром банку, каждое исключение имеет свою характерную особенность, что помогает суду отличить его от других. Ничтожность может быть результатом ошибки, которая делает документ изначально не имеющим юридической силы. Это может быть следствием фальсификации или невинной ошибки. Исключение по небрежности применяется в основном при условии, что ничтожность не признана; это исключение дает возможность банку не производить выплаты при подаче формально предусмотренных, но не имеющих законной силы документов бенефициаром. В отличие от исключения по ничтожности, которое происходит при незнании бенефициаром ничтожного характера представленных документов, исключение по небрежности применяется при неправомерном поведении бенефициара, представляющего в банк документы, о ничтожности

которых ему известно. Исключение по недобросовестности относится в основном к гарантиям требований; при этом представленные документы не содержат мошенничества или других фальсификаций. Однако закон предусматривает защиту для заявителя от неправомерных требований бенефициара, если последний выдвигает требования выплат, основанные на недобросовестности. Такое исключение применяется тогда, когда выдвигание требования будет нарушением права бенефициара по гарантии требований. В отличие от других исключений из принципа автономии, исключение по незаконности зависит от того, в какой степени незаконность базового договора затрагивает права и обязанности сторон по аккредитиву.

Достижение гармонизированного подхода к проблеме мошенничества и других исключений из принципа автономии товарных аккредитивов требует значительных усилий со стороны судов общего права (особенно английских). В данной работе использовался критический подход к столь различным взглядам судов на «правило мошенничества» и другие исключения из принципа автономии в юрисдикции судов общего права путем анализа исторической и существующей ситуации в отношении принципа автономии в сделках с аккредитивами в различных юрисдикциях общего права. В заключение дается рекомендация признавать ничтожность подаваемых документов и мошенничество третьей стороны в рамках английской правовой системы. Предлагается установить в качестве неотъемлемого условия кредита, что бенефициар должен представлять истинные документы, формально соответствующие условиям кредита. Следовательно, бенефициар должен проявлять большую осторожность и бдительность по отношению к подлинности документов, если он не является их автором. Также рекомендуется ограничить применение понятия «недобросовестность» гарантиями требований, не расширяя его на товарные аккредитивы.

Дата поступления 15.07.2016

Дата принятия в печать 31.08.2016

Дата онлайн-размещения 20.09.2016

© Алави Х., 2016.

Информация об авторе

Алави Хамед, преподаватель, Таллиннская школа права, Таллиннский технический университет, Эстония; соискатель, юридический факультет, Независимый университет Барселоны, Испания
Адрес: 19086, Эстония, г. Таллинн, Ehitajate tee, 5, тел.: (+372) 620 2002
E-mail: hamed.alavi@ttu.ee

Алави Х. Исключения из принципа автономии товарных аккредитивов: сравнительный анализ
Alavi H. Exceptions to principle of autonomy in documentary letters of credit; a comparative view