PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Juliana Cristina Elias Araujo

AS GARANTIAS BANCÁRIAS AUTÔNOMAS NO DIREITO INTERNACIONAL

MESTRADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES ECONÔMICAS INTERNACIONAIS

São Paulo

2008
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

Juliana Cristina Elias Araujo

AS GARANTIAS BANCÁRIAS AUTÔNOMAS NO DIREITO INTERNACIONAL

MESTRADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES ECONÔMICAS INTERNACIONAIS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais, sob a orientação do Prof. Doutor Cláudio Finkelstein.

São Paulo

2008

Banca Examinadora

_____

_____

_____

Dedico este trabalho aos meus pais, VALDETE e JOÃO WALTER.

Agradeço

ao Professor CLÁUDIO*, pelos valiosos ensinamentos;*
ao ROGÉRIO*, pelo apoio e pela confiança.*

RESUMO

ARAUJO, Juliana Cristina Elias. As garantias bancárias autônomas no direito internacional.

Com a intensificação das transações internacionais no pós-Segunda Guerra Mundial e com a globalização de economias, os agentes do comércio internacional passaram a fazer uso cada vez mais freqüente de garantias bancárias. A prática comercial passou a exigir garantias mais líquidas e seguras e acabou por criar uma modalidade de garantia na qual a vinculação obrigacional entre o banco e o beneficiário é autônoma em relação aos demais vínculos obrigacionais constituídos entre o devedor (ordenador) e o beneficiário e entre o devedor (ordenador) e o banco.

A garantia bancária autônoma tem natureza jurídica de contrato *sui generis*, pois decorre dos princípios jurídicos da autonomia da vontade das partes e da liberdade contratual, podendo ser caracterizada como uma garantia atípica.

O presente estudo dá uma visão geral das garantias bancárias autônomas, tal como ela se mostra na prática comercial contemporânea, e analisa as relações obrigacionais envolvidas em sua emissão, a partir de estruturas simples e complexas.

Na ausência de legislação específica na maior parte dos países, a jurisprudência desempenha um papel de suma importância para a compreensão e para o estudo dessas garantias. Não obstante o esforço normativo da Câmara de Comércio Internacional e da Unidroit para regular a matéria, são os tribunais que vão delimitar o uso e a aplicação da garantia bancária, bem como a autonomia em caso de abuso manifesto ou fraude.

Palavras-chave: Garantia – Bancária – Autônoma.

ABSTRACT

ARAUJO, Juliana Cristina Elias. As garantias bancárias autônomas no direito internacional.

With the increase of the international transactions in the period after Second World War and with the globalization of economies, the international commerce players started to make more frequently use of the banking guarantees. The commercial practice demanded net and safe guarantees and ended up creating a modality of guarantee in which the obligation entailed between the bank and the beneficiary is autonomous in relation to the other obligations existing between the debtor (applicant) and the beneficiary and the one existing between the applicant and the bank.

The autonomous banking guarantee has legal nature of contract *sui generis*, as it arises from the legal principles of autonomy of the will of the parties and freedom to contract, being also possible to characterize it as an atypical guarantee.

This study presents an overview of the autonomous banking guarantees, as it is presented in the contemporary commercial practice and analyses the obligation relations involved in the issuance, from simple to complex structures.

In the absence of specific legislation in the majority of the countries, the jurisprudence plays a very important role to the comprehension and study of these guarantees. Despite the ruling efforts of the International Chamber of Commerce and Unidroit to regulate the subject, it is the tribunals that will limit the use and

applicability of the banking guarantees, as well as the autonomy in case of manifest abuse and fraud.

Keywords: Guarantee – Banking – Autonomous.

SUMÁRIO

NOTA INTRODUTÓRIA 1

1. ASPECTOS HISTÓRICOS DAS GARANTIAS BANCÁRIAS AUTÔNOMAS 5

1.1 Evolução normativa 7

1.2 Regras, práticas comerciais e *lex mercatoria* 16

1.3 Regras, práticas comerciais e *soft law* 18

2. AUTONOMIA DAS GARANTIAS 23

2.1 Natureza jurídica 26

2.2 Relações jurídicas nas garantias autônomas 30

3. CONTEÚDO DAS GARANTIAS 35

3.1 Apresentação das partes 35

3.2 Objeto 36

3.3 Valor 36

3.4 Prazo 37

3.5 Condições para execução 38

3.6 Direito aplicável e tribunais competentes 39

4. QUALIFICAÇÃO DAS GARANTIAS À PRIMEIRA DEMANDA E SEUS EFEITOS 43

5. LIMITES À AUTONOMIA DA GARANTIA 51

5.1 Medidas impeditivas de pagamento das garantias autônomas 59

6. A JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA EM MATÉRIA DE GARANTIAS BANCÁRIAS AUTÔNOMAS 71

7. O ATO LEGISLATIVO FRANCÊS N. 2000-346, DE 23 DE MARÇO DE 2006 .. 86

CONSIDERAÇÕES FINAIS 89

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 93

ANEXO I – 2.ª Minuta de Revisão da URDG 99

ANEXO II – Ato Legislativo Francês n. 2000-346, de 23 de março de 2006 151

NOTA INTRODUTÓRIA

A prática das garantias autônomas no comércio internacional intensificou-se com o processo de globalização de economias, verificado a partir do século passado. Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a Conferência de Bretton Woods, iniciou-se um esforço internacional comum para reconstrução dos países afetados pela guerra, sobretudo no campo econômico. Pregavam-se a paz, a estabilidade e o desenvolvimento econômico dos países. Criou-se um fundo para dar estabilidade ao sistema financeiro internacional – o Fundo Monetário Internacional (FMI) e um banco para financiamento da reconstrução dos países atingidos pela guerra – o Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (Bird). Um ano depois, surgia a Organização das Nações Unidas (ONU), com o objetivo de criar e colocar em prática mecanismos para a segurança internacional, desenvolvimento econômico, uniformização de leis e práticas internacionais, respeito aos direitos humanos e progresso social.

Nesse contexto de cooperação e integração internacional, inicia-se o processo de globalização, fenômeno de expansão de mercados e integração econômica, com a redução de barreiras alfandegárias. A globalização, por sua vez, proporciona a internacionalização do capital, com a extensão do comércio de mercadorias e serviços, expansão dos empréstimos e financiamentos em âmbito global e o deslocamento do capital industrial por meio do desenvolvimento das empresas anteriormente denominadas multinacionais – hoje designadas transnacionais, por estarem presentes em diversas nações e não por terem múltiplas nacionalidades.

Os traços marcantes da globalização são: a fragmentação e o deslocamento espacial das diferentes etapas do sistema produtivo, de forma a

integrar diferentes vantagens nacionais e reduzir custos; o desenvolvimento tecnológico acentuado, com intuito de possibilitar o deslocamento espacial das fases de produção e otimização do comércio internacional; a simplificação do trabalho, para permitir o deslocamento espacial da mão-de-obra; a parametrização dos padrões de consumo, para permitir aumento de escala; e a mobilidade externa de capitais, buscando maior rentabilidade.

Todo esse processo trouxe um aumento cada vez maior da concorrência econômica e a busca incessante pela ampliação de mercados, com a intensificação do comércio internacional. Ao lado da abertura comercial, difundiram-se os processos de desregulamentação e de privatização em todo o mundo. Surge uma nova ordem econômica mundial, de inspiração liberal, denominada neoliberalismo.

Nesse contexto de mudanças e de integração global, o comércio internacional ganha cada vez mais espaço e os seus agentes passam a procurar meios mais seguros para conduzir suas transações comerciais, normalmente com a atuação de uma instituição financeira para garantir os pagamentos. A garantia bancária autônoma ganha, então, espaço como uma solução segura, prática e uniforme para essas transações.

O presente estudo aborda uma modalidade de garantia que se consolidou no cenário mundial nos anos 80 e que advém da prática comercial internacional. Na maior parte dos países, não há legislação específica sobre a matéria, que é regulada internacionalmente no âmbito da Câmara de Comércio Internacional (CCI). Em que pesa a falta de legislação sobre o assunto, verificamos a existência uma vasta jurisprudência, especialmente na Europa, envolvendo tal modalidade de garantia.

A garantia bancária autônoma é aqui apresentada a partir de seus aspectos históricos, desde os primeiros esforços normativos, e caracterizada por seu traço fundamental: a autonomia e independência em relação à operação comercial cujo cumprimento visa assegurar.

Ao tratar de práticas comerciais e da regras aplicáveis às garantias autônomas, aproveitamos para pincelar tópicos correlatos como a *lex mercatoria* e *soft law*, sem pretender esgotar ou aprofundar em demasia o assunto, por não constituírem o escopo principal do trabalho.

A garantia bancária autônoma é, pois, caracterizada por sua natureza jurídica e pelos efeitos decorrentes da autonomia, analisando-se as relações estabelecidas entre as diversas partes componentes da relação comercial.

Contudo, a autonomia dessas garantias bancárias pode ver-se limitada em circunstâncias muito específicas, que nos caberá analisar, recorrendo à jurisprudência sobre o assunto. Essa é a parte prática do trabalho, em que teremos a oportunidade de constatar como têm os tribunais enfrentado a questão da autonomia das garantias e das relações, às vezes bastante complexas, que decorrem de sua prática, por exemplo, nos casos em que há uma pluralidade de garantias – a garantia e a respectiva contragarantia.

Em razão da falta de regulamentação e jurisprudência locais sobre o assunto, a análise dos casos decididos no exterior mostra-se muito rica, em especial, a jurisprudência portuguesa, na qual a identidade de sistema vai além do idioma.

Veremos, ainda, que a França, um dos países percussores na emissão de garantias bancárias autônomas e na análise das questões delas decorrentes pelo

Poder Judiciário, recentemente emanou um ato normativo que incorporou as garantias autônomas à legislação civil.

A matéria mostra-se interessante na medida em que o uso dessas garantias intensifica-se na prática comercial internacional. Ao contrário de pretender encerrar o tema, a idéia norteadora do estudo é apresentar uma visão geral do instituto, sua aplicação prática e importância para as transações comerciais internacionais.

1
ASPECTOS HISTÓRICOS DAS GARANTIAS BANCÁRIAS AUTÔNOMAS

As garantias autônomas constituem instrumentos do moderno direito bancário, largamente utilizados na prática comercial internacional. A origem dessas garantias advém da própria prática comercial, sobretudo internacional. Os primeiros instrumentos para garantir pagamentos foram as cartas de crédito, surgidas como alternativas para o depósito ou caução em dinheiro, exigidos para assegurar ao credor o cumprimento de determinadas obrigações. As cartas de crédito foram rapidamente incorporadas à prática comercial porque o depósito ou a caução em dinheiro, além de imobilizarem importantes quantias que poderiam ser empregadas em atividades produtivas pelo devedor. Ademais, representavam um risco financeiro, pois o credor em favor de quem eram constituídos poderia, por decisão unilateral, apropriar-se dos valores depositados, sujeitando o devedor a buscar em Juízo a restituição.

A utilização das cartas de crédito iniciou-se provavelmente por volta do século XII, mas foi somente no século XIX que a carta de crédito comercial assumiu as feições hoje conhecidas, com as obrigações de pagamento atribuídas

a uma instituição financeira. Noticia-se que as primeiras cartas de crédito foram emitidas para garantir importadores finlandeses na aquisição de café brasileiro, em 1840.[1] Ainda no século XIX, era comum na Inglaterra aos bancos ingleses entregar aos seus clientes abastados, que faziam grandes viagens pela Europa, uma carta manuscrita, endereçada aos bancos de seu relacionamento, autorizando o pagamento de determinadas quantias em favor de seus clientes, mediante a apresentação do mencionado documento, com a promessa do banco emissor de reembolsar o correspondente, pelos respectivos valores pagos. A partir de então, as cartas de crédito passaram a ser cada vez mais empregadas e, em menos de um século, tiveram seus princípios sistematizados, regulamentados e reconhecidos por todos os agentes do comércio internacional.

A simples carta de crédito tornou-se uma verdadeira garantia para atendimento das demandas dos comerciantes internacionais: o fornecedor exigia uma garantia absoluta do pagamento antes de entregar suas mercadorias, pois a promessa de pagamento do comprador mediante a entrega dos produtos não era suficiente, particularmente se o comprador residisse em outro país. O comprador, então, apresentava-se perante seu banco e pedia a emissão de uma carta de crédito, que representava uma promessa de pagamento do próprio banco em favor do fornecedor. Assim, a carta de crédito satisfazia as necessidades do comércio internacional. Entretanto, havia outras circunstâncias em que a garantia absoluta e incontestável de pagamento tornava-se necessária. O comprador de trens e vagões precisava de uma garantia de que, se não houvesse a entrega dos trens ou se a entrega fosse incompleta, seu dinheiro seria devolvido. O empreendedor de um edifício, que havia feito um adiantamento à construtora, precisava de uma garantia de que, caso a construtora não realizasse a obra, seu adiantamento seria devolvido. A garantia bancária, então, surgiu para atender

[1] Cf. OPPENHEIM, Peter. *Global banking*. 2. ed. American Banking Association. 1999. p. 118.

essas necessidades particulares como forma de compensação à não-execução ou execução incompleta de contratos.

A partir da carta de crédito, com o crescente uso para diferentes finalidades, surgiram variações terminológicas que hoje identificam as diversas modalidades de garantias bancárias internacionais: os *bonds* ou garantias de execução, as cartas de crédito *stand-by* e, mais recentemente, as garantias bancárias à primeira demanda, cujo conceito pode englobar as duas primeiras, em razão de proporcionar imediato e automático pagamento. Ao contrário do que pode parecer, a diferença entre essas garantias é meramente terminológica, pois todas elas tiveram origem e são variantes da carta de crédito.

1.1 Evolução normativa

Os esforços para a formulação de regras uniformes aplicáveis às cartas de crédito iniciaram-se em 1929, com o primeiro projeto de regras padrão pela CCI em Amsterdã (Brochura n. 74). Essas regras tiveram adesão de poucos países. Em 1933, por ocasião do VII Congresso da CCI em Viena, essas regras foram revistas, mas ainda com pouca aceitação, pois foram preparadas por bancos, sem levar muito em consideração as demais partes envolvidas na operação comercial. Por essa razão, tais regras foram novamente revistas em 1951 (Brochura n. 151), mas apenas em 1962, com a publicação da Brochura n. 222, que os bancos e comerciantes dos países ocidentais passaram a adotá-las como prática uniforme.[2] Os princípios vigentes à época diferiam muito das regras atuais, cujos contornos apenas começaram a ser traçados a partir dos anos 1970.

Em 1978, seguindo-se a crescente utilização das garantias bancárias no comércio internacional, a Câmara do Comércio Internacional editou a Brochura n.

[2] Cf. RÍOS, Aníbal Sierralta. *Operaciones de crédito documentario*. 2. ed. Bogotá: Temis, 2004.

325, com as regras então aplicáveis. Tal publicação apresentava e definia as garantias abrangidas em três categorias:[3]

> - *tender guarantee* (garantia de manutenção de proposta) – utilizada em processos licitatórios ou concorrências, na qual um banco, a pedido de um participante da licitação ou concorrência, ou sob instruções de um outro banco, assume a obrigação de efetuar o pagamento de determinada quantia em dinheiro a um beneficiário (licitante ou proponente), caso o participante seja vencedor do processo e não cumpra com as obrigações previstas no edital, decorrentes da apresentação da proposta;
>
> - *performance guarantee* (garantia de *performance*) – compromisso assumido por um banco, a pedido de um fornecedor de produtos, serviços ou outro contratante ou, ainda, sob instruções de outro banco, de pagar determinada quantia em dinheiro em favor do beneficiário ou comprador, caso o fornecedor deixe de cumprir com as obrigações decorrentes da execução de um contrato;
>
> - *repayment guarantee* (garantia de reembolso de sinal) – compromisso assumido por um banco, a pedido de um fornecedor de produtos, serviços ou outro contratante ou, ainda, sob instruções de outro banco, de restituir determinada quantia em dinheiro ao beneficiário ou comprador, caso o fornecedor que recebeu determinada quantia a título de adiantamento deixe de cumprir com as obrigações contratuais.

Para pagamento de qualquer das garantias acima referidas, a Brochura n. 325 estabelecia que a solicitação do beneficiário deveria ser feita por escrito e recebida pelo garantidor anteriormente à data de vencimento da garantia. Recebida a demanda, o garantidor deveria notificar o devedor e o pagamento somente deveria ser honrado se:

a) tivesse sido recebido antes da data de vencimento da garantia;

b) fosse a demanda embasada nos documentos exigidos pela própria garantia ou pela Brochura;

[3] Cf. art. 2, Publicação n. 325 da Câmara de Comércio Internacional (CCI), de 1978.

c) os documentos comprobatórios tivessem sido apresentados no prazo assinalado na garantia ou, no máximo, nos seis meses subseqüentes ao recebimento da demanda.

Em qualquer dos casos, se a garantia não especificasse os documentos comprobatórios ou justificadores da demanda ou determinasse apenas a apresentação de uma declaração do beneficiário, o beneficiário deveria submeter ao garantidor:

a) no caso de uma *tender guarantee*, uma declaração de que o devedor ou participante da licitação não havia assinado o contrato ou havia deixado de apresentar uma *performance guarantee*, conforme previsto no edital. Além disso, o beneficiário deveria declarar que firmou com um devedor um acordo para resolver divergências perante o Judiciário ou por meio de arbitragem, conforme estabelecido no edital ou, no silêncio desse, resolver-se-ia por intermédio da arbitragem, nos termos das regras da CCI ou da Uncitral, quaisquer disputas decorrentes do contrato e em relação ao total ou parte dos montantes pagos por força da garantia;

b) tratando-se de uma *performance guarantee* ou *repayment guarantee*, o beneficiário deveria apresentar uma decisão judicial, um laudo arbitral ou uma declaração de anuência do devedor em relação à demanda e o valor a ser pago, decorrente da execução da garantia.

Contudo, os procedimentos estipulados na Brochura para execução das garantias eram complexos e as exigências apresentadas dificultavam muito o recebimento do pagamento pelo beneficiário e não proporcionavam nem o conforto, nem a agilidade necessários nas transações comerciais. Por essa razão, a Brochura teve pouca aceitação e os *players* do comércio internacional

passaram a exigir dos bancos a emissão de garantias de pagamento desvinculadas da obrigação, ou seja, dotadas de autonomia em relação à obrigação garantida ou, adotando-se a terminologia internacional, da obrigação subjacente.

A autonomia das garantias bancárias foi reconhecida pela primeira vez nos tribunais ingleses no julgamento do caso Edward Owen Engineering Ltd. *v.* Barclays Bank International Ltd. pelo juiz Lord Denning da Suprema Corte inglesa (*English Court of Appeal*). Esse é o precedente invocado em *Case Law* para justificar o caráter autônomo das garantias bancárias. Nesse julgamento, Lord Denning equiparou a garantia bancária à nota promissória, emitida para pagamento "à vista".[4] Segundo suas considerações, como um instrumento negociável, a garantia bancária não pode condicionar o pagamento a nada que possa correr em relação ao e no âmbito do contrato subjacente. O pagamento deve ser feito mediante simples demanda do beneficiário, acompanhada ou não de documentos, conforme estipulado na garantia. Se a demanda e os respectivos documentos estão em ordem, o banco emissor da garantia deve pagar. Nesse caso, é a credibilidade do banco garantidor que se encontra em risco, caso o pagamento não seja feito imediatamente e sem qualquer contestação.

Em virtude da crescente utilização das garantias bancárias e das pressões dos bancos e comerciantes internacionais para adequação das regras aplicáveis à prática comercial, em 1992, a CCI publicou as Regras Uniformes para Garantias à Primeira Demanda (URDG) ou Brochura n. 458.

[4] *Virtually promissory notes payable on demand*. Cf. Edward Owen Engineering Ltd. *v*. Barclays Bank International Ltd. [1978] 1 QB 159.

A URDG inovou ao reconhecer expressamente a existência de uma garantia dotada de autonomia e independência em relação à obrigação garantida ou subjacente, cujo pagamento deve ser feito pelo garantidor mediante simples solicitação do beneficiário, sem a necessidade de qualquer comprovação ou apresentação de sentença ou laudo arbitral (em contraposição ao que dispõe a Brochura n. 325).

O artigo 2.º da URDG apresenta o conceito de garantia à demanda, definindo-a como obrigação autônoma em relação à obrigação garantida ou subjacente, conforme abaixo transcrito:

> 2 (a) – For the purpose of these Rules, a demand guarantee (hereinafter referred to as "Guarantee") means any guarantee, bond or other payment undertaking, however named or described by a bank, insurance company or other body or person (hereinafter called "the Guarantor") given in writing for the payment of money on presentation in conformity with the terms of the undertaking of a written demand for payment and such other(s) document(s) (for example, a certificate by an architect or engineer, a judgment or an arbitral award) as may specified in the Guarantee, such undertaking being given:
>
> i. at the request or on the instructions and under the liability of a party (hereinafter called "the Principal"); or
>
> ii. at the request or on the instructions and under the liability of a bank, insurance company or any other body or person (hereinafter "the Instructing Party") acting on the instructions of a Principal to another party (hereinafter "the Beneficiary")
>
> 2 (b) – Guarantees by their nature are separate transactions from the contract(s) or tender conditions on which they may be based, and Guarantors are in no way concerned with or bound by such contract(s), or tender conditions, despite the inclusion of a reference to them in the Guarantee. The duty of a Guarantor under a Guarantee is to pay the sum or sums therein stated on the presentation of a written demand for payment and other documents specified in the Guarantee which appear on their face to be in accordance with the terms of the Guarantee.[5] [6] -

[5] Artigo 2.º "Uniform Rules for Demand Guarantees", Publicação n. 458 da CCI.

Além das garantias bancárias, tal como anteriormente apresentadas, o comércio internacional também reconhecia e utilizava largamente as cartas de crédito ou crédito documentário, emitidos por bancos como meios de pagamento de obrigações, e não apenas com a finalidade de garantir o inadimplemento de obrigações. Tanto a carta de crédito, ou o crédito documentário, como a garantia bancária tiveram origem na prática comercial internacional e advêm da necessidade de segurança nas transações comerciais, transferindo-se para um banco o risco de pagamento. A carta de crédito ou crédito documentário asseguram, por intermédio de um banco, o pagamento de uma operação de importação e exportação, mediante a apresentação de documentos, tais como os documentos de embarque (*bill of lading*), entre outros. Nesse contexto, os bancos passavam a atuar como pagadores independentes, cujo pagamento sujeitava-se à conformidade e conferência dos documentos comprobatórios da exportação de mercadorias pelos exportadores, tal como pactuado contratualmente com os importadores. Verificada a conformidade dos documentos em relação ao estabelecido pelo importador, o banco efetuaria o pagamento correspondente ao exportador ou a quem este indicasse.

O crédito documentário e a garantia bancária surgiram no comércio internacional com o propósito de proporcionar maior segurança aos *players* do comércio internacional, porém é importante destacar as diferenças entre ambos. O crédito documentário é um meio de pagamento, utilizado em favor do exportador, para o recebimento total ou parcial do preço correspondente à

---

[6] A URDG encontra-se em processo de revisão pela CCI, com o intuito de adequá-la à mais recente prática comercial internacional e deve ser publicada em 2009. A primeira minuta das regras revisadas foi disponibilizada aos membros da CCI em 19 de fevereiro de 2008, para envio dos comentários até 28 de março de 2008. A iniciativa de revisão pela CCI foi incentivada por eventos importantes que contribuíram para a reformulação do cenário regulatório das garantias à demanda, notadamente a adoção da Convenção da ONU sobre Garantias Independentes e "Stand-by Letters of Credit", ISP 98 e UCP 600, tratando todas essas publicações de garantia à demanda ou compromissos independentes com a mesma natureza das garantias à demanda.

exportação de mercadorias e serviços. A garantia bancária é um mecanismo para garantir o completo e pontual cumprimento de obrigações decorrentes de processos concorrenciais ou licitatórios (*tender guarantees*), de execução de obrigações (*performance guarantees*) ou de ou restituição ou ressarcimento de quantia adiantada (*repayment guarantees*). O crédito documentário constitui um meio normal de pagamento; a garantia bancária, por sua vez, não constitui um meio ordinário de pagamento de obrigações. Quando as partes numa operação de exportação decidem pelo uso do crédito documentário, a intenção comum é de que o exportador receba seu pagamento por intermédio de um banco, por meio da carta de crédito, entendido como o meio de pagamento escolhido entre as partes. A garantia bancária, por seu turno, deve apenas ser empregada na ocorrência de um dos riscos cobertos por ela, por exemplo, quando a mercadoria não é entregue pontualmente ou em desconformidade com o acordado ou se um adiantamento deve ser restituído em decorrência da falta de cumprimento de uma obrigação. As partes não esperam que tais riscos se materializem e o banco garantidor espera que a garantia nunca seja utilizada. Em suma, o pagamento numa garantia é exceção, mas o pagamento num crédito documentário advém do curso normal da execução do contrato.[7]

No entanto, cumpre assinalar que a distinção acima apresentada é meramente teórica, de modo que na prática as cartas de crédito podem representar tanto um meio de pagamento como uma garantia, como se verá no decorrer do presente estudo e se comprova na prática comercial e bancária e na literatura e jurisprudência sobre o tema.

[7] Cf. HORN, Norbert. The United Nations Convention on Independent Guarantees and the Lex Mercatoria. Centro di Studi e Ricierche di Dititto Comparato e Straniero. Saggi, Conferenze e Seminari. Roma, 1997. Disponível em: <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/30horn.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2008.

Com o intuito de consolidar as regras aplicáveis às cartas de crédito ou crédito documentário, em 1983, a CCI revisou novamente as regras aplicáveis aos créditos documentários e publicou a Brochura n.400 ou *Uniform Customs and Practices for Documentary Credits* (UCP 400). Referida publicação consolidava as regras até então praticadas no comércio internacional e reconhecia o caráter autônomo e independente das cartas de crédito.[8]

Em 11 de dezembro de 1995, a Assembléia Geral da ONU, por meio de resolução tomada em sessão do plenário, editou a *United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit*. Na esteira das regras da CCI, a referida convenção reconhece a independência das garantias, conforme dispõe o artigo 3.º abaixo reproduzido:

> Article 3. Independence of undertaking.
>
> For the purposes of this Convention, an undertaking is independent where the guarantor/issuer's obligation to the beneficiary is not:
>
> (a) Dependent upon the existence or validity of any underlying transaction, or upon any other undertaking (including stand-by letters of credit or independent guarantees to which confirmations or counter-guarantees relate); or
>
> (b) Subject to any term or condition not appearing in the undertaking, or to any future, uncertain act or event except presentation of documents or another such act or event within a guarantor/ issuer's sphere of operations.[9]

[8] A UCP 400 foi revisada em 1983, com a publicação da UCP 500 e em 2006, com publicação da UCP 600, sempre com a intenção de adaptar as regras à dinâmica prática comercial. A UCP 600 é a quinta revisão das regras publicadas em 1933.

[9] United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit, ONU, 1995. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/payments/guarantees/guarantees.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2008.

A Convenção da ONU representou mais um importante passo em direção à codificação internacional das regras aplicáveis às garantias bancárias. Conforme afirma Horn,[10] a garantia bancária tornou-se um contrato típico das operações comerciais e financeiras internacionais durante as últimas décadas. Como os problemas jurídicos dessa garantia bancária são os mesmos, não é de surpreender que soluções similares ou até mesmo idênticas foram adotadas pelos advogados atuantes no comércio internacional e pelas cortes e tribunais arbitrais que lidam com esse tipo de garantia. Por isso, a codificação das regras aplicáveis torna-se uma conseqüência lógica para uniformização das práticas e das soluções aos problemas recorrentes.

Ainda na esfera da evolução normativa, em 1998, a CCI publicou a *International Standby Practices* (ISP/98), Brochura n. 590, para sistematizar as regras aplicáveis às garantias *stand-by*. Longe de representarem uma inovação, as garantias *stand-by* nada mais são do que a figura adotada pelos Estados Unidos para contornar a vedação legal para emissão de cartas de crédito e que, a partir de 1980, passou a ser adotada em outros países, como Inglaterra e Japão.

A história do surgimento nos Estados Unidos das *Stand-by Letters of Credit* ou simplesmente SBLC é muito interessante. Após o *crash* de Wall Street em 1929, o Congresso americano passou a investigar as causas do desastre, incluindo, em particular, o papel dos bancos. O resultado dessa investigação foi a promulgação do *Glass-Steneagle Act*, que diferenciava os bancos comerciais dos bancos de investimento e impedia que os bancos comerciais emitissem ou negociassem *securities*. Instaurou-se uma polêmica para descobrir se uma

[10] HORN, Norbert. The United Nations Convention on Independent Guarantees and the Lex Mercatoria. Centro di Studi e Ricierche di Dititto Comparato e Straniero. Saggi, Conferenze e Seminari. Roma, 1997. Disponível em: <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/30horn.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2008.

garantia era considerada um *security*, para os fins do *Glass-Steneagle Act*. A Suprema Corte americana concluiu positivamente. No entanto, em outro caso, a Suprema Corte sustentou que uma carta de crédito ou crédito documentário emitido por um banco comercial não era um *security*. Os advogados americanos, nada ingênuos, desenvolveram, então, o conceito de SBLC, que vem sido emitida desde então pelos bancos comerciais e que não seria uma garantia de pagamento, de acordo com o *Glass-Steneagle Act*.

A SBLC difere de uma carta de crédito apenas em relação aos documentos a serem apresentados para pagamento. Enquanto a carta de crédito ou crédito documentário requer a apresentação de documentos de transporte, a SBLC normalmente determina apenas a apresentação de uma demanda de pagamento e uma declaração afirmando, por exemplo, que um contratante falhou no cumprimento de sua obrigação contratual. No entanto, a natureza da obrigação do banco é a mesma, tanto para o emissor da SBLC como para carta de crédito. A SBLC é, por conseguinte, a figura equivalente à carta de crédito nos Estados Unidos.

As SBLCs têm sido recepcionadas pelas Cortes inglesas da mesma maneira que as cartas de crédito, e a similaridade com as garantias à demanda também tem sido reconhecida. Exemplificativamente, de acordo com o precedente Kvaerner John Brown Ltd. *v.* Midland Bank plc (1998), afirmou Cresswell J.:

> Similar principles for present purposes apply both in relation to standby credits and first demand bonds. In case of a first demand bond or a standby, banks assume irrevocable obligations. It is only in exceptional cases that courts will interfere with the machinery of irrevocable obligations assumed by banks.

1.2 Regras, práticas comerciais e *lex mercatoria*

A prática comercial internacional gerou conceitos e princípios amplamente utilizados e comumente aceitos em relação ao significado e aos efeitos legais das garantias bancárias e cartas de crédito, particularmente no que tange à independência comercial concernente à obrigação subjacente. Esses conceitos e princípios podem ser classificados como elementos caracterizadores de uma lei ou codificação comercial uniforme, identificados como *lex mercatoria.*[11]

A *lex mercatoria* surge como um direito acima dos direitos nacionais, aplicável exclusivamente ao comércio internacional.[12] A reiterada prática comercial, a padronização dos documentos e contratos firmados no âmbito do comércio internacional e a necessidade de uniformização das regras aplicáveis para simplificação e rapidez nas transações fazem com que entidades como a Unidroit e a CCI se dediquem à sistematização de normas de aplicação supranacional, que podem ser consideradas *lex mercatoria*.

Na definição de Goldman,[13] entende-se a *lex mercatoria* como um conjunto de princípios gerais e regras costumeiras aplicadas espontaneamente ou elaboradas para o comércio internacional, sem se referir a um específico sistema de direito nacional. No entendimento de Goldman, as relações comerciais estatais "parecem escapar ao império de um direito estatal, em direção a um direito uniforme integrado na legislação dos Estados que a ele tenham aderido". Mesmo que se defenda a independência legislativa da *lex mercatoria* em relação

[11] Cf. HORN, Norbert. The United Nations Convention on Independent Guarantees and the Lex Mercatoria. Centro di Studi e Ricierche di Dititto Comparato e Straniero. Saggi, Conferenze e Seminari. Roma, 1997. Disponível em: <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/30horn.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2008. p. 102.

[12] Cf. HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e* lex mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 102.

[13] GOLDMAN, Berthold. Les Frontières du droit et *lex mercatoria*. *Archives de Philosophie du Droit*, n. 9, p. 177, 1964 apud HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e* lex mercatoria..., cit., p. 105.

aos direitos do Estados, é necessário que estes reconheçam a aplicação das regras costumeiras do comércio internacional, denominadas *lex mercatoria*. Caso contrário, não haverá forma de torná-las efetivas dentro dos limites territoriais de cada Estado.[14] E, para que o Estado reconheça a aplicação e dê eficácia à *lex mercatoria*, é preciso que esta esteja em consonância com a ordem pública e com os princípios gerais de direito do Estado em que se pretenda aplicá-la. Se não houver identidade entre a ordem pública e a *lex mercatoria*, a aplicação da última será barrada pela primeira no território respectivo.

A *lex mercatoria* é adotada, sobretudo, na arbitragem comercial internacional ou em outras formas de resolução de controvérsias, pois os tribunais nacionais resistem em reconhecê-la e aceitá-la como corpo de lei alternativa a ser aplicado em um litígio. Acatando-a, estaria o Estado abdicando de parte de sua soberania em favor de um corpo normativo elaborado para e por comerciantes e em constantes mudanças. Por essa razão, a arbitragem desempenha um papel fundamental na aplicação da *lex mercatoria*. A efetividade da decisão arbitral não repousa na força do Estado, mas no mercado em que se integram as partes litigantes, visto que, se o perdedor não acatar a decisão arbitral, será excluído desse mercado, ante a falta de credibilidade e de confiabilidade, que passará a caracterizá-lo perante os demais *players* do comércio internacional.[15] Portanto, a *lex mercatoria* tem eficácia, sobretudo, em relação às partes contratantes, que reconhecem e aceitam sua aplicação e se

---

[14] HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e* lex mercatoria..., cit., p. 108.

[15] Cf. MAGALHÃES, J.C. Empresa multinacional: descriminação analítica de um fenômeno contemporâneo. *Revista de Direito Militar*, Brasília, n. 14, p. 67-88, 1987 apud FIORATI, Jete Jane. A *lex mercatoria* como ordenamento jurídico autônomo e os Estados em desenvolvimento. *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, ano 41, n. 164, out.-dez. 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_164/R164-02.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2008.

submetem às decisões fundadas em seu conteúdo, acatando-as e respeitando-as.

Para Huck,[16] "mesmo o costume depende do reconhecimento dos tribunais. São os tribunais estatais que consagram a produção espontânea de práticas em normas consuetudinárias". Segundo seu entendimento, para que a *lex mercatoria* tenha eficácia em determinado território, mister se faz o seu reconhecimento pelos respectivos tribunais. As regras aplicáveis às garantias bancárias e às cartas de crédito decorrem do costume internacional e da sistematização por parte da CCI e da ONU. Entretanto, quando surge um litígio em contratações amparadas por essas regras, os tribunais dos Estados, em geral, têm reconhecido sua efetividade, quando não há conflito em relação à ordem pública.

1.3 Regras, práticas comerciais e *soft law*

O direito internacional contemporâneo identificou nas últimas décadas o surgimento de uma "Nova Ordem Econômica Internacional", impulsionada pelo advento da globalização, com a conseqüente integração econômica dos países. Essa "Nova Ordem Econômica Internacional" iniciou-se a partir do final da Segunda Guerra Mundial, com a renúncia ao antigo modelo nacionalista estatal e a formação de uma sociedade internacional voltada para o respeito aos direitos humanos e para a cooperação com o desenvolvimento da paz e da humanidade. Desde então, surgiram novas potências mundiais (Estados Unidos e a extinta União Soviética) e se estabeleceu um foro democrático para discussões da sociedade internacional na ONU, acentuando-se a preocupação com o bem-estar individual, com a proteção aos direitos fundamentais e com o desenvolvimento

[16] HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e* lex mercatoria..., cit., p. 119.

internacional. Além disso, novos acontecimentos políticos, históricos, científicos e econômicos fazem com que a sociedade internacional se torne mais dinâmica, interligada e interdependente e carente de uma nova regulação pelo direito internacional, uma vez que o direito internacional clássico não consegue mais corresponder ou apresentar soluções aos problemas da sociedade internacional contemporânea, que exige instrumentos hábeis para a pacificação das relações sociais entre Estados, organizações internacionais e mesmo entre os indivíduos.[17]

Nasser[18] assinala que

> a sociedade de Estados conheceu, no século XX, o acréscimo quantitativo e qualitativo de interações. Os intercâmbios comerciais, econômicos, culturais viram-se grandemente incrementados. Por essa razão [...], no século XX, a cooperação surgiu para os Estados como uma necessidade em vista da interdependência entre os atores sociais, indispensável para a sua sobrevivência e desenvolvimento.

A "Nova Ordem Econômica Internacional" é caracterizada pela presença das organizações internacionais como sujeitos do direito internacional, condição anteriormente atribuída apenas aos Estados soberanos. As características essenciais dessas organizações internacionais são apresentadas por Menezes:[19]

> 1) são associações livres entre Estados; 2) surgem a partir de uma convenção internacional; 3) dispõem de personalidade jurídica internacional; 4) possuem um objeto de trabalho próprio e definido; 5) têm um ordenamento jurídico próprio, que regula a sociedade de Estados; 6) possuem órgãos próprios para executar seus

[17] Cf. MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Editora Unijuí, 2005. p. 40-41.

[18] NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional*. Um estudo sobre a *soft law*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 79.

[19] MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade* , cit., p. 46.

> objetivos; 7) são dotados de uma estrutura que se distingue da estrutura dos Estados-membros.

As organizações internacionais atuam como foro das discussões dos Estados, para manutenção da paz e dos objetivos comuns de desenvolvimento das nações.

Diante das importantes mudanças acima descritas, decorrentes da atuação das organizações internacionais e das novas problemáticas identificadas, a regulação das relações internacionais passou a necessitar de maior maleabilidade e flexibilidade.[20] Nesse contexto, surge uma nova fonte de direito internacional, a *soft law*, definida por Menezes[21] como

> fonte do Direito Internacional, utilizada como instrumento para modelação de uma nova sociedade internacional contemporânea, por onde os três pilares do novo ordenamento internacional (organizações internacionais, direitos humanos e o Direito Internacional econômico) passam a operar não só no plano global, mas também sobre os ordenamentos jurídicos internos dos Estados, modelando e indicando normas jurídicas a serem adotadas por eles, para serem aplicadas aos indivíduos e também na sociedade internacional.

Em outra passagem, o autor[22] assevera que

> as *soft laws* surgem em foros internacionais como instrumentos políticos e jurídicos que expressam a vontade dos Estados no âmbito do Direito Internacional Público dirigido à sociedade internacional e às relações internacionais. Não obstante, acabam influenciando, também, o desenho do Direito Interno dos Estados, com a reprodução e adequação, nos ordenamentos nacionais, de diversas normas, desenhadas e prescritas naqueles foros internacionais, posicionando-se, assim, como uma importante

[20] Cf. NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional*, cit., p. 93-94.

[21] MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade* , cit., p. 140.

[22] Idem, ibidem, p. 155.

> fonte da disciplina de Direito Internacional, mas também do próprio Direito Interno.

Considerando-se o acima exposto, as regras e práticas comerciais aplicáveis às garantias bancárias e cartas de crédito apresentadas anteriormente neste estudo podem ser identificadas como *soft law*, porque são produzidas por organizações internacionais (CCI, ONU, Uncitral) e atuam como fonte normativa do direito interno dos Estados-membros. Alguns países, como a França e o Reino Unido, aplicam-nas como fundamento de decisões judiciais em litígios envolvendo contratações no âmbito dessas regras e reconhecem-nas como fonte de direito. Por outro lado, identificamos julgados da Holanda e da Bélgica, por exemplo, em que os tribunais não admitiram a eficácia desses normativos, considerando-os como uma codificação privada, cuja violação não pode ser submetida à sua apreciação, conforme ilustram Dominique Lechien e Martine Regout-Masson[23] em seu artigo sobre garantias internacionais:

> Le *Hoge Raad*, qui remplit aux Pays-Bas à peu près la même fonction que la Cour de Cassation em France et em Belgique, a rappelé dans um arrêt du 28 octobre 1983 que les Règles et Usances Uniformes relatives aux crédits documentaires, révision 1974, ne pouvaient être considerées comme une règle legale dont la violation pourrait être invoque devant lui.
>
> Ces Règles et Usances ne constituent pas un usage, au sens de l'article 99 § 2 de la loi sur l'organisation judiciaire, parce qu'un usage ne peut être simplement déduit de faits de notoriété publique ou de faits déclares constantes par le juge de fond.
>
> Le *Hoge Raad* s'était déjà prononcé dans ce sens son arrêt du 12 mars 1982.
>
> Dans la première espèce, toutefois, les Règles et Usances n'étaient pas directement applicables. Une des parties se prévalait de l'article 46 des Règles et Usances pour interpréter la notion de transfert de garantie à première demande.

[23] LECHIEN, Dominique; REGOUT-MASSON, Martine. Les Sûretes Internationales (Grande-Bretagne – Pays Bas 1983-1984). *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 7, p. 879-880, 1985.

> Dans la seconde espèce, le *Hoge Raad* était saisi d'une demande d'interpretation de certaines dispositions des Règles et Usances.
>
> L'arrêt du 28 octobre 1983 a donc une portée plus précise que celui du 12 mars 1982.
>
> En droit belge, la solution ne serait sans doute pas différente. Les Règles et Usances ne fournissent en effet qu'une codification privé.
>
> Remarquons cependant que l'Organisation des Nations Unies a reconnu dans ces règles un usage commercial et que la Cour de Cassation française y fait référence, au même titre qu'aux dispositions du Code Civil (Cass. Fr. 14 octobre 1981, Banque 1982, p. 524).

Portanto, a *soft law* deve ser compreendida como um fenômeno dotado de normatividade relativa, na medida em que relativa é a força constringente de suas normas, de seu alcance variável, do maior ou menor grau de certeza quanto a obrigações e direitos dela decorrentes, da existência e dos tipos de conseqüências previstas em casos de descumprimento de tais normas. A relatividade é, pois, no tocante à sua flexibilidade, sua força e sua precisão.[24]

2
AUTONOMIA DAS GARANTIAS

Feita a contextualização histórica e normativa das garantias autônomas ou à primeira demanda, passaremos a analisá-las do ponto de vista da prática bancária internacional.

Primeiramente, cumpre esclarecer que as terminologias "garantia autônoma" ou "garantia à primeira demanda" são sinônimas e serão aqui tratadas como tal, ressaltando-se apenas que o termo "autônoma", em nossa opinião, define com mais precisão o sentido que se pretende dar a essa modalidade de

[24] Cf. NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional*, cit., p. 96.

garantia, pois a expressão “à primeira demanda” identifica apenas uma forma de execução da garantia. A garantia autônoma representa, pois, uma obrigação assumida por um banco de pagar certa quantia em dinheiro mediante a apresentação de simples solicitação pelo beneficiário (ou “à primeira demanda” do beneficiário), referindo-se às condições constantes do próprio texto da garantia, sem que seja permitido ao garantidor invocar as questões ou exceções decorrentes do contrato subjacente. A principal característica das garantias autônomas é a faculdade do beneficiário de exigir o cumprimento da obrigação garantida no momento que lhe convier, respeitadas as condições estabelecidas na própria garantia. Portanto, a autonomia ou independência da obrigação assumida pelo banco se traduz na impossibilidade de este opor ao beneficiário as exceções do contrato subjacente para deixar de efetuar o pagamento. A obrigação assumida pelo banco equipara-se àquela existente num crédito documentário irrevogável.[25] Trata-se de uma obrigação em virtude da qual o banco garantidor obriga-se até um valor máximo, por um período determinado, à consecução de um resultado econômico, caracterizada pela independência em relação à obrigação garantida.

O Professor Wald[26] conceitua a garantia à primeira demanda de maneira clara e precisa:

> A garantia bancária à primeira demanda, também denominada garantia à primeira solicitação, garantia autônoma ou independente, constitui uma obrigação assumida por um banco (denominado *garantidor*) por solicitação de um cliente seu (denominado *ordenador* ou devedor) que dela (garantia) necessita de pagar certa quantia, por exigência do beneficiário, referindo-se

[25] Cf. RIVES-LANGE, Jean-Louis; CONTAMINE-RAYNAUD, Monique. *Droit Banceire*. 5. ed. Paris: Dalloz, 1990.

[26] WALD, Arnoldo. A garantia à primeira demanda no direito comparado. *Revista de Direito Mercantil,* n. 66, p. 5.

> tão-somente ao texto da obrigação, sem que possam ser invocados meios de defesa ou exceções com base no contrato, que ensejou a operação, sem prejuízo de desatendimento do direito do credor nos casos de fraude, abuso de direito e comprovada má-fé.
>
> Em certos casos, o cliente solicita a garantia por intermédio de seu banco a outra instituição financeira, aceita pelo beneficiário, podendo o banco do cliente funcionar como *contragarantidor*.

Outra definição interessante é a apresentada pela professora argentina Carlucci, citando Sesta:[27]

> Contrato por el cual un sujeto, dotado de sólida posición financiera (normalmente un banco o una compañía de seguros), se obliga a pagar un determinado importe al beneficiario, con el fin de garantir la prestación de un tercero, a simple demanda del beneficiario mismo y, por regla, con renuncia a hacer valer cualquier excepción relativa a la existencia, validez o coercibilidad del vínculo garantido, existente entre el beneficiario y el deudor principal, al cual el garante permanece extraño.

Na definição de Jean-Pierre Mattout:[28]

> La garantie à première demande est un engagement par lequel le garant, à la requête irrévocable d'un donneur d'ordre, accepte de payer en qualité de débiteur principal, sur simple demande, un somme d'argent à une bénéficiaire désigné, dans les termes et conditions stipulés dans la garantie, en renonçant par avance à exercer tout contrôle externe sur les conditions de mise en jeu de son engagement.

A garantia à primeira demanda é, portanto, absolutamente independente dos demais contratos com os quais está funcionalmente relacionada. A vinculação obrigacional entre o banco e o beneficiário é autônoma em relação

---

[27] SESTA, Michele. La Garanzie Atipiche, p. 506 apud CARLUCCI, Aída R. Kemelmajer. Las garantias a primera demanda. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, ano 85, v. 724, p. 14, fev. 1996.

[28] MATTOUT, Jean-Pierre. *Droit Bancaire International.* Deuxième édition. Paris: La Revue Banque Editeur, 2003.

aos demais vínculos obrigacionais constituídos entre o devedor (ordenador) e o beneficiário e entre o devedor (ordenador) e o banco.

A autonomia ou independência dessa modalidade de garantia bancária caracteriza-se tanto no plano jurídico como no econômico. A independência é possível a partir da autonomia jurídica e patrimonial do banco (garantidor) em relação ao devedor e ao beneficiário. A caracterização da autonomia jurídica se dá pela adoção da forma escrita para a formalização do documento, pela literalidade de suas condições e pela submissão da garantia às publicações da CCI que reconhecem e regulamentam tal modalidade de garantia. A garantia firmada por escrito confere maior segurança às partes envolvidas, pois o banco garantidor delimita suas obrigações, na medida em que apresenta, desde logo, as condições da emissão e para o exercício e pagamento. O beneficiário, por sua vez, toma conhecimento dessas condições e deve observá-las atentamente para fazer jus a eventuais pagamentos decorrentes do exercício da garantia.[29]

2.1 Natureza jurídica

A garantia autônoma é uma modalidade de garantia pessoal, na medida em que o garantidor oferece seu patrimônio a um terceiro, com quem não tem nenhuma relação comercial, em garantia ao pagamento de uma dívida. Contudo, não há consenso no tocante à sua natureza jurídica e arriscaríamos defini-la como um contrato *sui generis*, decorrente dos princípios jurídicos da autonomia da vontade das partes e da liberdade contratual; é uma garantia atípica, pois ocupa um lugar intermediário entre a fiança e o depósito em caução.

[29] Cf. GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez. *Garantias bancárias autônomas e as regras uniformes para garantias autônomas da Câmara de Comércio Internacional* (publicação n. 458). 1999. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, São Paulo. p. 58-60.

Conforme bem observa Ghirardi,[30]

> o princípio segundo o qual uma garantia pode ser independente do contrato cujos riscos visa cobrir não foi admitido com a mesma facilidade pelo conjunto dos sistemas jurídicos [...]; essa questão só foi superada por meio do reforço da teoria da autonomia da vontade. O valor atribuído à vontade das partes na criação de um vínculo independente, em que uma parte se obrigava pelo pagamento autônomo, destacado de qualquer operação que pudesse lhe dar causa foi construindo a idéia da validade e originalidade da garantia autônoma.

Essas garantias se incluem entre as obrigações que têm fundamento na autonomia da vontade, que correspondem a uma demanda do comércio internacional e que outorgam maior segurança às transações, na medida em que seus efeitos e as obrigações delas decorrentes são destacados do negócio comercial subjacente.

Referida garantia não encontra uma definição jurídica na legislação brasileira, mas decorre da prática comercial, sobretudo internacional. Ao analisarmos essa garantia, encontramos algumas semelhanças com alguns institutos, tais como a fiança ou o aval, garantias pessoais típicas em que o fiador ou o avalista oferecem seu patrimônio em garantia em favor de um terceiro. Por outro lado, diferentemente da fiança ou do aval, a garantia autônoma ou à primeira demanda não é uma garantia acessória, na qual, antes de atingir o patrimônio do fiador ou avalista, primeiramente devem ser buscados os bens do devedor principal. Como dito, a garantia à primeira demanda constitui uma obrigação autônoma, cuja existência independe da obrigação subjacente. Nela, o garantidor deve efetuar o pagamento da obrigação garantida, mediante simples solicitação do beneficiário, sem que possa lhe opor ou invocar qualquer exceção.

---

[30] GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez. *Garantias bancárias autônomas*..., cit., p. 26.

Portanto, os benefícios do Código Civil (benefícios de ordem e de execução, por exemplo) não se aplicam nas garantias à primeira demanda.

Comparando-se a fiança com a garantia autônoma, verificamos que ambas têm fundamento numa obrigação subjacente. Contudo, as obrigações do garantidor (emissor da garantia autônoma) e do fiador (emissor da fiança) são diferentes. O fiador continuará vinculado à obrigação garantida, até a sua extinção, ao passo que a obrigação do garantidor persistirá nos termos e pelo prazo definidos na própria garantia. Na fiança, não há duas obrigações distintas, mas tão-somente a obrigação garantida, que é a mesma assumida pelo afiançado e pelo fiador. Se o afiançado deixar de cumprir a obrigação por algum motivo justo ou relevante, o fiador pode escusar-se ao cumprimento da fiança com base nesse motivo, eis que as exceções pessoais do afiançado aproveitam-se ao fiador. O garantidor, por sua vez, assume sua própria obrigação, totalmente independente e distinta daquela do ordenador (que é o devedor da obrigação garantida) da garantia autônoma, não havendo, pois, que falar em solidariedade. De maneira geral, os vícios da obrigação subjacente não geram nenhum efeito sobre a garantia autônoma. O garantidor não pode, em hipótese alguma, deixar de cumprir com suas obrigações, invocando motivos atribuíveis ao ordenador. À exceção do fato de que as obrigações do fiador e do garantidor têm origem na obrigação subjacente, não há nenhuma outra semelhança entre as duas garantias. O caráter autônomo é a característica fundamental que diferencia a obrigação do garantidor da do fiador. A fiança, enquanto garantia acessória, segue o destino da obrigação principal. Mesmo que o fiador tenha renunciado aos benefícios legais de ordem e de execução (artigo 827 e seguintes do Código Civil),[31] não há que comparar a fiança com a garantia autônoma, uma vez que os eventuais vícios da obrigação subjacente serão necessariamente refletidos na

[31] Lei 10.406, de 10.01.2002.

obrigação do fiador e não terão nenhuma influência na obrigação do garantidor autônomo.[32]

Sobre as diferenças das obrigações do fiador e garantidor, Cremades[33] assinala:

> Sob outra fórmula, juridicamente mais precisa, o importador que formula sua solicitação a título do negócio que supõe que a obrigação do garantidor contém uma automaticidade de execução absolutamente independente das vicissitudes que possam afetar o negócio, bem como, mais genericamente, de todas as relações entre exportador e importador suscetíveis de ter repercussões ao nível do negócio.
>
> É esta independência total, desejada pelo importador estrangeiro, e que tal qual acaba de ser definida – mas também limitada – que constitui a diferença entre a obrigação dum fiador, ainda que solidário – excluídas, como é óbvio, por fora de propósito, as noções de benefício de ordem e de divisão no caso da garantia à primeira solicitação – e já que há uma realidade jurídica diferente, melhor seria, como sublinha o professor Vasseur, no caso da garantia à primeira solicitação, "banir os termos fiança e fiador, que são de natureza a provocar confusão".

A professora argentina Carlucci,[34] citando juristas franceses, apresenta uma classificação bastante interessante de garantia autônoma ou à primeira demanda, como contrato inominado:

> Contrato inonominado, concluido entre un ordenador (*donneur d'ordre*) y un garante, quien tiene la obligación de pagar a un tercero (el beneficiario), una suma de dinero en pago de un crédito de origen contractual que tiene el beneficiario contra el ordenador.

---

[32] Cf. GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez. *Garantias bancárias autônomas*..., cit., p. 50-52.

[33] CREMADES, Juan Antonio. As garantias bancárias à primeira solicitação em direito espanhol. In: LESGUILLONS, Henry (Org.). *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão brasileira organizada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 215.

[34] CARLUCCI, Aída R. Kemelmajer. Las garantias a primera demanda..., cit., p. 15.

> El garante debe pagar desde que el beneficiario lo requiera, sin pode invocar, en principio, ninguna excepción.[35]

E, recorrendo-se à conceituação de Natucci, a garantia autônoma seria um contrato unilateral:

> Contrato obligatorio unilateral que, normalmente, sirve para asegurar al acreedor beneficiario la prestación de un tercero, generalmente un cliente del banco, de modo que el beneficiario está garantido de que obtendrá la prestación o el correlativo valor pecuniario contractualmente establecido.[36]

Inexistindo uma caracterização jurídica precisa, sobretudo decorrente da ausência de conceituação legal sobre o tema em muitos países, inclusive no Brasil, o reconhecimento das garantias autônomas se deu inicialmente pelos tribunais europeus.

Conforme observa Wald,[37]

> o esforço da doutrina e da jurisprudência foi no sentido de desvincular a garantia à primeira demanda da fiança, com a finalidade específica de considerar aquela não como contrato acessório e sim como contrato principal, justificando, assim, sua própria existência, que só se explica, como vimos, pela ruptura do vínculo de causalidade que a dissocia do contrato fundamental.

Para evitar maiores discussões sobre a natureza das garantias autônomas, o garantidor freqüentemente renuncia expressamente a toda sorte de benefícios e oposições com fundamento no contrato subjacente que

---

[35] MAZEAUD HENRY, Leon y Jean; CHABAS, François. *Leçons de Droit Civil*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1988, v. 1, t. III, apud CARLUCCI, Aída R. Kemelmajer. Las garantias a primera demanda..., cit., p. 15

[36] NATUCCI, Alessandro. *Astrazione causale e contratto autônomo di garanzia*. Milano: Cedam, 1992, apud CARLUCCI, Aída R. Kemelmajer. Las garantias a primera demanda..., cit., p. 15.

[37] A garantia à primeira demanda no direito comparado, cit., p. 7.

eventualmente pudesse invocar em relação ao beneficiário para não permitir o respectivo pagamento. Por meio de tal disposição, pretende-se expressar a absoluta autonomia existente entre as obrigações, sendo os próprios bancos os principais defensores e os principais interessados em configurar dessa maneira suas obrigações. Dessa forma, conseguem evitar seu envolvimento nas possíveis discussões a respeito do cumprimento da obrigação subjacente, não possibilitando, ademais, sua atuação como árbitros em tais conflitos. As condições de suas obrigações acomodam-se mais na natureza profissional de sua obrigação.

Por sua independência da obrigação subjacente, alguns juristas conceituam a garantia autônoma como uma obrigação abstrata ou uma garantia abstrata. Contudo, essa não nos parece uma terminologia precisa, pois a abstração pode levar à interpretação equivocada de que a garantia é desprovida de causa.[38] Na verdade, a abstração é relativa ao contrato subjacente, e não ao texto ou ao conteúdo da própria garantia.

2.2 Relações jurídicas nas garantias autônomas

As garantias autônomas pressupõem uma relação de pelo menos três partes numa *emissão direta*: o emissor da garantia ou garantidor (normalmente um banco), o ordenador ou devedor e o beneficiário, conforme diagrama abaixo. A emissão da garantia justifica-se na existência de um contrato comercial entre o ordenador e o beneficiário (obrigação subjacente), que pode ser um contrato de compra e venda, de execução, de licitação ou concorrência pública, de execução de obra ou de serviços, entre outros. A *emissão direta* caracteriza-se pelo fato de o ordenador apresentar sua demanda diretamente ao banco garantidor ou emissor da garantia, que, por seu turno, a emite em favor do beneficiário.

[38] Cf. GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez. *Garantias bancárias autônomas*..., cit., p. 26

No exemplo acima ilustrado, temos três relações jurídicas distintas e simultâneas: a relação entre o ordenador e o beneficiário (1), evidenciada pelo contrato comercial; a relação entre o ordenador e o garantidor (2), consubstanciada pela ordem de emissão e por um contrato de reembolso; bem como a relação entre o garantidor e o beneficiário (3), estabelecida a partir da garantia autônoma.

Caso o beneficiário entenda ter o ordenador inadimplido com suas obrigações contratuais, aquele demandará ao banco garantidor o pagamento da garantia e este, por sua vez, deverá providenciar o imediato pagamento, sem que lhe seja possível qualquer objeção, caso a solicitação do pagamento tenha sido feita em conformidade com o estabelecido na garantia. Essa obrigação de pagamento sem contestação é expressão do caráter absoluto e imediato das garantias autônomas. A obrigação de pagamento do garantidor encontra seu fundamento no compromisso por ele assumido, segundo o qual, ao aceitar emitir uma garantia autônoma, o banco garantidor renuncia às exceções inerentes ao contrato subjacente firmado entre o ordenador e o beneficiário. A recusa injustificada ao pagamento pode sujeitar o garantidor, conforme previsto na garantia autônoma, ao pagamento de multa e juros moratórios, sem prejuízo da indenização pelas perdas e danos a que der causa. A obrigação de pagamento do garantidor pode subsistir mesmo em caso de alegação de nulidade do contrato subjacente (tal como demonstrar-se-á mais adiante neste estudo) e em caso de rescisão ou resilição do contrato subjacente.

De qualquer maneira, é importante ressalvar os casos de execução manifestamente abusiva da garantia e de fraude, que serão detalhados ao longo deste estudo. O relacionamento entre o ordenador e o garantidor é expresso por

meio de um contrato para prestação de garantia, que estabelece o reembolso do garantidor pelo ordenador, caso aquele seja chamado ao pagamento, não sendo possível ao ordenador furtar-se ao pagamento, por qualquer que seja a razão. Dessa forma, também é vedado ao ordenador invocar qualquer condição do contrato subjacente para evitar o reembolso ao banco de quantias despendidas em decorrência do exercício da garantia. Tal contrato estabelece, ainda, que o banco garantidor fará jus a uma comissão pela prestação da garantia, que é a remuneração do banco.

Em alguns casos, quando o beneficiário e o ordenador encontram-se em países distintos, há normalmente o envolvimento de outro banco contragarantidor das obrigações do banco garantidor. O banco contragarantidor, em geral, é um banco de relacionamento do beneficiário, que emite uma garantia em favor deste, que não quer correr o risco do banco de escolha do ordenador. Nesta estrutura, temos a chamada *emissão indireta* e a existência de quatro relações jurídicas: entre o ordenador e o beneficiário (1), evidenciada pelo contrato comercial; a relação entre o ordenador e o seu banco (contragarantidor) garantidor, para a emissão da contragarantia em favor do banco de relacionamento do beneficiário (banco garantidor) (2), consubstanciada pela ordem de emissão de contragarantia e por um contrato de reembolso; a relação entre os bancos contragarantidor e garantidor (3), a partir de uma ordem de emissão de garantia, com contragarantia do banco ordenador/contragarantidor; e, finalmente, a relação entre o banco garantidor e o beneficiário (4), estabelecida a partir da garantia autônoma. O banco contragarantidor, atuando por conta e risco do ordenador, dá as instruções de emissão da garantia autônoma para o banco garantidor e, em contrapartida, emite uma contragarantia autônoma, ou seja, revestida de independência *vis-à-vis* as demais relações jurídicas e obrigações.

O esquema a seguir demonstra os agentes e as relações estabelecidas entre eles nas chamadas *emissões indiretas*.

A *emissão indireta*. Pela emissão da contragarantia, o banco contragarantidor obriga-se a pagar ao banco garantidor, por conta e ordem do ordenador, quaisquer despesas incorridas na emissão da garantia, além dos valores despendidos, caso a garantia seja executada para pagamento. O ordenador, por sua vez, firma com o banco contragarantidor um contrato de reembolso, pelo qual se obriga a prontamente reembolsar ao banco contragarantidor todas e quaisquer despesas decorrentes da emissão da garantia e da contragarantia, bem como todo e qualquer valor decorrente da execução da garantia e da respectiva contragarantia. É importante ressaltar que as obrigações do garantidor e do contragarantidor são autônomas entre si e em relação às demais obrigações estabelecidas entre o ordenador e o beneficiário. Portanto, aplicam-se às contragarantias todas as disposições analisadas e apresentadas neste estudo para as garantias autônomas. O principal efeito da *emissão indireta* é reforçar ainda mais a independência da garantia à primeira demanda, pois não há nenhuma vinculação direta entre o ordenador e o banco garantidor, de modo que qualquer tentativa daquele de impedir o respectivo pagamento em caso de exercício será muito difícil de pôr em prática.

Em qualquer dos casos de emissão *direta* ou *indireta*, é possível a participação de mais um agente: o banco avisador ou notificador, que é geralmente um banco indicado pelo beneficiário, por conta de seu relacionamento e confiança, que atua como mero intermediário para a comunicação do recebimento da garantia ou contragarantia ao beneficiário, não assumindo nenhuma responsabilidade em relação ao conteúdo da garantia, nem risco econômico, mas tão-somente responsável por verificar a autenticidade do banco emitente. A participação de um banco notificador numa *emissão direta* não a

torna indireta porque a função do banco notificador é apenas confirmar o recebimento da garantia, não havendo, pois, a assunção de nenhuma obrigação de pagamento.

Ademais, há também a possibilidade de participação de mais de um banco como garantidor ou contragarantidor, nas emissões *diretas* e *indiretas*. Essa situação ocorre em operações financeiras de valor elevado, em que os bancos encontram uma limitação de risco passível de ser assumido em relação a um mesmo ordenador, ao mesmo tempo em que oferece maior proteção ao beneficiário em decorrência da divisão do risco financeiro da operação.

3
CONTEÚDO DAS GARANTIAS

As garantias autônomas contêm algumas disposições comuns a todas as modalidades, a saber:

3.1 Apresentação das partes

Tanto o ordenador como o próprio garantidor e o beneficiário devem ser expressamente mencionados no texto da garantia. Em alguns casos de emissão indireta, pode-se também mencionar o contragarantidor.

A designação do beneficiário é a mais sensível, na medida em que, apresentada no âmbito de uma operação comercial, a garantia autônoma assegura um rigor de execução ao beneficiário que leva à conclusão de tratar-se de uma obrigação *intuito personae*, não sendo possível a cessão de seu benefício.[39] Contudo, nada impede que a garantia seja passível de cessão ou até

[39] Cf. MATTOUT, Jean-Pierre. *Droit Bancaire International,* cit., p. 157.

mesmo de transferência por endosso, dependendo do que o seu conteúdo expressamente autorizar. Não obstante, o crédito decorrente da garantia pode ser cedido pelo beneficiário, mesmo que não haja menção expressa a esse respeito na garantia. Entretanto, nesse caso, a demanda deverá sempre ser feita pelo beneficiário, titular do direito, com as eventuais instruções para pagamento em favor do cessionário do crédito.

3.2 Objeto

A menção expressa ao objeto da garantia é importante para evitar que sua execução seja efetuada no âmbito de um contrato diferente daquele que ensejou sua emissão ou por um risco diferente daquele que visa cobrir. O caráter estrito e a interpretação literal do conteúdo da garantia não devem permitir equívocos.

3.3 Valor

O valor garantido deve ser expresso de maneira clara e precisa. Em alguns casos, faz-se referência a um percentual do contrato subjacente que se pretende garantir, porém essa prática faz com que, havendo alteração ao valor do contrato subjacente, o valor da garantia seja automaticamente modificado. Estipulações imprecisas como tal e outras, por exemplo, mencionando a incidência dos encargos contratuais sobre o valor garantido, devem ser evitadas porque contradizem o caráter autônomo e independente da garantia. Referências ao contrato-base, não apenas em relação ao valor, mas às obrigações garantidas e à forma de execução, devem ser evitadas. A garantia autônoma deve encerrar seu conteúdo em si mesma, quer dizer, a interpretação deve ser feita sem a necessidade de recorrer a qualquer outro documento, em especial, o contrato subjacente, sob pena de pôr em risco a natureza independente da obrigação representada.

Tratando-se de *emissão indireta*, deve-se ter cautela com os valores estipulados na garantia e na contragarantia. Em muitos casos, os bancos garantidor e contragarantidor não se encontram no mesmo país e podem possuir diferentes moedas. É fundamental que ambas as garantias autônomas sejam referenciadas na mesma moeda, para que eventual variação cambial não produza impacto sobre os valores garantidos.

3.4 Prazo

O prazo das garantias pode ser expresso por meio de uma data ou associado a um evento. A data de vencimento é a data-limite para o recebimento pelo garantidor da demanda para pagamento ao beneficiário, salvo se a garantia estabelecer de forma diversa. Em alguns casos, pode a garantia determinar que, não obstante a data de vencimento, pode o beneficiário solicitar o respectivo pagamento num prazo de determinados dias após o vencimento, desde que as condições para apresentação da demanda de pagamento tenham sido verificadas anteriormente ou na data de vencimento. Trata-se de um prazo para execução da garantia, aplicável desde que o motivo da demanda tenha ocorrido dentro do prazo de validade da garantia. Referido prazo para execução de garantia é muito comum nas *emissões indiretas*, nas quais as contragarantias têm em geral um prazo maior e um vencimento posterior ao da garantia, para fins de apresentação da demanda.

A estipulação de um evento para vencimento da garantia (assinatura de um contrato, aceitação provisória, por exemplo) também é comum nas emissões. No entanto, observa-se que a verificação da ocorrência pelo garantidor é, por vezes, muito difícil. Essa estipulação deve ser adotada quando o garantidor tem condições de constatar com certeza o respectivo evento.

Mattout[40] observa que alguns países (como a Síria) não reconhecem a validade de uma data para vencimento da garantia. No direito francês, as cláusulas de vencimento são reconhecidas, porém podem converter o prazo da garantia em indeterminado, com as conseqüências jurídicas que isso implica, notadamente na possibilidade de revogação unilateral. Outros países estabelecem a prorrogação do prazo da garantia em favor do beneficiário (Irã). A Tunísia determina, alternativamente, a necessidade da devolução do documento original da garantia ou a apresentação de uma carta de exoneração emitida pelo beneficiário para desobrigar o garantidor. Nesses casos, é muito difícil saber exatamente se uma garantia ainda comporta um risco de ser executada, e o garantidor evita questionar para que isso não provoque a execução. As *emissões indiretas* ocasionam uma complicação adicional, em relação ao prazo da contragarantia.

3.5 Condições para execução

A terminologia adotada na garantia é essencial para fixar as condições de exercício pelo beneficiário. Inicialmente, a jurisprudência estabeleceu a importância de inclusão na garantia dos termos “à primeira demanda”, “à primeira solicitação” ou expressões equivalentes, indicativas de que a intenção das partes era emitir uma garantia autônoma e não uma fiança. Conforme dito anteriormente, mesmo que a garantia indique o pagamento à primeira demanda, os tribunais podem entender tratar-se de uma fiança em virtude da análise do conteúdo da garantia e dos elementos necessários para a respectiva execução, que, em alguns casos, indicavam a necessidade de comprovação do inadimplemento ou de detalhamento das ocorrências que dão lugar ao pagamento.

[40] MATTOUT, Jean-Pierre. *Droit Bancaire International,* cit., p. 160.

Mattout[41] indica que alguns beneficiários exigem que a expressão "à primeira demanda" seja complementada por outras disposições, tais como:

a) A impossibilidade de o garantidor contestar a solicitação de pagamento, por qualquer que seja o motivo. Essa disposição nos parece desnecessária e redundante quanto à característica fundamental da garantia autônoma;

b) Obrigação de pagar na data de vencimento. Tal situação acaba por transformar a garantia autônoma numa obrigação irrevogável de pagamento em data futura determinada;

c) Obrigação de pagamento pelo garantidor, independentemente da existência de uma ordem judicial. Alguns beneficiários pedem a inclusão dessa disposição, até mesmo em licitações públicas. No entanto, a desobediência de uma ordem judicial não deve ser aceita porque pode acarretar outras implicações não-financeiras ao garantidor, que fogem do âmbito deste estudo. A doutrina italiana, por exemplo, considera inválida essa disposição porque contém uma renúncia antecipada a um direito irrenunciável de obtenção da tutela jurisdicional.[42]

3.6 Direito aplicável e tribunais competentes

A legislação aplicável é, em geral, indicada pelas partes, segundo o princípio da autonomia da vontade e respeitadas as questões de ordem pública. É freqüente a submissão das garantias às regras da CCI, apontando-se alguma das brochuras como aplicáveis na interpretação da garantia. Contudo, nem todas as

[41] MATTOUT, Jean-Pierre. *Droit Bancaire International,* cit., p. 162-163.

[42] VIALE, Mirella. I contrati autonomi di garanzia. *La nuova giurisprudenza civile commentata*. Padova: Cedam, 1990, parte seconda, p. 175, apud CARLUCCI, Aída R. Kemelmajer. Las garantias a primera demanda..., cit., p. 47.

situações são passíveis de resolução aplicando-se apenas as regras da CCI, de modo que a aplicação de um direito estatal torna-se imperativa para tais casos. A esse respeito, há que notar que, em alguns casos, as próprias regras da CCI são interpretadas de maneira diversa dependendo do direito estatal aplicável, eis que este definirá os conceitos aplicáveis por aquelas.

As garantias autônomas envolvem, em geral, três partes distintas e normalmente há identidade entre o local da sede do banco emissor e o local de pagamento do crédito. Por outro lado, em casos mais complexos em que tais locais não coincidem, faz-se necessário enfrentar a questão *vis-à-vis* o direito de cada país, seja do banco emissor, seja do local de cumprimento da obrigação.

O direito brasileiro pauta-se na Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) para definir a legislação aplicável nos casos que envolvem mais de um direito para a mesma questão. Dispõe o artigo 9.º da LICC:[43]

> 9. Para qualificar e reger obrigações, aplicar-se-á a lei do país onde se constituírem.
>
> § 1.º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.
>
> § 2.º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Logo, a legislação brasileira aplica-se: (i) quando o banco emissor for brasileiro (de acordo com o *caput* do artigo 9.º da LICC acima mencionado); (ii) quando a obrigação de pagamento assumida pelo banco emissor for realizada no Brasil (§ 1.º), independentemente de o banco emissor ter ou não sede no Brasil.

[43] Cf. Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Neste caso, a garantia autônoma deve estar formalmente de acordo com o que estabelece a lei do respectivo país de sede do banco.

Nas *emissões indiretas* a problemática da legislação aplicável torna-se mais complexa. Mattout[44] comenta que na jurisprudência internacional a tendência é considerar o direito do contragarantidor como aplicável às contragarantias e o direito do garantidor como aplicável à garantia, ocorrendo uma espécie de "babelização" do direito aplicável. Para evitar que isso aconteça, o ideal seria indicar expressamente o direito aplicável (do garantidor ou do contragarantidor) para ambas as garantias. Afirma o jurista:

> On peut objecter que dans le cas général de l'opération quadripartite, le donneur d'ordre français et la banque française auront généralement pensé s'engager entre eux dans les termes de leur propre doit, de même que la banque étrangère et le bénéficiaire auront le même sentiment concernant leur propre système juridique ; le pont entre ces deux relations bilatérales est représenté par la relation banque contregarante-banque garante. A quel droit est soumis ce rapport? en vertu du principe général admis en matière bancaire en faveur de la banque que s'engage, la balance s'incline en faveur de la loi du siège du banquier contregarante. On aboutit ainsi à une sorte de "babelisation" de l'opération de garantie. La banque garante de premier rang prend un engagement propre qui pourrait l'amener à payer même au cas où la banque contregarante n'honorait pas son engagement. Ainsi apparaît-il que dans les rapports banque garante-banque contregarante, cette dernière est en position de "cliente", la banque garante étant en position de banque prenant un engagement. Cela pourrait conduire à reconsidérer alors le droit applicable en faveur du système de droit de la banque garante. Ceci n'a pas prévalu jusqu'ici pour des raisons qui semblent tenir au fait que la jurisprudence considère que le risque le plus élevé et celui de la banque contregarante qui d'ailleurs perçoit la commission la plus élevée. […] Au Royaume-Uni, une tendance incline en faveur de la loi du lieu de paiement, qui se confond souvent avec la loi du siège de la banque contregarante.

[44] MATTOUT, Jean-Pierre. *Droit Bancaire International,* cit., p. 165-166.

Nos casos em que figura um banco notificador ou avisador, não deve haver nenhuma alteração em relação à legislação aplicável, devendo-se conservar a regra da legislação do local de sede do banco emissor, pois a interveniência de um banco notificador ou avisador é apenas uma facilidade oferecida ao beneficiário, que não tem o condão de modificar a estrutura inicial do crédito.

Convém, ainda, notar que, quando há interveniência de um banco confirmador, este normalmente tem sede na mesma localidade do beneficiário, devendo, neste caso, aplicar-se o seu direito. Existindo disputa entre o banco emissor e o beneficiário e entre o banco emissor e o confirmador, recomenda-se aplicar o direito da sede do banco emissor.

Na ausência de uma convenção internacional que unifique a lei aplicável, é difícil evitar o inconveniente de ter conflito de leis e de direitos. As leis processuais e de direito internacional privado determinarão os tribunais competentes para solução dos eventuais litígios. Ressalte-se que são raros os casos em que as garantias não indicam o direito aplicável em caso de disputa ou litígio e normalmente o texto da garantia apresenta solução a eventuais discussões.

Ademais, a lei aplicável pode ser determinante na classificação de uma garantia como autônoma ou acessória, por isso a escolha do direito para reger as obrigações é uma questão de muita relevância, especialmente para o beneficiário da garantia.

A escolha do tribunal competente para processar e julgar eventuais litígios decorrentes da garantia autônoma deve guardar relação com a legislação aplicável. Não obstante, a prática internacional tem freqüentemente recorrido à

arbitragem, especialmente da CCI, para dirimir controvérsias. Por ter sido pioneira na sistematização e elaboração das regras relativas às garantias autônomas, a CCI é quem tem melhores condições de decidir os eventuais litígios. Contudo, nada obsta que as partes escolham um tribunal estadual para apreciar a matéria.

Por fim, cumpre observar que, em virtude da autonomia e independência das garantias ora estudadas, a cláusula de eleição de foro ou compromissória de arbitragem pactuadas no contrato subjacente não se aplica às questões decorrentes da garantia.

4
QUALIFICAÇÃO DAS GARANTIAS À PRIMEIRA DEMANDA E SEUS EFEITOS

A diferenciação das garantias autônomas *vis-à-vis* as garantias acessórias muitas vezes exige a análise da intenção das partes contratantes. Os tribunais franceses, pioneiros na análise sobre o tema, tiveram dificuldades em caracterizar obrigações em que a redação adotada não era muito clara. Ao lado de expressões como “pagáveis à primeira solicitação”, palavras como “solidariedade” e “em caráter solidário” ensejavam dúvidas sobre como deveriam ser caracterizadas e interpretadas tais garantias.

Para resolver essa questão, os tribunais franceses (em especial, *Cour de Cassation* e *Cour d’Appel*) passaram a examinar as disposições das garantias à luz da intenção das partes. Em muitos casos, encontravam-se expressões como “incondicionalmente”, “à primeira demanda”, “sem a necessidade de apresentação de justificativa para fundamentar a demanda”, entre outras, que levavam os juízes a crer tratar-se de uma obrigação autônoma e independente e

assim caracterizá-las. O fato de o texto da garantia mencionar a existência do contrato subjacente e atrelar o pagamento da garantia a eventos desse contrato ou ao inadimplemento do devedor ou ordenador em relação às obrigações assumidas em tal contrato, não impede que a garantia seja caracterizada como à primeira demanda.

Por outro lado, Lechien e Regout-Masson[45] apresentam diversos casos apreciados pelos tribunais de instância superior da França, em que as garantias autônomas foram descaracterizadas e consideradas *cautionnement*, que equivale à fiança do direito pátrio. No primeiro caso envolvendo a execução de contragarantias emitidas por um banco francês em favor de um banco iraniano, julgado em 2 de junho de 1982, o tribunal decidiu que, mesmo que tais contragarantias contivessem expressamente a obrigação de pagar "à primeira demanda" e "mediante o recebimento de simples solicitação, sem a necessidade de qualquer outra medida", o beneficiário deveria "fundamentar sua demanda e encaminhar um laudo descritivo dos inadimplementos alegados, que permitissem verificar a fundamentação em vista das disposições do contrato subjacente". O tribunal baseou-se, ainda, na disposição de que o garantidor "obrigava-se a pagar ao beneficiário, total ou parcialmente os valores decorrentes do *inadimplemento contratual do ordenador*", e considerou que, na verdade, tratava-se de uma garantia acessória.

Em outro caso, julgado em 27 de setembro de 1983, a *Cour d'Appel* de Paris decidiu no mesmo sentido em relação a uma garantia que não continha a expressão "à primeira demanda" e exigia para a respectiva execução que o beneficiário apresentasse uma notificação escrita do inadimplemento ou das faltas cometidas pelo ordenador em relação ao contrato subjacente firmado com o

[45] LECHIEN, Dominique; REGOUT-MASSON, Martine. Les Sûretes Internationales…, cit., p. 409.

beneficiário. O tribunal decidiu que essa garantia não constituía uma garantia autônoma concernente ao contrato subjacente, mas um *cautionnement* acessório, no qual o ordenador era reconhecido como o devedor principal do beneficiário, em caso de inadimplemento de suas obrigações contratuais.

No mesmo espírito, o *Tribunal de Grande Instance de Paris*, em 26 de janeiro de 1983, no caso de uma garantia prestada por um banco que "se declarou devedor solidário em garantia dos valores devidos pelo ordenador num contrato de *performance*" e "obrigou-se a pagar mediante simples demanda do beneficiário, contra apresentação de determinados documentos", considerou tratar-se de um *cautionnement* com renúncia ao benefício de ordem, e não de uma garantia à primeira demanda.

De maneira diversa, a *Cour d'Appel* de Bordeaux, em 9 de março de 1983, decidiu tratar-se de uma garantia autônoma a obrigação solidária de um banco, assumida em caso de inadimplemento do ordenador junto ao beneficiário, de pagamento "de todas as quantias devidas pelo ordenador, por qualquer que seja a razão, pagamento esse que será efetuado à primeira demanda do beneficiário, sem a necessidade de justificação de seu crédito, da razão do inadimplemento ou da recusa do ordenador".

O *Tribunal de Commerce de Nantes*, por sua vez, entende que o emprego dos termos "à primeira demanda" e "incondicionalmente" são suficientes para caracterizar uma garantia como garantia autônoma, mesmo se no texto da garantia se faça menção à existência de um contrato que origine a emissão da garantia.

Lechien e Regout-Masson[46] também comentam sobre o problema da qualificação das garantias na Bélgica, mencionando um caso submetido à apreciação do *Tribunal de Commerce de Bruxelles*, em 28 de abril de 1983, no qual decidiu que o uso dos termos "nos constituímos devedores solidários [...] da correta execução das obrigações assumida por nosso cliente [...] decorrentes do contrato" seria incompatível com a noção de garantia autônoma, abstrata e incondicional que caracterizam uma garantia bancária à primeira demanda, mesmo que o respectivo pagamento pelo banco devesse se dar à primeira solicitação escrita do beneficiário.

Se a qualificação da garantia autônoma enseja questionamentos de difícil solução, a análise dos efeitos dessa garantia sobre a relação jurídico-obrigacional entre o garantidor, o ordenador e o beneficiário é ainda mais complexa. Diferentes autores[47] atribuem ao caso envolvendo o Banque Paribas, Soc. Creusot-Loire e Soc. Siegfried, julgado em 20 de dezembro de 1982, o principal precedente jurisprudencial dos tribunais franceses, conforme decisão proferida pela *Cour de Cassation* de Paris a respeito das garantias autônomas e dos efeitos sobre as relações e as partes, seguida posteriormente pelos demais tribunais franceses na apreciação da matéria. Nessa ocasião, os tribunais franceses avaliaram, em duas decisões, a legitimidade da recusa do garantidor Paribas de pagar o beneficiário Soc. Creusot-Loire em razão de nulidade do contrato subjacente alegada pelo ordenador Soc. Siegfried, em decorrência da inobservância de tal contrato às disposições da lei francesa sobre subcontratação.

---

[46] LECHIEN, Dominique; REGOUT-MASSON, Martine. Les Sûretes Internationales…, cit., p. 410.

[47] CARLUCCI, Aída R. Kemelmajer. Las garantias a primera demanda..., cit., p. 15. LECHIEN, Dominique; REGOUT-MASSON, Martine. Les Sûretes Internationales. *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 3, p. 410, 1985.

O tribunal decidiu, num primeiro momento, que o garantidor não poderia se prevalecer, no caso em discussão, das oposições que a Soc. Siegfried poderia suscitar à Soc. Creusot-Loire, fundamentadas no contrato comercial subjacente. Numa segunda oportunidade, o tribunal concluiu que, mesmo que a obrigação do Paribas tenha origem no contrato subjacente, cuja nulidade é pleiteada, o banco não pode se furtar ao cumprimento de sua obrigação de pagamento à primeira demanda. Concluiu o tribunal que a simples alegação de nulidade do contrato não pode impedir a obrigação de pagamento do banco, sugerindo, contudo, que a decisão teria sido outra se a nulidade tivesse sido judicialmente constatada.

Essas decisões são interpretadas como a consagração do caráter autônomo da garantia à primeira demanda, porque a alegada nulidade do contrato subjacente não logra êxito em afetar a obrigação do garantidor, a qual deverá ser devidamente cumprida. O mecanismo de pagamento imediato tem por corolário manter intacta a obrigação de pagamento do garantidor, não obstante eventuais procedimentos em curso em relação ao contrato subjacente. No caso acima, se o beneficiário tivesse demandado a garantia após a constatação judicial de nulidade do contrato subjacente, o banco garantidor não seria compelido a pagar porque a execução teria sido manifestamente abusiva, eis que a anulação do contrato levaria as partes de volta ao *status a quo* e o beneficiário, nesse caso, não faria jus à garantia. Mais adiante serão apresentados os limites à autonomia da garantia, entre os quais, a execução manifestamente abusiva.

A jurisprudência francesa ensina que, assim como a nulidade do contrato subjacente, outros eventos a este relacionados não produzem efeitos sobre a garantia autônoma, como a resolução unilateral pelo ordenador, a menos que tenha se dado por fato comprovadamente atribuível ao beneficiário. Nessa hipótese, fica o garantidor numa situação muito delicada para avaliar o caso e decidir se ocorreu efetivamente uma falta grave do beneficiário que pudesse

ensejar a recusa no pagamento da garantia. A menos que o ordenador apresente uma decisão judicial ou arbitral, conforme o caso, a esse respeito, nos parece recomendável que o garantidor ingresse com uma ação de consignação em pagamento, mantendo o valor em discussão depositado em Juízo e transferindo ao Poder Judiciário o ônus de apreciar e decidir a questão. Caso a garantia contenha cláusula arbitral, seria prudente ao banco garantidor manter os valores em discussão depositados numa conta bloqueada e iniciar um procedimento arbitral para decidir a questão, pois ao garantidor não cabe arbitrar sobre discussões do contrato subjacente que possam trazer para si conseqüências irreparáveis ou de difícil reparação.

Tribunais de outros países apresentam entendimento similar, por exemplo, a *Cour d'Appel* de Luxembourg que, em 16 de março de 1983,[48] declarou não serem oponíveis ao garantidor as exceções relativas à validade, è existência ou à execução do contrato subjacente, assim como a extinção da obrigação do devedor.

No mesmo sentido, a Corte Suprema da Inglaterra decidiu, em 17 de julho de 1981, num caso de alegada nulidade do contrato subjacente fundada em leis de política econômica, que a garantia autônoma não poderia ser afetada porque serve justamente para cobrir os riscos de inexecução causada por disposições existentes no país do ordenador que o beneficiário desconhece. Segundo o referido entendimento, a garantia cobre o risco de força maior e, nesse caso, o risco político de embargo, na medida em que não há uma impossibilidade definitiva de continuidade do contrato.

[48] LECHIEN, Dominique; REGOUT-MASSON, Martine. Les Sûretes Internationales, cit., n. 3, p. 411.

Na Alemanha, a proibição de remessa de divisas que afete o ordenador não autoriza o banco garantidor a recusar o pagamento de uma garantia autônoma. Por outro lado, o garantidor pode recusar-se ao pagamento quando este sirva para fomentar a execução de uma operação contrária aos bons costumes e à ordem pública, conforme seu sistema jurídico.[49] Apesar de essa hipótese se apresentar um tanto quanto teórica, Lesguillons[50] afirma desconhecer exemplos jurisprudenciais e cita um exemplo apresentado pelo Professor Vasseur, no caso de uma garantia prestada no âmbito de um contrato destinado a efetuar a cultura de papoula e transformação desta em droga.

Os efeitos da modificação do contrato subjacente sobre as garantias autônomas também foram apreciados pelos tribunais internacionais e, em princípio, não modificam a obrigação dos bancos garantidores. Nos Estados Unidos,[51] entende-se que as mudanças mais importantes (*cardinal alterations*), assim entendidas aquelas que desnaturam o tipo de prestação originalmente contratada, extinguem as garantias de *performance* porque tal modificação configura um risco não previsto na garantia, por isso normalmente se prevê nessas garantias uma cláusula de que qualquer mudança nos termos pactuados contratualmente em relação ao objeto da garantia importará na prévia e expressa anuência do garantidor.

Algumas decisões não são muito claras, como a do Tribunal de Milão, em 22 de setembro de 1986, em que, após constar que a garantia *sub judice* era uma

---

[49] CARLUCCI, Aída R. Kemelmajer. Las garantias a primera demanda..., cit., p. 36

[50] LESGUILLONS, Henry. As garantias bancárias: tendências atuais. In: ——— (Org.). *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão brasileira organizada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 9.

[51] Cf. VIALE, Mirella. I contrati autonomi di garanzia, p. 175, apud CARLUCCI, Aída R. Kemelmajer. Las garantias a primera demanda..., cit., p. 38.

garantia autônoma, aplicou, sem fundamentar, o artigo 1.941 do Código Civil italiano, segundo o qual a modificação importa na redução da obrigação garantida ou sua limitação estende-se automaticamente à obrigação afiançada. Parece-nos contraditório o entendimento do tribunal, que, embora considere a garantia autônoma, aplica a lei civil para fianças.

A *Cour d'Appel* de Paris firmou o entendimento de que as modificações no contrato subjacente não têm nenhuma influência sobre a garantia autônoma (sentenças datadas de 1.º de outubro de 1986 e 13 de fevereiro de 1987). O *Tribunal du Commerce* de Paris resolveu de forma análoga um caso envolvendo uma sociedade sudanesa que contratou com um decorador francês a decoração e os móveis de sua residência na Alemanha. A sociedade adiantou ao decorador 3.500.000 francos e o banco BNP forneceu uma garantia de restituição de adiantamento. A sociedade solicitou muitas modificações em relação ao projeto original e o decorador resolveu rescindir o contrato por culpa da sociedade e determinou que o adiantamento recebido fosse imputado ao trabalho até então realizado, a título de compensação. A sociedade executou a garantia e o banco se negou a pagar. O tribunal decidiu que o banco deveria pagar porque a compensação não era aplicável em tais circunstâncias, dada a autonomia da garantia.

As garantias autônomas de pagamento devem ser redigidas de forma inequívoca, para que se tenha a plenitude de seus efeitos reconhecidos, inclusive, em caso de litígio. Por conseguinte, apenas em algumas situações específicas é facultado ao garantidor ou ao ordenador apresentar oposição a uma demanda de pagamento, a saber:

a) Quando a demanda não se apresenta em conformidade com as disposições da garantia, por conter vícios formais (por exemplo,

exige-se uma declaração do beneficiário endereçada ao garantidor de forma específica e constata-se que o documento fora apresentado em forma diferente);

b) Quando uma demanda apresenta-se manifestamente abusiva porque foi formulada de maneira fraudulenta em relação aos direitos do ordenador, tal como será adiante explicitado;

c) Quando a demanda é feita em relação a um contrato subjacente que contraria a ordem pública e os bons costumes, conforme acima comentado.

5
LIMITES À AUTONOMIA DA GARANTIA

A jurisprudência internacional, notadamente a européia, tratou de fixar limites à autonomia das garantias em situações muito específicas, a serem analisadas com muita cautela. Tais limites decorrem dos possíveis instrumentos do ordenador para se defender de eventuais abusos do beneficiário, que colocam os bancos garantidores numa situação muito delicada. São diversas as situações em que o ordenador pode tentar obstar o pagamento da garantia e, bem assim, limitar a autonomia, tais como o ordenador considerar sua obrigação cumprida, mas o beneficiário, em contrapartida, apresentar entendimento diverso; razões políticas entre os países do ordenador e do beneficiário que dificultem ou impossibilitem o cumprimento da obrigação garantida; impossibilidade de o ordenador cumprir sua obrigação, por motivo de guerra, embargo ou dificuldade de acesso; inadimplemento do beneficiário em relação às suas obrigações para com o ordenador da garantia; prescrição da obrigação garantida, entre outros.

Diante das mais diversas situações apresentadas, a jurisprudência internacional, impulsionada pelas decisões das Cortes francesas, adota o entendimento de que somente a fraude e a demanda de pagamento abusiva (*l'appel abusif*) podem limitar a autonomia das garantias. Contudo, a recusa de pagamento do banco garantidor dar-se-á nos casos em que a fraude e a demanda de pagamento abusiva forem evidentes, líquidas e certas, *qui crève les yeux* ou segundo os ingleses, *compelling evidence of fraud*. Como se pretende demonstrar neste estudo, não será uma mera alegação de fraude por parte do ordenador que impedirá o pagamento da garantia. Os tribunais têm rejeitado o abuso "implícito" ou aquele decorrente de uma falha parcial do beneficiário.

Ghirardi[52] ressalta que

> o equilíbrio da garantia autônoma é a um tempo a razão de seu sucesso e o motivo maior de preocupação dos contratantes. A agilidade de que se reveste tal instrumento atende ao interesse do beneficiário de rapidamente receber o valor a que faz jus, enquanto determina certo temor do ordenador quanto ao seu uso incorreto. Exatamente para afastar possíveis incertezas do ordenador quanto ao mau uso da garantia autônoma é que se estabeleceram hipóteses em que a autonomia da garantia pode ser limitada, de modo a evitar seu uso abusivo ou fraudulento.

Como bem observa Mattout,[53] a fraude desempenha um papel de imposição de limite corretivo a todas as regras de direito e frustra o princípio da autonomia em matérias de garantias e contragarantias autônomas. A demanda abusiva, por seu turno, entendida como uma utilização despropositada do mecanismo de pagamento à primeira solicitação, sem que haja legitimidade para a demanda, apresenta, em si, certa contradição: se o ordenador aceitou apresentar uma garantia de pagamento autônoma, pagável à primeira solicitação,

---

[52] GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez. *Garantias bancárias autônomas*..., cit., p. 97.

[53] MATTOUT, Jean-Pierre. *Droit Bancaire International,* cit., p. 188.

teria ele aceito necessariamente que eventual demanda do beneficiário fosse discricionária; como, então, o exercício desse direito do beneficiário pode ser abusivo? A tendência jurisprudencial é considerar a demanda abusiva como uma modalidade de fraude, para que não pairem dúvidas sobre a especificidade das situações em que a autonomia da garantia pode se ver limitada.

Sobre a distinção entre fraude e abuso de direito, Ghirardi[54] esclarece que

> a teoria da fraude distancia-se da teoria do abuso de direito na medida em que requer a consciência do desvio que se pretende emprestar ao ato em relação à sua finalidade, enquanto o abuso de direito prescinde desta consciência. Na fraude, o meio utilizado para se subtrair ao cumprimento do avençado (no caso de obrigação contratual) pouco importa, desde que seja real e eficaz. A fraude pode ser alcançada por meio de uma prerrogativa determinada, ou seja, através de uma prestação contratual e neste caso o ato fraudulento assemelha-se, de fato, a um uso abusivo desse direito. A possibilidade da fraude ser perpetrada a partir do exercício de um direito determinado, especialmente de natureza contratual, faz com que esta seja frequentemente confundida com o abuso de direito, pondo em xeque a teoria da fraude em contraposição à do abuso de direito. De fato, a proximidade entre as duas hipóteses é incontestável, havendo mesmo quem negue a possibilidade de fraude através de abuso de direito, pois uma vez coibido este, via judicial, impossível será caracterizar a fraude, cujo mecanismo deixa de ser eficaz. A defesa da teoria da fraude reside na hipótese de esta ser alcançada não só pelo abuso de direito, mas também pelo uso de outros meios, o que retira do estrito campo de avaliação de utilização abusiva de um direito. Especificamente no campo das garantias bancária, a prática acaba por confundir as teorias do abuso de direto e da fraude, uma vez que ambas representam motivos suficientes para paralisar o pagamento.

É certo que o garantidor não tem por obrigação realizar qualquer tipo de ação investigativa para constatar eventual fraude ou demanda abusiva, cumprindo a ele verificar os aspectos formais da solicitação e analisar, caso a caso, as situações que lhe são apresentadas pelo ordenador. A professora

[54] GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez. *Garantias bancárias autônomas*..., cit., p. 101.

Carlucci[55] elenca alguns exemplos notórios de abuso e fraude, como a solicitação de prorrogação de uma garantia pelo beneficiário, sob pena de execução da garantia numa situação em que ele, beneficiário, encontra-se inadimplente em relação ao contrato subjacente (solicitação *prolongez ou payez* ou *extend or pay*); a execução de uma garantia de manutenção de proposta (*bid bond*), quando o contrato de licitação já tenha sido celebrado; a execução de uma garantia de *performance* (*performance bond*) após a recepção e aceitação definitiva da obra, etc. Nesses casos, a fraude é evidente. E se o banco garantidor não deve realizar investigações acerca da fraude é porque o ordenador que tem um conhecimento pessoal e direto deve suscitá-la e evidenciá-la. Ao banco garantidor não cabe qualquer interpretação, pois a dúvida sempre deporá em favor do beneficiário.[56] Uma execução de garantia durante um período de tensão entre dois países não é considerada, por si só, fraude.[57] Os *riscos* de demanda de pagamento abusiva ou de fraude não são equiparados à *demanda abusiva ou á fraude*.[58]

Lechien e Regout-Masson[59] comentam alguns casos em que a fraude foi discutida judicialmente na França:

---

55 CARLUCCI, Aída R. Kemelmajer. Las garantias a primera demanda..., cit., p. 37.

56 Cf. MATTOUT, Jean-Pierre. *Droit Bancaire International,* cit., p. 189. Menciona julgados em que tal regra é aplicada: Com., 21 de maio de 1985, D. 2986, 213 (caso em que a fraude é apenas aparente) e Com. 18 de dezembro de 1990, D. 1991, I.R. 13; Versalhes, 16 de setembro de 1992, D. 1993, I.R. 102 (casos em que o abuso apresenta um certo equívoco).

57 Idem. Cf. Paris, 21 de maio de 1988, D. 1989, I.R. 153.

58 Idem. Cf. Com. 5 de fevereiro de 1991, RDBB, 1991, 200.

59 LECHIEN, Dominique; REGOUT-MASSON, Martine. Les Sûretes Internationales…, cit., n. 3, p. 412.

a) A *Cour d'Appel* de Paris, em 2 de junho de 1982, considerou prematura a demanda de pagamento de um beneficiário numa garantia de reembolso de sinal cuja condição de exercício era condicionada à não-apresentação de determinados documentos pelo ordenador até a data de vencimento da garantia e o beneficiário apresentou a solicitação de pagamento antes do citado vencimento. Nesse caso, o ordenador requisitou judicialmente uma ordem de suspensão de pagamento e a obteve, por, segundo o entendimento dos juízes, ter o beneficiário agido de forma fraudulenta;

b) O *Tribunal du Commerce* de Paris, em 15 de outubro de 1982, apreciou um caso envolvendo um órgão licitante do governo iraniano, uma empresa francesa encarregada da construção de duas usinas nucleares e um banco francês. As autoridades iranianas cessaram os pagamentos ao empreendedor francês após o governo ter anunciado oficialmente encerrar todos os investimentos em domínio nuclear. Por essa razão, o empreendedor francês rescindiu o contrato e acionou a arbitragem para verificação dos valores que lhe eram devidos. Mesmo assim, depois de muito tempo que os pagamentos foram suspensos, o governo iraniano apresentou uma demanda de pagamento ao banco francês, demanda essa considerada abusiva;

c) O *Tribunal du Commerce* de Paris, em 29 de outubro de 1982, apreciou uma disputa envolvendo o Ministério iraquiano da Irrigação, uma empresa francesa, um banco contragarantidor francês e um banco garantidor iraquiano. A demanda foi apresentada no âmbito de uma garantia de manutenção de proposta emitida para uma licitação no Iraque e o governo iraquiano acionou a garantia porque o contrato final não foi assinado entre as partes, em razão do

fracasso das negociações. O *Tribunal du Commerce* de Paris considerou que, nessa situação, não houve constatação indubitável de fraude, mas entendeu que ao menos havia um prejuízo iminente e determinou a emissão de uma ordem judicial para impedir o pagamento (*mesure de sequestre de fonds*). Essa medida nos parece questionável *vis-à-vis* a doutrina e a majoritária jurisprudência francesas, uma vez que a fraude deve ser evidente, não se admitindo apenas o risco, conforme acima apresentado;

d) O *Tribunal du Commerce* de Paris, em 8 de julho de 1983, apreciou uma disputa envolvendo uma garantia de *performance*. Embora o contrato em discussão tenha sido devidamente cumprido, o beneficiário apresentou algumas questões e o ordenador não se manifestou a respeito. Pela ausência de manifestação, o beneficiário apresentou a demanda de pagamento, a qual foi considerada abusiva;

e) Em 23 de maio de 1983, o *Tribunal du Commerce* de Paris apreciou duas garantias (*performance* e restituição de sinal) emitidas por um banco iraniano em favor de um órgão licitante de obras públicas do governo do Irã e contragarantidas por um banco francês. O governo iraniano decidiu rescindir unilateralmente o contrato subjacente que tinha por fim a construção de moradias e constituiu uma empresa para dar continuidade às obras. Ainda assim, acionou as garantias, sem que pudesse invocar a falta de *performance* do contrato rescindido por sua iniciativa, nem a restituição do sinal, pois as obras já estavam em estágio avançado e o respectivo investimento excedia o adiantamento recebido. Os juízes consideraram abusiva a execução das garantias.

Os casos acima comentados bem demonstram situações em que a jurisprudência constatou a existência de fraude. À exceção do descrito no item (c) acima, nas demais situações a fraude é evidente e não enseja maiores dúvidas sobre a determinação da suspensão de pagamento da garantia. Por outro lado, há outros casos em que os tribunais internacionais não reconheceram o abuso manifesto por parte dos beneficiários e negaram a concessão de medidas de suspensão de pagamento, como mencionam Lechien e Regout-Masson[60] e conforme a seguir apresentado:

a) Num julgado de 7 de janeiro de 1983, o *Tribunal du Commerce* de Paris apreciou um caso em que um beneficiário rescindiu um contrato subjacente em razão do atraso por parte do ordenador no cumprimento de suas obrigações assumidas contratualmente. O atraso foi comprovado documentalmente e o beneficiário executou as garantias emitidas em relação ao contrato e os juízes não consideraram a execução abusiva, dadas as circunstâncias em que foi promovida;

b) Num caso apreciado em 26 de abril de 1983 pelo *Tribunal du Commerce* de Paris, a demanda de pagamento de uma garantia emitida por uma banco sírio, contragarantida por um banco francês, não foi julgada abusiva porque havia dúvidas quanto à rescisão do contrato subjacente em razão das discussões nascidas entre as partes no âmbito desse contrato;

c) O *Tribunal d'Arrondissement* de Luxemburgo considerou que a demanda de pagamento apresentada numa garantia emitida em favor do governo turco por um banco turco, contragarantida por um

[60] LECHIEN, Dominique; REGOUT-MASSON, Martine. Les Sûretes Internationales…, cit., n. 3, p. 412.

banco luxemburguês, não foi abusiva porque nenhum elemento apresentado indicava a existência de fraude. Com efeito, a fraude alegada pelo ordenador deve ser rejeitada, se, para comprovar a má-fé do beneficiário, for necessário recorrer à produção de provas suplementares, passar pelo processo de conhecimento ou chamar terceiros a intervir no processo;

d) A Suprema Corte inglesa, no julgamento do caso Bolsivinetr Oil S.A. *v.* Chase Manhattan Bank and Others apreciou um pedido apresentado pelo ordenador para o fim de impedir o pagamento de uma garantia à primeira demanda. Para garantir a execução de um contrato de fornecimento de elementos pré-fabricados, o banco Chase Manhattan emitiu uma garantia de *performance* em favor do comprador. Uma disputa surgiu entre o vendedor e o comprador e o último executou a garantia. O vendedor tentou em vão impedir o pagamento da garantia, por meio de diferentes recursos previstos no direito inglês. A Suprema Corte entendeu que a garantia à primeira demanda é independente do contrato subjacente e que, no caso, o vendedor não conseguiu comprovar qualquer fraude cometida pelo vendedor na execução da garantia. Mesmo que fossem credores um do outro, tal situação não alteraria a situação, pois o comprador era beneficiário de uma garantia à primeira demanda.

A jurisprudência internacional trata as emissões em que o beneficiário é garantido por um banco de seu país, por sua vez, contragarantido por um banco do país do ordenador, de forma mais restrita e rigorosa em relação ao abuso e à fraude, dada a especificidade da situação. Ilustrativamente, pode-se se citar o caso United Trading Corporation S.A. and another *v*. Allied Arab Bank Ltd. and others, Murray Clayton Ltd. and another *v*. Rafidain and another, em que a Suprema Corte inglesa apreciou o pedido de suspensão de pagamento

apresentado pelo ordenador inglês em relação a uma garantia emitida por um banco iraquiano e uma contragarantia emitida por um banco inglês, para o fornecimento de produtos alimentícios de uma empresa inglesa a um organismo iraquiano. As demandas foram rejeitadas pela Corte em decorrência da falta de prova da fraude alegada pelo ordenador. Para que a prova fosse produzida com sucesso, os documentos acostados pelo ordenador deveriam, segundo os termos da decisão, comprovar inequivocamente a fraude. Considerou a Corte que a leitura dos documentos não permite estimar se o beneficiário agiu honestamente ou não quando executou a garantia. O caso demonstra a forma com que os magistrados ingleses avaliam as situações em que há emissão de contragarantia: perante a Suprema Corte, o ordenador não tem efetivamente nenhuma relação direta com o garantidor. Contudo, cabe ao garantidor não acatar demandas de pagamento do beneficiário se ele souber que é fraudulenta.

Nesses casos, deve-se ter em mente que:

- A contragarantia constitui, por si só, uma garantia autônoma e abstrata, não somente em relação ao contrato subjacente, mas igualmente com relação à garantia emitida pelo banqueiro do beneficiário, por isso mesmo deve ser analisada com independência a essa garantia. Esse argumento serviu de base para a recusa pela *Cour d'Appel* de Paris em 26 de abril de 1983[61] de uma ordem para suspensão de pagamento num caso em que o ordenador afirmava somente ser possível ao garantidor acionar a contragarantia se o beneficiário tivesse acionado a garantia. A independência da contragarantia para com a garantia deve igualmente ser respeitada

[61] Cf. LECHIEN, Dominique; REGOUT-MASSON, Martine. Les Sûretes Internationales…, cit., n. 3, p. 413.

em relação à interpretação literal de cada uma delas: não há justificativa para que o texto da contragarantia seja interpretado em função daquele da garantia;

- Para que o ordenador possa obter uma ordem impeditiva de pagamento da contragarantia, a execução da garantia deve constituir um abuso cometido pelo próprio garantidor, e não pelo beneficiário, ou deve o abuso decorrer da ação conjunta do garantidor com o beneficiário. Isso se dá quando o garantidor sabe, ou deveria saber, em razão de determinadas circunstâncias, que participa de uma demanda abusiva por parte do beneficiário e age com cumplicidade. Essa regra foi consagrada pelas *Cours d'Appel* de Luxemburgo, em 16 de março de 1983, e de Paris, em 25 de maio de 1983.[62] Em ambos os julgados, consideraram que a fraude alegada pelo ordenador para impedir o pagamento da contragarantia foi cometida pelo garantidor e, no caso de fraude do beneficiário, o garantidor tinha perfeito conhecimento da situação e não tinha dúvidas a respeito do caráter fraudulento da demanda do beneficiário.

5.1 Medidas impeditivas de pagamento das garantias autônomas

Os ordenadores, nem sempre de boa-fé, recorrem a medidas judiciais para impedir o pagamento das garantias autônomas, pelas quais pretendem obter uma ordem judicial que determine ao banco o não-pagamento, por meio de uma decisão provisória e acautelatória, com intuito de ganhar tempo para provar o cumprimento de suas obrigações. Segundo a jurisprudência internacional, tais medidas são denominadas "bloqueio provisório"; nos países do *Common Law*, por meio dos chamados *injuctions*. Na França, tais medidas assumem a forma de

[62] Idem, ibidem.

proibição ou interdição de pagamento (*stop payment order*), sendo também facultado ao ordenador intentar um pedido de consignação em pagamento.

No Brasil, entendemos caber, por meio de medidas cautelares, a concessão de tutela jurídica para determinar a suspensão do pagamento, respeitados os requisitos da lei processual civil para a concessão de liminar.

O pedido de interdição de pagamento por parte do ordenador contraria a própria essência das garantias autônomas, cuja vinculação obrigacional, conforme anteriormente apresentado, se dá entre o banco e o beneficiário e é independente dos demais vínculos obrigacionais constituídos entre o devedor (ordenador) e o beneficiário e entre o devedor (ordenador) e o banco. Portanto, ao solicitar a emissão de uma garantia autônoma, o ordenador implicitamente renuncia ao direito de recorrer contra eventuais solicitações de pagamento do beneficiário. É verdade que o direito de recorrer ao Poder Judiciário é irrenunciável, mas os tribunais, via de regra, apenas conhecem do pedido nos casos em que há fraude comprovada.

Ademais, quando o ordenador tenta impedir judicialmente o pagamento, apresenta fundamentos do contrato subjacente que, como se viu, são inaplicáveis às garantias autônomas. O ordenador não pode intervir nas relações estabelecidas entre o garantidor e o beneficiário perante as quais é um terceiro. Sua oportunidade para questionar qualquer pagamento efetuado ao beneficiário é por ocasião da ação de reembolso iniciada pelo garantidor contra o ordenador para reaver as quantias pagas ao beneficiário.

Pelas razões acima, os tribunais tendem a negar os pedidos de suspensão do pagamento das garantias autônomas. Além disso, são pressupostos para a concessão da tutela jurídica que o ordenador comprove um

prejuízo irreparável ou dano iminente. Nas disputas abrangendo garantias autônomas, em vista da independência em relação ao contrato subjacente e às demais relações envolvendo o ordenador e o beneficiário ou o ordenador e o garantidor, o exercício de um direito do beneficiário (de executar a garantia) não pode ser considerado passível de causar dano ou prejuízo.

Sobre as medidas cautelares do ordenador, Carlucci[63] comenta que essa prática nasceu nos Estados Unidos, quando os juízes se encontravam no seguinte impasse: de um lado, a prática internacional obrigava os bancos a pagar, qualquer que fosse a razão invocada pelo beneficiário; de outro, a pressão dos clientes desses bancos, empresas locais que sofriam o abuso de alguns contratantes do Oriente Médio, que exigiam o pagamento, ainda que as obrigações garantidas tivessem totalmente cumpridas. Diante de tal situação, os juízes entenderam necessária a concessão de um remédio judicial para impedir o abuso por parte dos beneficiários e passaram a conceder, com muita parcimônia, cautelares suspensivas do pagamento dessas garantias.

A maior parte dos tribunais europeus admite cautelares em casos bem excepcionais, tratadas como uma regra restritiva de direito jurisprudencial e imposta pelos propósitos de segurança e liquidez das garantias autônomas. A jurisprudência majoritária considera que, para a concessão de uma medida impeditiva ou suspensiva de pagamento, são necessários os mesmos pressupostos admitidos pelos bancos para recusar o pagamento, ou seja, fraude ou abuso, constatados a partir de prova incontroversa produzida pelo ordenador. Mesmo com a remota possibilidade de concessão dessas cautelares, o beneficiário continua tendo uma posição privilegiada em relação ao ordenador ou ao banco garantidor, porém não goza de um direito arbitrário e ilimitado que lhe

[63] CARLUCCI, Aída R. Kemelmajer. Las garantias a primera demanda..., cit., p. 41.

permita cometer abusos ou fraudes, prevalecendo-se da liquidez e segurança proporcionadas pelas garantias autônomas.

Como em qualquer outra cautelar, cumpre ao peticionante (ordenador) comprovar o dano irreparável iminente, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Não obstante, a jurisprudência européia apresenta variadas tendências para o mesmo pedido, tal como será apresentado neste tópico. Passemos a analisar alguns exemplos controversos de concessão de ordem judicial para interdição de pagamento em medidas cautelares intentadas em tribunais europeus.[64]

Num caso apresentado perante os tribunais de Gênova, em 19 de julho de 1990, os juízes acolheram o pedido de liminar de uma sociedade inglesa que havia firmado com a Grain and Feed Trade Association (GAFTA) um contrato para fornecimento de 200 toneladas de sementes de flores para serem plantadas em Gênova. O preço deveria ser pago mediante a entrega do primeiro lote de sementes e, em garantia do fornecimento, a sociedade inglesa ofereceu uma *performance bond*. Entretanto, quando da entrega do primeiro lote, verificou-se que as sementes continham corpos estranhos, dando à mercadoria um grau de impureza muito superior ao pactuado contratualmente. A compradora advertiu imediatamente a vendedora em relação ao ocorrido, alegando cumprimento irregular da obrigação contratual e solicitou a instalação de um procedimento para controle da mercadoria, com a presença de representantes da vendedora. O representante da compradora não compareceu ao local indicado para instalação do procedimento de verificação e houve por bem notificar ao banco emissor da garantia para que não pagasse eventuais demandas de pagamento apresentadas pela compradora. Apresentado o caso em juízo pela compradora, o tribunal decidiu favoravelmente à concessão da liminar, mesmo sem restar provada

[64] CARLUCCI, Aída R. Kemelmajer. Las garantias a primera demanda..., cit., p. 42-44.

fraude, sob argumento de que a sociedade autora/compradora encontrava-se sujeita ao pagamento de um risco iminente de pagamento de uma quantia elevada, que não era devida. O mesmo tribunal já havia adotado entendimento semelhante num caso 31 de janeiro de 1986, em que admitiu o procedimento cautelar para impedir um banco garantidor de pagar uma *performance bond* executável à primeira demanda do credor, em que o devedor apresentou elementos suficientes para demonstrar que havia pago a obrigação garantida. O requerente fundou o *periculum in mora* na morosidade dos processos judiciais para recuperar quantias pagas indevidamente.

Em uma decisão do Tribunal Superior alemão, de 12 de março de 1984, os juízes não fugiram a esta tendência, ao liberar um banco garantidor de uma obrigação de pagamento, sem distinguir pagamento indevido de fraude. Nesse caso, o devedor comprovou que o imóvel, cuja entrega era garantida por um banco, havia sido desapropriado pelo governo iraniano e, por conseguinte, o devedor havia se liberado da obrigação de entregar, por um motivo de força maior. O tribunal liberou o banco garantidor da obrigação de pagar.

Em outro caso, apresentado ao Tribunal de Milão, os juízes ordenaram a interdição de pagamento a um banco garantidor porque o devedor tinha um certificado de verificação e aceitação dos trabalhos realizados e alegou *periculum in mora* fundado na alegação de que o beneficiário residia num local em guerra (Bagdá). Por outro lado, adotando um critério mais restritivo, o Tribunal de Paris, em 6 de março de 1991, decidiu que não se pode suspender um pagamento a partir de um pedido cujo único fundamento é que o devedor cumpriu com todas as suas obrigações assumidas contratualmente.

Em 28 de maio de 1990, o Tribunal de Perugia, Itália, concedeu a ordem de interdição de pagamento em créditos documentários, numa demanda

envolvendo uma importação de frutas secas de Israel para a Itália, sob o simples argumento de que é difícil obter grandes somas em dinheiro em tribunais estrangeiros.

Outra decisão controversa é a do *Tribunal du Commerce* de Nanterre, França, de 14 de março de 1991, em que considerou que o beneficiário havia agido abusivamente porque não tinha urgência, nem era a oportunidade de executar a garantia. Os fundamentos são equivocados: quando o beneficiário executa uma garantia autônoma, pagável à primeira demanda, não necessita comprovar nem a urgência, nem a oportunidade da demanda. Neste caso, haviam surgido problemas na relação entre uma empresa construtora e sua subcontratada, não havendo, pois, fundamento para que fosse ordenada ao banco a interdição do pagamento.

Em outro caso de execução de obra, o Tribunal suíço, em 20 de agosto de 1991, determinou a suspensão temporária da execução de uma garantia, fundando seu entendimento na existência de créditos do devedor contra o beneficiário, inclusive em decorrência do contrato subjacente. No mesmo sentido, o *Tribunal du Commerce* de Bruxelas, em 15 de abril de 1991, considerou abusiva uma demanda que tinha por objeto suspender uma garantia num caso em que o beneficiário era devedor do ordenador.

Em 1.º de outubro de 1990, o Tribunal de Milão apreciou o caso Acieroid Italiana S.p.A. *v.* Banca Commerciale S.p.A., cujo mérito merece ser analisado. Acieroid Italiana firmou com o Ministério da Habitação da República Popular do Iêmen um contrato de execução de obra, pelo qual se obrigava a construir casas. A pedido de Acieroid Italiana, a Banca Commerciale italiana emitiu uma *performance bond*, pagável à primeira demanda em favor da República Popular do Iêmen, no valor equivalente a 10% do total da obra, para garantir eventual

inadimplemento de Acieroid. Fixou-se um prazo de vigência para a garantia, durante o qual o valor seria reduzido em 50% conforme o progresso da obra e os 50% restantes, ao término. Mediante instruções expressas de Acieroid, essa garantia foi contragarantida pelo National Bank of Yemen. As primeiras etapas da obra foram concluídas sem problemas. No entanto, ao final da quinta etapa, a República do Iêmen pediu prorrogação do prazo da garantia porque faltava executar uma parte dos trabalhos. Acieroid, por sua vez, alegou que o atraso se deu porque a beneficiária havia solicitado alterações no projeto inicial, configurando isso uma alteração injustificada no acordo. Acieroid recorreu em juízo, demandando a declaração de extinção da garantia emitida pelo banco italiano. Nessa demanda, nem a República do Iêmen nem o banco contragarantidor foram partes. O tribunal decidiu no sentido de que, sendo Acieroid alheia à garantia emitida pelo banco contragarantidor em favor da República do Iêmen, não poderia prevalecer-se das exceções oriundas do contrato subjacente para impedir o pagamento da garantia, que a única decisão que o juízo poderia tomar era avaliar se pagar era ou não um ato diligente, considerando-se, ainda, que os demais implicados não eram parte no processo. Na seqüência, Acieroid apresentou em juízo um documento emitido pela Corte Arbitral da CCI, no qual acreditava-se que a empresa Acieroid havia cumprido com suas obrigações contratuais. Diante disso, o tribunal reconheceu a existência de uma prova instrumental de que havia o risco de a execução da garantia culminar numa duplicação da prestação requerida. Concluiu-se, então, que o pagamento por parte do banco configuraria uma atitude negligente, tendo-se, ainda, em conta a jurisdição onde deveria ser intentada uma ação de repetição de indébito, encontrando-se fundado o temor de a sociedade não conseguir recuperar a quantia antecipada. Em suma, por uma via alternativa, o tribunal decide que o banco não deve pagar.

A decisão do Tribunal de Milão no caso merece crítica, pois nos parece insuficiente invocar o risco de litigância em um país estrangeiro, uma vez que o ordenador já o havia assumido voluntariamente ao contratar com o governo estrangeiro. Além disso, a prova do laudo arbitral era suficiente porque não foi taxativa ao reconhecer o cumprimento da obrigação. Portanto, cabe aqui o repúdio de que o Tribunal baseou seu entendimento numa idéia de autonomia relativa, cujo entendimento fragiliza o conceito das garantias autônomas, tal qual apresentado no presente estudo.

Não se pode admitir uma flexibilização do conceito de autonomia, sob pena de se verem ameaçadas as operações do comércio internacional que se fundam nessas garantias. O abuso ou fraude, para serem admitidos como fundamento em medidas cautelares, têm que ser manifestos, evidentes e incontroversos. Pode ser considerado como meio de prova um atestado do beneficiário de que o ordenador cumpriu com suas obrigações, um recibo de entrega de mercadorias firmado pelo beneficiário, um laudo arbitral, com força de coisa julgada, que declara nulidade de contrato por ofensa à ordem pública ou à conduta fraudulenta do beneficiário. Por outro lado, observa-se que não constituem provas incontestáveis, por exemplo, uma declaração, ainda que juramentada, do ordenador ou de qualquer terceiro, presunções, testemunhos ou, de maneira geral, qualquer outra prova que demande complexidade e de tempo para ser produzida.

Simmont[65] tece interessantes considerações acerca dos inconvenientes causados por decisões concessivas em medidas cautelares:

[65] SIMMONT, Lucien. Questões passíveis de serem colocadas por ocasião da execução de uma garantia bancária autônoma. In: LESGUILLONS, Henry (Org.). *As garantias bancárias nos contratos internacionais*, cit., p. 147 e 146.

A multiplicação de decisões pronunciadas em medidas cautelares e que proíbem os bancos de executar tais garantias apresentaria graves inconvenientes:

a) uma tal jurisprudência corre o risco de comprometer gravemente o funcionamento de um instrumento essencial para o comércio internacional e isso em detrimento dos próprios ordenadores. Assim como sublinhava um autor americano:[66] "even viewed in the light of their own self-interests, the legal actions taken by the American contractors seem shortsighted... by exposing stand-by letters of credit issued by American banks to the threat of court injunction, the contractors are adversely affecting their own ability to compete for lucrative contracts in the Middle East… If these guarantees cannot be secured through the American banking system, American contractors will find themselves at a competitive disadvantage with their European and Japanese counterparts…";

b) do ponto de vista do banqueiro, a interdição de pagar feita pela justiça confina-o em um dilema ainda mais lamentável porque tal interdição sempre se origina de circunstâncias alheias ao banqueiro:

- por (um) lado, hipótese que ocorrerá muito raramente, o banqueiro não paga e então ele compromete muito gravemente sua reputação junto ao banqueiro estrangeiro ou junto ao país do beneficiário;

- ou, por outro lado, o banqueiro paga para preservar essa reputação, a despeito da interdição que lhe foi feita, e, nessa hipótese, ele é levado a mover uma difícil ação de mérito contra o ordenador e assim encontra-se implicado em uma contestação à qual, por definição, ele deveria permanecer alheio. Além disso, durante esse processo, o banqueiro faz, por assim dizer, um crédito forçado ao ordenador pelo montante que ele pagou.

Isso significa que as interdições feitas pela justiça ao banqueiro de executar uma garantia que ele emitiu por ordem de seu cliente devem permanecer totalmente excepcionais.

Ainda em relação ao caráter excepcional das medidas cautelares, Simmont[67] recorre a dois julgados ingleses invocados como precedentes às garantias autônomas:

---

[66] RENDELL, Robert S. The Iranian Revolution continues in the courts. *Euromoney*, p. 73 e ss., jun. 1979, apud SIMMONT, Lucien. Questões passíveis…, cit., p. 147.

[67] SIMMONT, Lucien. Questões passíveis…, cit., p. 147.

> Para concluir, nada melhor do que citar mais uma vez a opinião já clássica expressa por J. Kerr no seu julgamento do caso Harbottle[68] e expressamente adotada por Lord Denning na decisão pronunciada pela *Court of Appeal* no caso Owen:[69]
>
> "It is only in exceptional cases that the courts will interfere with the machinery of irrevocable obligations assumed by banks. They are the lifeblood of international commerce… Except possibly in clear case of fraud of which banks have notice, the courts will leave the merchants to settle their disputes under the contracts… The courts are not concerned with their difficulties to enforce such claims: these are risks which the merchants take… The machinery and commitments of banks are on a different level. They must be allowed to be honored, free from interference by the court. Otherwise, trust in international commerce could be irreparably damaged".

Em contraposição à jurisprudência permissiva acima comentada, existe uma tendência jurisprudencial rigorosa que exclui da prática a concessão de medidas acautelatórias ou liminares. Vejamos casos em que esses pedidos foram negados pelos tribunais.

Em 26 de fevereiro de 1990, o Tribunal de Reggio Emilia, Itália, apreciou o caso Reggiane Office Meccaniche *v*. Credito Italiano e Mercantile Bank of Iran and Holland, no qual a autora (Reggiane Office Meccaniche) formou um consórcio e firmou um contrato com a empresa Ports iraniana, para a construção de silos no Irã. A empresa encarregada do controle técnico da obra (Techno) exigiu que o Banco de Crédito italiano emitisse uma *performance bond* como garantia autônoma da boa execução da obra. O Banco de Crédito italiano emitiu a garantia, a pedido de Reggiane Office Meccaniche (responsável pelo consórcio que executava a obra) e tal garantia foi entregue em favor do Mercantile Bank of Iran and Holland. A empresa italiana executou a obra, porém um de seus

---

[68] R. D. Harbottle (Mercantile) Ltd. *v*. National Westminister Bank Ltd., 3, WLR, 752 e ss. apud SIMMONT, Lucien. Questões passíveis…, cit., p. 147.

[69] Edward Owen Engineering Ltd *v*. Barclays Bank International Ltd [1978] 1 QB 159.

parceiros no consórcio agiu em conluio fraudulento com um consultor técnico da empresa responsável pela obra (Techno) e realizou sua parte com defeitos. A beneficiária da garantia à primeira demanda, Mercantile Bank, deu início à execução da garantia. A autora (Reggiane Office Meccaniche) conseguiu, em primeira instância, que fosse determinado ao Banco de Crédito italiano que não pagasse o Mercantile Bank. Nesta instância, não foram ouvidos nem Ports, nem Techno, nem Mercantile Bank. Contudo, o Tribunal de Reggio Emilia revogou essa decisão por entender que não havia interesse jurídico no pedido de Reggiane Office Meccaniche porque não havia sido objeto de nenhuma ação de regresso, visto que a garantia em execução era autônoma e fora emitida pelo Banco de Crédito italiano em favor do Mercantile Bank.

Em 17 de abril de 1975, a Corte da Pensilvânia apreciou o caso Ontraworld Industries Inc. *v*. Girard Trust Bank e negou a cautelar pleiteada contra o banco sob fundamento de que a garantia tem total independência em relação ao contrato subjacente e que é irrelevante saber se o contrato foi extinto ou não, uma vez que o beneficiário da *stand-by letter of credit* apresentou a demanda com a observância de todos os requisitos formais.

O Tribunal de Roma, em 24 de março de 1986, julgou o caso F gli Viscio *v*. Banca Nazionale del Lavoro. Viscio havia vendido mercadorias a Waco Manufactoring e o BNL emitiu uma garantia *performance bond* em garantia das obrigações de Viscio em favor do Beyrut Riyad Bank SRL. O banco beneficiário demandou o pagamento ao banco italiano e Viscio ingressou com uma medida cautelar para impedir o BNL de pagar. A cautelar foi negada pelo tribunal, que justificou a recusa afirmando que a concessão da medida só é possível quando se prova de maneira incontroversa que houve fraude do banco intermediário ou do beneficiário. No caso, não havia essa prova; a única coisa que existia era uma alegação da autora.

Numa decisão em 24 de março de 1991, o Tribunal de Versalhes pronunciou-se no sentido de que não se pode conceder uma ordem de interdição de pagamento, exceto nos casos de fraude e de abuso manifesto, e não sob a mera alegação da boa execução do contrato subjacente. Tal medida deve ser negada a partir do momento em que a prova produzida não traz absoluta certeza de que os documentos apresentados são falsos ou contêm alegações falsas. O caso em discussão envolvia a venda de aviões pela Egyptair à empresa GPA. O contrato comercial previa um depósito em garantia de 5% do valor total da venda. A restituição deste depósito era garantida por uma *stand-by letter of credit* em benefício do comprador. Essa *stand-by* era emitida pela União de Bancos Árabes Franceses (UBAF) e permitia ao beneficiário efetuar até 14 demandas de pagamento sob a garantia, mediante simples declaração de que a Egyptair encontrava-se inadimplente. O primeiro avião foi devidamente entregue, porém o segundo e o terceiro foram recusados pela GPA. Egyptair, então, apresentou uma medida cautelar para impedir o pagamento da garantia à GPA. Esta, por sua vez, apelou e requereu a aplicação das leis de Nova York, segundo as quais a interdição de pagamento só poderia configurar-se com a ocorrência de fraude, e não era o caso. O tribunal revogou a decisão do juiz de primeira instância sob o argumento que não bastava que o ordenador provasse que havia cumprido com suas obrigações, se a documentação apresentada pelo beneficiário estava formalmente correta. Essa decisão reafirma a posição restritiva dos tribunais internacionais, na qual, mesmo que o abuso dos beneficiários se mostre às vezes de formas diversas, privilegia-se a boa-fé objetiva, manifestada na jurisprudência para ratificar, mais uma vez, que o direito não tolera nem o abuso, nem a fraude, qualquer que seja o campo.

Nas palavras de Ghirardi,[70]

[70] GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez. *Garantias bancárias autônomas*..., cit., p. 103.

> o formalismo necessário ao equilíbrio e agilidade do mecanismo da garantia autônoma pode representar uma dificuldade no que se refere à identificação de fraude no apelo do beneficiário. Mas, não fosse tal formalismo, a autonomia da garantia estaria comprometida, na medida em que o garante ficaria obrigado a se certificar sobre o cumprimento de prestações do contrato subjacente, vinculando a garantia àquele.

6

A JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA EM MATÉRIA DE GARANTIAS BANCÁRIAS AUTÔNOMAS

A exemplo dos demais países europeus, Portugal tem uma expressiva quantidade de julgados em matéria de garantias bancárias autônomas, que, na ausência de decisões locais sobre o assunto, podem fornecer subsídios para os tribunais brasileiros enfrentarem a questão, caso se deparem com discussões nesse sentido, sobretudo pela identidade de idioma, bem como do sistema jurídico de nossos colonizadores. Ressalte-se que Portugal, assim como o Brasil, tem um código Civil de inspiração francesa/napoleônica e que os institutos lá existentes em termos de garantias pessoais são os mesmos presentes no Brasil, quais sejam a fiança, aval e a caução pessoal.

A jurisprudência portuguesa está totalmente alinhada com os princípios estudados neste trabalho, reconhecendo e reforçando em juízo a independência das garantias bancárias autônomas *vis-à-vis* as demais relações comerciais envolvidas no negócio jurídico em que são apresentadas. Os efeitos dessa autonomia são reconhecidos pelos tribunais portugueses, que também têm a difícil tarefa de fixar os limites dessa autonomia, às vezes não tão claros, e que são controversos. Além disso, os tribunais portugueses reconhecem as garantias

autônomas como uma modalidade distinta da fiança, regida pelo Código Civil português e muito semelhante à fiança do direito brasileiro.

A seguir são apresentados alguns acórdãos, selecionados por sua riqueza de elementos e fundamentação, que permitem uma correta e completa compreensão das garantias bancárias autônomas e seus efeitos e conseqüências práticas.

> Processo n. 10149/2007-2
>
> Relator: Jorge Santos
>
> Data do Acórdão: 21/02/2008
>
> Matéria: Garantia Autônoma – Cláusula "*on first demand*"
>
> Votação: Unanimidade
>
> Recurso: Apelação
>
> Sumário: I – Nas garantias bancárias autónomas, em que há a assumpção duma responsabilidade de terceiro (devedor) por parte da entidade bancária (garante), perante um determinado credor (garantido), de indemnizar este pelo incumprimento daquele, tal obrigação não dependente da existência, da extensão, da validade ou mesmo da exequibilidade da obrigação do devedor.
>
> II – Em tais garantias, em que se estabelece a interpelação on first demand, o garante apenas ficará desobrigado de cumprir com o pagamento que lhe for exigido pelo credor garantido, caso seja manifesta e patente a má fé deste, situação que não se verificava no caso em apreço.

O decisório apresenta a estrutura de uma emissão direta e reforça o caráter autônomo da garantia em relação à obrigação do devedor. Em decorrência da cláusula de pagamento à primeira demanda, manifesta-se no sentido de que apenas a patente má-fé limitaria a autonomia dessa garantia. Esse conceito de má-fé não é analisado com maior profundidade no julgado, deixando margem para dúvidas sobre a sua correta caracterização e se se trata, na verdade, de fraude ou abuso de direito.

Processo n. 8175/2007-6

Relator: Granja da Fonseca

Data do Acórdão: 29/11/2007

Matéria: Garantia Bancária

Votação: Unanimidade

Recurso: Apelação

Sumário: 1 – A garantia bancária autónoma supõe três ordens de relações jurídicas: (i) relação entre o garantido (dador da ordem) e o beneficiário (credor principal); (ii) relação entre o garantido e o garante (banco) e (iii) relação entre o garante e o beneficiário.

2 – Correlativamente estão em jogo três negócios jurídicos: o contrato – base, em que são partes o dador da ordem (garantido) e o credor principal (beneficiário); o contrato pelo qual o banco (garante) se obriga para com o dador da ordem, mediante certa retribuição, a prestar-lhe o serviço em fornecer a garantia prometida; e o contrato de garantia.

3 – O contrato de garantia bancária autónoma precede o estabelecimento duma relação contratual entre o banco e o devedor principal, em cujo âmbito se insere (i) a obrigação assumida pelo banco de emitir determinada carta de garantia; (ii) obrigação assumida pelo dador da ordem de pagar ao banco uma certa comissão; e (iii) obrigação assumida pelo dador da ordem de reembolsar o banco de todo o pagamento que este venha a efectuar a solicitação do beneficiário da ordem.

4 – O dador da ordem compromete-se ainda a não invocar perante o banco, os meios de defesa que lhe cabem nas relações com o beneficiário.

5 – A garantia não poderá ser invocada pelo beneficiário senão em conformidade com os seus próprios termos, pelo que o garante só tem que pagar o que consta do título de garantia e em harmonia com o teor respectivo. Mas, desde que o beneficiário respeite esse teor e reclame o que à face do título de garantia lhe é devido, o banco não tem outro remédio senão pagar: deve pagar ao primeiro pedido, imediatamente, sem discussão, salvo se o beneficiário, ao reclamar o pagamento, proceder com manifesta má fé.

6 – *In casu*, tendo o Banco cumprido aquilo a que se obrigara perante a Ré (dador da ordem), prestando as garantias pretendidas, encontra-se esta obrigada perante aquele a pagar tudo o que venha a ser liquidado por conta das garantias bancárias.

A decisão acima apresenta de forma bem didática e elucidativa a definição e as características das garantias autônomas, as relações envolvidas nas emissões diretas, particularmente na relação entre o banco e o devedor principal e o banco e o beneficiário. Entre o banco e o devedor principal, encontra-se a obrigação de emissão da garantia, a pedido do devedor principal (ordenador); a obrigação de pagamento da comissão ao banco e de reembolso de eventuais quantias despendidas pelo banco em caso de execução da garantia. No caso em discussão, o ordenador questiona o pagamento das comissões ao banco, bem como o reembolso das quantias pagas pelo banco ao beneficiário, por força da execução da garantia. O tribunal condena o autor (ordenador) ao pagamento das comissões e ao reembolso dos valores despendidos pelo banco, apresentando fundamentação complexa, que começa pela própria caracterização da garantia autônoma, das relações estabelecidas entre as partes, incluindo-se a falta de previsão legal e as excepcionais situações de interdição de pagamento. Convém transcrever um trecho do acórdão, cujos grifos são nossos, que apresenta e sintetiza diversos elementos estudados neste trabalho:

> Na verdade, o garante paga ao credor sem discutir; depois o devedor tem de reembolsar o garante, também sem discutir. E será, por último, entre o devedor e o credor que se estabelecerá a controvérsia, se a ela houver lugar, cabendo ao devedor o ónus de demandar judicialmente o credor para reaver o que houver desembolsado, caso a dívida não existisse e ele portanto não fosse, afinal, verdadeiro devedor.
>
> Depois destes considerandos, Galvão Telles[71] *define a garantia autónoma como o contrato pelo qual o banco que a presta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato – base), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse mesmo contrato*.
>
> *Ou, por outras palavras, garantia autónoma é "o contrato pelo qual um banco, por mandato do seu cliente, se obriga a pagar certa importância à outra parte (beneficiário), ficando esta com o direito*

[71] GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Revista de Direito e Economia*, ano VIII, p. 281.

potestativo de exigir a execução dessa garantia, sem que lhe possam ser opostos quaisquer meios de defesa baseados nas relações entre o banco e o ordenador ou entre este e o beneficiário".[72]

Existe uma certa tendência para confundir a garantia autónoma com a fiança; mas essa tendência é errônea.

Sem dúvida, as duas correspondem a preocupações semelhantes, na medida em que ambas têm uma função específica de garantia; não podem, todavia, assimilar-se, porque as separam traços fundamentais.

A fiança é o contrato pelo qual uma pessoa se obriga para com o credor a cumprir a obrigação de outra pessoa, no caso de esta o não fazer. O fiador compromete-se a pagar a dívida de outrem – o devedor principal. O seu compromisso é acessório.

No caso de garantia autónoma, o garante não se obriga a satisfazer uma dívida alheia. Ele assegura ao beneficiário determinado resultado, o recebimento de certa quantia em dinheiro, e terá de proporcionar-lhe esse resultado, desde que o beneficiário diga que não o obteve da outra parte, sem que o garante possa entrar a apreciar o bem ou mal fundado desta alegação.

O objecto da fiança confunde-se com o objecto da dívida afiançada, no sentido de que o fiador tem de pagar o que o afiançado deixou de satisfazer. O objecto da garantia autónoma é distinto do objecto da obrigação decorrente do contrato-base.

Daqui resulta que o garante autónomo ou independente, ao contrário do fiador, não é admitido a opor ao beneficiário as excepções de que se pode prevalecer o garantido. Faz-se muitas vezes uma declaração expressa nesse sentido, afirmando-se no título da garantia não poder o garante invocar as excepções derivadas do contrato – base. Essa declaração não é indispensável, mas tem a vantagem prática de explicitar melhor que não se trata de uma fiança. Em regra, tal declaração aparece rotulada de renúncia, mas verdadeiramente não se trata de renúncia – ou melhor, exclusão – de um direito que assistisse em princípio ao garante, e sim de uma consequência necessária da natureza autónoma da garantia.

O contrato de garantia bancário à primeira solicitação é consensual, inominado, atípico, não – real, não – sinalagmático, monovinculante e gratuito.

[72] PIRES, José Maria. *Direito bancário*, v. 2, p. 284.

Trata-se de um contrato consensual, por a respectiva validade não depender da observância de uma determinada forma. É um contrato inominado e atípico: não tem *nomen juris* nem goza de regulamentação legal. Não – real: verifica-se independentemente da tradição de uma coisa. Não sinalagmático: não dá lugar a obrigações recíprocas. Monovinculante: do contrato resultam obrigações apenas para o banco. É um contrato gratuito, porque com ele o beneficiário nunca sofre sacrifícios.

A garantia autónoma é uma figura triangular, supondo três ordens de relações jurídicas:

a) Relação entre o garantido (dador de ordem) e o beneficiário;

b) Relação entre o garantido e o garante (banco);

c) Relação entre o garante e o beneficiário (credor principal).

As primeiras e as últimas são de natureza externa, no sentido de que nelas participa o beneficiário; as segundas são de índole interna, no sentido de que nelas não participa o beneficiário, travando-se entre os outros sujeitos.

Correlativamente *estão em jogo três negócios jurídicos*: o contrato – base, em que são partes o dador de ordem e o beneficiário; o contrato pelo qual o banco se obriga para com o dador de ordem, mediante certa retribuição, a prestar-lhe o serviço consistente em fornecer a garantia pretendida; e o contrato de garantia.

A garantia não poderá ser invocada pelo beneficiário senão em conformidade com os seus próprios termos. O banco só tem que pagar o que consta do título de garantia e em harmonia com o teor respectivo. Mas, desde que o beneficiário respeite esse teor e reclame o que à face do título de garantia lhe é devido, o banco não tem outro remédio senão pagar: deve pagar ao primeiro pedido, imediatamente, sem discussão.

Há um caso extremo em que o banco pode e deve recusar o pagamento: é o que ocorre quando o beneficiário, ao reclamar o pagamento, procede com manifesta má fé.

Não basta que o banco alegue a má fé. Torna-se necessário que ela seja patente, não oferecendo a menor dúvida, por decorrer de absoluta segurança de prova documental em poder do banco.

Resulta do que se deixou exposto que o contrato de garantia bancária autónoma precede o estabelecimento duma relação contratual entre o banco e o devedor principal. No âmbito dessa relação observa-se, pelo menos, a existência de três obrigações:

a) Obrigação assumida pelo banco de emitir determinada carta de garantia;

b) Obrigação assumida pelo dador da ordem de pagar ao banco uma certa comissão;

c) Obrigação assumida pelo dador da ordem de reembolsar o banco de todo o pagamento que este venha a efectuar a solicitação do beneficiário da garantia autónoma.

Pela terceira obrigação, o dador da ordem compromete-se ainda a não invocar, perante o banco, os meios de defessa que lhe cabem nas relações com o beneficiário. O dador da ordem pagará ao banco tal como este pagar ao beneficiário – sem discutir as relações beneficiário – dador da ordem.

Considerando os factos provados, torna-se claro que foram celebrados três contratos de garantia bancária, também designada de garantia bancária autónoma.

Como se disse, este tipo de contrato ainda não tem consagração legislativa específica em Portugal. Ele tem por fonte legal apenas a iniciativa criadora dos agentes comerciais em ordem a tornar mais fluído e seguro o mundo comercial, isto é, a sua fonte é o princípio da liberdade contratual consagrado no art. 405 C.Civil. E é pelas cláusulas contratuais inseridas no texto da convenção negocial e sua interpretação e das correspondentes declarações de vontade e contexto em que foram proferidas que será possível definir a específica caracterização do contrato de garantia.

A decisão acima caracteriza a garantia autônoma, seus efeitos para as partes e a distingue de maneira clara e precisa da fiança, comparando ambas as modalidades. Outro ponto bastante interessante é a análise da natureza jurídica da garantia bancária autônoma, tida como um contrato consensual, inominado, atípico, não-real, não-sinalagmático, monovinculante e gratuito, apresentando as justificativas para tal caracterização. Além disso, trata do aspecto formal da garantia, de modo que esta só pode ser executada nos estritos limites estabelecidos em seu texto. Por fim, apresenta como fonte legal dessas garantias a autonomia da vontade, prevista na legislação civil portuguesa.

Processo n. 7640/2007

Relator: Olindo Geraldes

Data do Acórdão: 25/10/2007

Matéria: Garantia Bancária

Votação: Unanimidade

Recurso: Agravo

Sumário: 1) A decisão sobre a matéria de facto deve ser de inteira compreensão, de modo que, clara e facilmente, se entendam os factos considerados provados ou não provados.

2) A motivação da decisão sobre a matéria de facto tanto pode ser especificada de forma individualizada como conjunta, desde que torne compreensível a razão justificativa da decisão proferida.

3) É ilícita a resolução do contrato, designadamente por ofensa do princípio da boa fé, quando a resolução não é realizada no contexto expressamente acordado pelas partes.

4) Comprovando o devedor, por procedimento cautelar, a falta do evento justificativo da execução da garantia bancária, pode obstar-se à sua imediata execução.

5) A verificação judicial da falta do evento para a execução da garantia bancária permite salvaguardar, em termos adequados ou razoáveis, o direito inerente à garantia autónoma.

Esse acórdão foi proferido no âmbito de uma medida cautelar, intentada pelo ordenador contra o banco garantidor, para o fim de suspender a execução da garantia. O ordenador justifica seu pleito no fato de que o beneficiário rescindiu unilateralmente o contrato subjacente, por alegado descumprimento do ordenador, quando não poderia tê-lo feito por ainda não ter decorrido o prazo contratual para que o ordenador cumprisse com a obrigação assumida. Em suma, o ordenador pretende a suspensão da execução da garantia por força da rescisão unilateral pelo beneficiário do contrato subjacente.

Nesse caso, o tribunal entendeu que o beneficiário agiu de má-fé e de maneira manifestamente abusiva ao rescindir imotivada e antecipadamente o contrato e demandar o pagamento da garantia, suspendendo, pois, os efeitos da garantia autônoma.

A questão deve ser cuidadosamente analisada e nos parece que o tribunal agiu acertadamente. No caso em comento, não se trata de o garante invocar exceções do contrato subjacente para suspender o pagamento ou de o

ordenador suscitar discussões próprias do contrato comercial para suspender o pagamento, mas de comprovado abuso de direito do beneficiário.

Não há, no caso, discussão acerca da autonomia da garantia, aceita e reconhecida desde o princípio pelas partes. A discussão funda-se sobre a legitimidade do beneficiário para execução da garantia. E o tribunal enfrenta muito bem a questão na fundamentação da decisão, parcialmente transcrita abaixo (grifos nossos):

> *Nos termos do contrato, e observando o princípio da boa fé, que deve orientar o seu cumprimento (art. 762.º, n.º 2, do Código Civil), a recorrente devia ter esperado pelo decurso do referido prazo, de modo a dar oportunidade à recorrida para efectuar a correspondente correcção e, a verificar-se esta, devia ainda ter aguardado a sua certificação. Só depois, não sendo apresentada a correcção ou não obtendo a certificação, estaria a recorrente em condições legais de resolver o contrato, por incumprimento definitivo do outro contraente*.
>
> *Nestes termos, portanto, a resolução do contrato, pela recorrente, foi ilícita, e, nessa medida, revela-se, manifestamente, abusiva a sua pretensão de executar a garantia bancária, prestada a seu favor, para o caso de incumprimento contratual da recorrida*.
>
> *A garantia bancária, assim chamada por ser prestada por um banco, tem grande interesse prático, pela segurança e confiança que inspira*.
>
> Como modalidade do contrato de garantia, caracteriza-se a garantia bancária pela sua autonomia relativamente à obrigação garantida.
>
> *Com efeito, aquela é independente (abstracta) da última, não podendo o garante prevalecer-se das excepções admitidas ao garantido, e o garante, assegurando ao beneficiário determinado resultado, cumpre uma obrigação própria* (A. Ferrer Correia, Revista de Direito e Economia, Ano VIII, n.º 2, pág. 251, I. Galvão Telles, Manual dos Contratos em Geral, 4.ª edição, pág. 511, Almeida Costa e A. Pinto Monteiro, Garantias Bancárias – O Contrato de Garantia à Primeira Solicitação, Colectânea de Jurisprudência, Ano XI, t. 5, pág. 19, e A. Menezes Cordeiro, Manual de Direito Bancário, 1998, pág. 605).
>
> No mesmo sentido, tem seguido a jurisprudência, referindo-se, entre outros, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 23

de Março de 1995 e de 1 de Junho de 2000, publicados, respectivamente, na Colectânea de Jurisprudência (STJ), Ano III, t.1, pág. 137, e Ano VIII, t.2, pág. 85.

A autonomia da garantia bancária, todavia, pode compreender graus distintos.

Existe, em primeiro lugar, a garantia bancária simples, que tem por objecto a cobertura de certo risco (incumprimento contratual).

Neste caso, verificado o incumprimento da obrigação contratual, o garante está vinculado ao pagamento do respectivo valor. Tal pressuposto, como facto constitutivo do direito, cabe ser demonstrado pelo beneficiário, de harmonia com a regra da distribuição do ónus da prova contemplada no n.º 1 do art. 342.º do Código Civil (CC).

Há, em segundo lugar, a garantia bancária à primeira solicitação (*gurantee upon first demand* ou *garantie à première demande*), nos termos da qual o beneficiário está dispensado da prova do incumprimento contratual, bastando, para que o garante lhe pague, comunicar a ocorrência do respectivo evento.

A garantia bancária, como garantia pessoal autónoma, remonta ao século XIX, assistindo-se, internacionalmente, a um movimento de uniformização contratual (I. Galvão Telles, O Direito, Ano 120.º, 1988, III-IV, págs. 281 e 282).

Tal garantia, para além de ter permitido incrementar a rapidez e o dinamismo do comércio, designadamente a nível internacional, trouxe ainda o reforço da confiança aos agentes económicos.

O contrato de garantia é admitido, geralmente, nas diversas ordens jurídicas, como um contrato atípico e não sinalagmático, legitimado pelo princípio da liberdade contratual ou da autonomia privada (J. Simões Patrício, Preliminares sobre a Garantia on First Demand, R.O.A., 1983, pág. 684 e segs.).

No caso vertente, estamos em presença de uma garantia bancária à primeira solicitação ou on first demand*, qualificação que não vem questionada pelas partes*.

Dado o seu grau de autonomia, bastava à beneficiária manifestar ao garante a intenção de receber o valor da garantia bancária, para que sobre aquele se constituísse a obrigação de pagar, sem possibilidade de discutir o incumprimento contratual.

Neste caso, porém, é o mandante que impugna o incumprimento contratual, contestando o direito de crédito da beneficiária.

Assiste ao mandante, com efeito, tal direito, sem prejuízo da autonomia própria da garantia bancária.

> Já seria diferente se na acção estivesse apenas presente o garante. A este, no entanto, sempre seria permitida a oposição baseada na excepção da fraude manifesta ou no abuso do direito.
>
> Contudo, não tendo o garante sido demandado, é irrelevante a análise dessa situação, pois tudo o que a propósito se decidisse extravasaria o objecto da acção, o que não é consentido nos termos da lei aplicável.
>
> *Assim, para a decisão da causa, pouco ou nada releva a natureza autónoma da garantia bancária prestada, pois o que importa é saber se à beneficiária não assiste o direito de crédito, decorrente da resolução do contrato prestação de serviço, por alegado incumprimento da recorrida, e, na afirmativa, concluir pela ilegitimidade (substantiva) da execução da garantia bancária.*
>
> *Por isso, e ao contrário do que alega a recorrente, tal discussão não faz perder a utilidade prática da garantia bancária prestada, mantendo esta as virtualidades inerentes, designadamente perante o respectivo garante*.
>
> *Como anteriormente se concluiu, a recorrente resolveu o contrato, por alegado incumprimento da outra parte, quando o mesmo, face aos termos do acordado pelas mesmas, ainda não era passível de ser imputado*.
>
> Os autos também não revelam que a recorrida tivesse cumprido pontualmente a sua prestação, mas isso apenas serve para afastar a alegação de fundamento à exclusão do direito de accionar a garantia.
>
> *Ao agir da forma descrita, contrariando explicitamente os ditames da boa fé, a recorrente agiu ilicitamente, e, nesse contexto, não lhe assistia o direito de executar, com o motivo especificamente invocado, a garantia bancária*.

Na decisão apresentada a seguir, o ordenador tenta suspender a execução da garantia autônoma, sem, contudo, lograr êxito por não conseguir comprovar inequivocamente fraude ou abuso por parte do beneficiário. Trata-se de uma garantia autônoma prestada para garantir um contrato de empreitada. O ordenador alega que a execução não dispõe de título executivo, pois a garantia prestada apenas garante o pagamento em caso de inadimplemento por parte dele, ordenador, estando a respectiva execução, assim, sujeita à condição do inadimplemento. O acórdão propõe-se a analisar e decidir duas questões

essenciais: a autonomia da garantia e a exeqüibilidade sujeita à prova do inadimplemento. Enfrenta tais questões e decide favoravelmente às duas.

> Processo n. 1308/2003-7
>
> Relator: Jorge Santos
>
> Data do Acórdão: 25/10/2007
>
> Matéria: Garantia Bancária – Autonomia
>
> Votação: Unanimidade
>
> Recurso: Apelação
>
> Sumário: A garantia bancária autónoma é um contrato inominado que assenta numa relação comercial tripartida:
>
> 1) relação entre o devedor mandante da garantia e o beneficiário que é o contrato base;
>
> 2) relação entre o mesmo mandante e o Banco garante, pelo qual aquele mandata este para emitir a garantia a favor do beneficiário;
>
> 3) relação entre o Banco e o beneficiário consubstanciada na garantia em si, pela qual aquele se obriga a pagar a este a quantia garantida caso o afiançado não cumpra as suas obrigações.
>
> Tem como característica essencial a independência relativamente a qualquer relação causal, o que a diferencia da fiança que, pela sua própria natureza, tem uma função meramente subsidiária e acessória.
>
> A autonomia da garantia bancária não é absoluta pois que, designadamente, obsta à obrigação do pagamento pelo garante da quantia garantida nos casos de prova inequívoca e notória de fraude ou de abuso por parte do beneficiário.

A fundamentação caracteriza a garantia autônoma e as demais modalidades de garantia prevista na legislação portuguesa e ainda trata dos limites à autonomia, conforme abaixo transcrito (grifos nossos).

> A questão da autonomia da garantia bancária em sido objecto de várias decisões jurisprudenciais e todas elas confluentes. É, designadamente, o caso dos ac. RP 17/11/92 CJ V-220; STJ 21/9/93 CJ III-24; RL 7/7/94 CJ IV-77; RL 7/12/94 CJ V-125; STJ 23/3/95 CJ I-137 e, mais recentemente, o ac. STJ 21/11/2002 CJ III-148.

Como sintetiza este último, *a garantia bancária pode assumir várias modalidades: fiança bancária, mandato de crédito, aval, aceite bancário (não seguido de desconto bancário ao balcão do próprio banco) e a garantia bancária.*

A garantia bancária tem sido considerada um contrato inominado e autónomo. Ainda não tem consagração legislativa específica (RL.11/2/90 CJ V-134).

Ela tem por fonte legal apenas a iniciativa criadora dos agentes comerciais em ordem a tornar mais fluido e seguro o mundo comercial, isto é, a sua fonte é o princípio da liberdade contratual (art. 405 CC). E é pelas cláusulas contratuais inseridas no texto da convenção negocial e sua interpretação e das correspondentes declarações de vontade e contexto em que foram proferidas que será possível surpreender a específica caracterização do contrato de garantia – no caso, se fiança bancária (como parece pretender a embargante, embora "en passant" – art.15 da p.i.), se garantia autónoma (como pretende a embargada).

Importa, por isso, ver como nasce a garantia bancária autónoma.

Transcreve-se aqui o que foi escrito no douto ac. STJ de 21/11/2002 CJ III-148 (relatado pelo Conselheiro Quirino Soares), e porque melhor será difícil dizer: no processo genético de emissão de uma garantia bancária autónoma existe, em primeiro lugar, um contrato-base entre o mandante da garantia e o beneficiário, a que se segue um contrato, qualificável como de mandato, mediante o qual o mandante incumbe o banco de prestar garantia ao beneficiário e, por último, o contrato de garantia, celebrado entre o banco e o beneficiário, em que o banco se obriga a pagar a soma convencionada, logo que o beneficiário o informe de que a obrigação garantida se venceu e não foi paga e solicite o pagamento, sem possibilidade de invocar a prévia excussão dos bens e do beneficiário ou a invalidade ou impossibilidade da obrigação por este contraída.

A garantia bancária assenta, por isso, numa relação comercial tripartida: 1) relação entre o devedor mandante da garantia (Orsisa) e o beneficiário (Cooperativa) que é o contrato base; 2) relação entre o mesmo mandante e o Banco garante (Crédito Predial), pelo qual aquele mandata (mandato sem representação) este para emitir a garantia a favor do beneficiário; 3) relação entre o Banco e o beneficiário e que é consubstanciada na garantia em si, pela qual aquele se obriga a pagar a este a quantia garantida caso o afiançado não cumpra as suas obrigações.

A garantia bancária autónoma tem como característica essencial a independência relativamente a qualquer relação causal, isto é, a autonomia, de certo modo, como sucede nas relações cambiárias mediatas. No caso, ela "independentiza-se" do contrato-base de empreitada celebrado entre a Orsisa e a Cooperativa donde

surgem as obrigações negociais garantidas e do próprio contrato de mandato sem representação celebrado entre o Banco e o devedor seu cliente.

E esta característica é que a diferencia claramente da fiança que, pela sua própria natureza, tem uma função meramente subsidiária, (só será exigível caso não seja cumprida a obrigação principal – arts. 627 e 634 CC) e acessória (da obrigação principal do devedor porque tem o mesmo âmbito e depende da validade desta – art.627 n.º 2, 631 e 632 CC).

A autonomia confere à garantia bancária uma especificidade própria traduzida sobretudo como fonte contratual de uma obrigação autónoma da obrigação garantida e diferente da simples fiança. Ela assenta no contrato autónomo de garantia.

Este tipo de garantia cria uma obrigação autónoma para o Banco a qual não é nem pode ser afectada pelas vicissitudes da obrigação principal, contrariamente ao que sucede com a fiança que cria uma garantia meramente acessória, como se disse.

A garantia autónoma quer, pois, dizer que é exigível, independentemente das vicissitudes da relação principal entre o credor/beneficiário da garantia e o devedor, ou seja, o garante é obrigado a pagar logo que o beneficiário lho solicite, sem discutir e sem que esta ou o devedor possam opor-lhe quaisquer objecções ou excepções. E é devida mesmo que a relação principal seja inválida e sem que o garante possa opor ao beneficiário os meios de defesa do devedor e sem que seja necessária a excussão dos bens do devedor (neste caso, a Orsisa) pois, repete-se, o garante assume uma obrigação própria e independente da relação subjacente.

Para surpreender o sentido da garantia em causa, há que seguir as regras de interpretação, concretamente, no caso, o disposto no art. 238 CC, já que de negócio formal se trata.

Do texto da garantia acima transcrita não consta qualquer clásula do tipo “on first demand” (à primeira solicitação), como, por vezes, sucede ser convencionada. Esta cláusula, hoje tão frequente nos meios comerciais, sobretudo a nível internacional (*lifeblood of international commerce*, feliz expressão de que dá conhecimento a apelante no nº5 das suas alegações recursórias) visa reforçar ainda mais o sentido da autonomia/independência da garantia bancária e introduz-lhe a característica da automaticidade, no sentido de que o Banco garante fica obrigado a pagar imediatamente a quantia garantida logo que o beneficiário lho solicite sem que lhe seja permitido discutir as razões do pedido do pagamento, bastando tão somente ao beneficiário alegar o incumprimento da obrigação principal do devedor.

Sobretudo a cláusula se aquela entidade, sua afiançada, faltando ao cumprimento das obrigações assumidas, com elas não entrar em devido tempo afasta o tipo "on first demand", pois dá a entender que o Banco poderá exercer alguma conferência do incumprimento e do seu montante, tal como em idêntico caso, entendeu o último acórdão acima citado.

O texto escrito da garantia manifestamente que afasta a possibilidade de lhe dar uma interpretação sem qualquer correspondência com a sua letra (art.238 n.º 1 CC). Isto é, a letra do texto não permite que se possa concluir que de fiança se trata.

Na verdade, nem sequer foi alegado que houve real intenção das partes em celebrar fiança bancária. *Conhecedor habitual da actividade bancária que exerce, o Banco não fez inserir no texto por si elaborado qualquer expressão do tipo "constitui-se fiador de..." ou equivalente. Nenhum dos traços constitutivos da noção e efeitos da fiança foi inserido no texto da garantia acima transcrita. É certo que no texto existe a palavra "afiançada", mas claramente no sentido de garantida, isto é, identificando o seu cliente bancário garantido pela presente garantia bancária*.

Os termos da garantia conduzem à intenção de os contratantes celebrarem convenção que obrigue o Banco garante a pagar a quantia dentro dos limites da garantia prestada e sem que possa discutir a validade da obrigação garantida, nem os fundamentos do pedido de pagamento e nem invocar o benefício da excussão prévia dos bens do devedor.

Tem sido entendido que a autonomia da garantia bancária não é absoluta pois que, designadamente, obsta à obrigação do pagamento pelo garante da quantia garantida nos casos de prova inequívoca e notória de fraude manifesta ou de abuso evidente por parte do beneficiário. Com esses fundamentos pode o devedor mandante obstar ao pagamento imediato a instauração de providências cautelares. *Admite-se ainda o dever de oposição pelo garante ao beneficiário da excepção da ilicitude da causa por violação da ordem pública.* Ver a propósito Garantias Bancárias de Almeida Costa e Pinto Monteiro in CJ 1986/5º-15 ss. e Garantia Bancária Autónoma, de Francisco Cortez in ROA II Julho/92 – 52.º – pg. 513 a 609).

De qualquer modo, estas situações anómalas específicas não foram alegadas nem ocorrem nos presentes embargos de executado.

Diga-se, por outro lado, que as razões invocadas pelo Banco na petição de embargos e que lhe foram fornecidas pela carta de da devedora Orsisa 18/10/96 junta a fls.10 (18) são vagas, frágeis e infundamentadas. A carta, com efeito, nada esclarece nada concretiza nem explicita por que o pedido de pagamento da garantia pela embargada é "infundamentado" ou "injustificado".

> Dizer que tal pedido é injustificado é nada dizer. Cumpria-lhe esclarecer se houve ou não defeitos e omissões na obra realizada e, em caso afirmativo, se foram ou não reparados. Mas nada disse, mantendo-se em vagas afirmações de todo inócuas.
>
> A garantia bancária junta constitui título executivo, nos termos do art. 46 c) CPC.
>
> Não tem qualquer justificação plausível o fundamento alegado no art. 17.º da p.i. sobre a inexistência do título. Tanto existe que a embargante não o impugna porque por si própria elaborado e subscrito, pois não nega a letra nem a assinatura do mesmo (art. 374 n.º 1 CC).

Outro aspecto observado no decisório acima é que a intenção das partes e a boa-fé foram levadas em consideração para a caracterização da garantia autônoma. Os juízes trataram de analisar a literalidade da garantia sob a perspectiva da finalidade e do que pretendiam as partes ao entabulá-la, conforme apresentado em tópico anterior no presente estudo.

7

O ATO LEGISLATIVO FRANCÊS N. 2000-346, DE 23 DE MARÇO DE 2006

Diante do recorrente número de discussões envolvendo garantias bancárias autônomas, submetidas às Cortes francesas, o legislador francês considerou necessário discipliná-las no ordenamento jurídico, reservando-lhes um lugar especial no Código Civil, no livro que trata das garantias.

O novo artigo 2.321 introduzido pelo ato legislativo define as garantias autônomas como “o compromisso através do qual o fiador se obriga, em relação a uma obrigação subscrita por um terceiro, a pagar uma quantia à primeira demanda, ou segundo modalidades convencionadas”.[73] Referido ato legislativo

[73] “Chapitre II: De la garantie autonome.
Article 2321

tratou de impor algumas limitações ao uso das garantias autônomas para a cobertura de créditos ao consumo ou créditos imobiliários e admite seu uso de maneira restrita no que se refere a arrendamento de habitações.[74]

Tal artigo estabeleceu de maneira definitiva a independência da obrigação do garantidor em relação à obrigação garantida, sendo, pois, vedado ao garantidor opor exceções do contrato subjacente para evitar o pagamento da garantia. Além da inoponibilidade de exceções, para que a obrigação de pagamento do garantidor seja suspensa, faz-se necessário comprovar uma fraude ou abuso manifesto. Outro fato interessante é que o legislador estabeleceu que a garantia não é transmitida automaticamente, caso a obrigação garantida seja transmitida.

Prum[75] critica a disposição do artigo em comento que trata da interdição de pagamento pelo garantidor em caso de *fraude, abuso manifesto ou conluio do mesmo com o ordenador*. Segundo o professor,

> o objetivo também era o de cobrir a situação, muito freqüente na prática, em que a proteção do beneficiário resultava de uma combinação de uma garantia de primeira ordem com uma contragarantia. Sabe-se que, nesse caso específico, a jurisprudência recusa dispensar o contragarantidor de sua obrigação em relação ao garantidor de primeira ordem, enquanto não for demonstrado que este último associou-se à fraude ou ao abuso censurado ao beneficiário final. Tratava-se

---

La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.

Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.

Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.

Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation." Code Civil – Version Consolidée au 6 août 2006. Disponível em: <www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 19 ago. 2008.

74 Cf. PRUM, André. A autonomia legal das garantias à primeira demanda. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 10, n. 35, p. 164, jan.-mar. 2007.

75 PRUM, André. A autonomia legal das garantias à primeira demanda, p. 164.

> manifestamente de considerar a cumplicidade entre o garantidor de primeira ordem e o beneficiário final e não uma colusão que não se pode imaginar, entre este último e o ordenador.

Ainda que o esforço legislativo francês mereça crítica pela falta de imprecisão ou mesmo equívoco em suas disposições, verifica-se que a garantia autônoma, tal como aqui estudada e largamente praticada no comércio internacional, foi recepcionada pelo ordenamento jurídico daquele país. As grandes discussões sobre garantias autônomas na França começaram nos anos 80 e desde então os tribunais apreciaram uma enorme quantidade de casos e formaram sólida jurisprudência, que permitiu ao legislador partir de uma realidade consolidada para disciplinar a matéria, como o fez.

Imagina-se que nos países de inspiração napoleônica o mesmo ocorra em breve. A França foi pioneira nas discussões sobre o assunto, em matéria jurisprudencial e é natural que tenha sido também a primeira a disciplinar a matéria. Por ora, no Brasil, apenas acompanhamos a evolução das discussões internacionais, sem, contudo, haver jurisprudência ou iniciativa legislativa neste sentido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As garantias bancárias autônomas podem ser definidas como uma obrigação assumida por um banco de pagar uma certa quantia em dinheiro mediante a apresentação de simples solicitação pelo beneficiário, que, em sua demanda, referir-se-á tão-somente às condições constantes do próprio texto da garantia, sendo certo que o pagamento pelo garantidor será efetuado

imediatamente, sem que lhe seja permitido suscitar questões ou exceções decorrentes do contrato comercial garantido.

A autonomia é o traço fundamental dessas garantias e explica-se por que a vinculação obrigacional entre o banco e o beneficiário é autônoma em relação aos demais vínculos obrigacionais constituídos entre o devedor (ordenador) e o beneficiário e entre o devedor (ordenador) e o banco. O banco, por sua vez, tem autonomia inclusive patrimonial em relação ao ordenador e ao beneficiário e age com independência.

Com natureza jurídica de contrato *sui generis*, decorrente dos princípios jurídicos da autonomia da vontade das partes e da liberdade contratual, a garantia bancária autônoma é uma garantia atípica, pois ocupa um lugar intermediário entre a fiança e o depósito em caução.

Mesmo que possam parecer semelhantes, a fiança e garantia autônoma guardam profundas diferenças no tocante à responsabilidade assumida pelo fiador e pelo garantidor e nas conseqüências decorrentes. O fiador continuará vinculado à obrigação garantida até a sua extinção, ao passo que a obrigação do garantidor persistirá nos termos e pelo prazo definidos na própria garantia. A fiança é uma garantia acessória, em que não há duas obrigações distintas, mas somente a obrigação garantida, que é a mesma assumida pelo afiançado e pelo fiador. Se o afiançado deixar de cumprir a obrigação por algum motivo justo ou relevante, o fiador pode escusar-se ao cumprimento da fiança com base nesse motivo, eis que as exceções pessoais do afiançado aproveitam-se ao fiador. O garantidor, por sua vez, assume sua própria obrigação, totalmente independente e distinta daquela do ordenador da garantia autônoma, não havendo, pois, que falar em solidariedade ou em acessoriedade.

As garantias autônomas pressupõem uma relação de pelo menos três partes numa *emissão direta*: o emissor da garantia ou garantidor (normalmente um banco), o ordenador ou devedor e o beneficiário e pelo menos quatro numa *emissão indireta*: o ordenador, o beneficiário, o garantidor e o contragarantidor. Pela emissão da contragarantia, o banco contragarantidor obriga-se a pagar ao banco garantidor, por conta e ordem do ordenador, quaisquer despesas incorridas na emissão da garantia, além dos valores despendidos, caso a garantia seja executada para pagamento.

Diante da ausência de legislação sobre o assunto, as garantias autônomas encontram-se geralmente sujeitas às regras e usos da CCI. No entanto, em caso de controvérsias, são submetidas aos tribunais dos países cuja legislação a elas seja aplicável. Em alguns casos, esses tribunais têm alguma dificuldade em caracterizar a garantia autônoma e recorrem à análise formal do documento e aos princípios da boa-fé e intenção das partes contratantes para verificar se estão diante de uma garantia bancária ou não, conforme se constata a partir dos julgados mencionados a título ilustrativo.

A autonomia das garantias não é absoluta: ela pode ser limitada em situações muito específicas, determinadas pela jurisprudência. A jurisprudência internacional adota o entendimento de que somente a fraude e a demanda abusiva podem limitar a autonomia das garantias. No entanto, tais conceitos têm de ser considerados com muita parcimônia, pois a recusa de pagamento do banco garantidor dar-se-á somente nos casos em que a fraude e a demanda de pagamento abusiva forem evidentes, líquidas e certas.

Diversos casos práticos foram analisados no estudo e nos permitem afirmar que a jurisprudência internacional consolidou alguns princípios gerais aplicáveis às garantias autônomas, a seguir sistematizados:

- o garantidor, para afastar o pagamento da garantia, não pode invocar meios de defesa decorrentes do contrato comercial;
- somente a fraude ou o abuso manifesto têm o condão de suspender a obrigação de pagamento;
- a contragarantia, por si só, é autônoma em relação ao contrato comercial e à garantia principal;
- portanto, faz-se necessário estabelecer, em matéria de contragarantia, a existência de um conluio fraudulento entre o banco garantidor e o beneficiário para se obter em juízo uma decisão para suspensão de pagamento.

Em teoria, esses deveriam ser princípios norteadores da jurisprudência internacional, contudo, em alguns casos, os tribunais decidiram de maneira diversa, como se viu neste estudo, especialmente em casos em que se tenta por meio de medidas cautelares impedir o pagamento das garantias. A caracterização do abuso manifesto ou da fraude é complexa e às vezes contém um forte caráter de subjetividade dos juízes nas decisões.

Embora as práticas comercial e bancária brasileiras tenham evoluído no sentido da utilização em larga escala das garantias bancárias autônomas nas transações comerciais internacionais, não foi localizado nenhum julgado envolvendo a matéria. Sem prejuízo, em virtude da evolução e consolidação das regras aplicáveis e da jurisprudência internacional, acreditamos que os princípios ora existentes poderão ser inteiramente aplicados pelos tribunais brasileiros, a exemplo do que se verifica em Portugal, onde o sistema jurídico é muito semelhante ao nosso e por não haver neles qualquer dispositivo que contrarie a legislação brasileira ou a ordem pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais*: uma visão teórica e prática. São Paulo: Saraiva, 1994.

–––––. *Empresa transnacional e direito*. São Paulo: RT, 1987.

BASSO, Maristela. Contratos internacionais do comércio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

CARLUCCI, Aída R. Kemelmajer. Las garantias a primera demanda. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, ano 85, v. 724, fev. 1996.

CARREAU, Dominique; FLORY, Triébaut; JULLIARD, Patrick. *Droit International Économique*. Paris: LGDJ, 1990.

COSTA, Lígia Maura. Meios de pagamento e garantia bancárias em contratos internacionais. *Cooperação internacional*: estratégia e gestão. São Paulo: Edusp. 1994. v. ???, p. 597-620.

–––––. *O crédito documentário e as novas regras e usos uniformes da Câmara de Comércio Internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

CREMADES, Bernardo Maria. *Conferências sobre derecho bancario internacional*. Madrid: Edilex, 1985.

CREMADES, Juan Antonio. As garantias bancárias à primeira solicitação em direito espanhol. In: LESGUILLONS, Henry (Org.). *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão brasileira organizada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.

–––––; VALLUIS, Marie-Annick; ZIVY, Isabelle. Direito e prática das garantias na América Latina. In: LESGUILLONS, Henry (Org.). *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão brasileira organizada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.

DEL CARPIO, Rômulo Francisco Vera. *Carta de crédito e UCP 500 comentada*. São Paulo: Aduaneiras, 1994.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado* (parte geral). Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

DUBISSON, Michel. As garantias bancárias, os riscos cobertos, sua duração e início de sua execução. In: LESGUILLONS, Henry (Org.). *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão brasileira organizada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.

GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez. *Garantias bancárias autônomas e as regras uniformes para garantias autônomas da Câmara de Comércio Internacional* (publicação n. 458). 1999. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, São Paulo.

GOODE, Roy. *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*. Câmara de Comércio Internacional. Paris, 1992.

GRAHAM, W. C.; JAN MATEJCEK, Q. C. O direito e a prática relativos ao uso de cartas de crédito e garantias de execução em contratos no Canadá e Estados Unidos. In: LESGUILLONS, Henry (Org.). *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão brasileira organizada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.

HORN, Norbert. The United Nations Convention on Independent Guarantees and the Lex Mercatoria. Centro di Studi e Ricierche di Dititto Comparato e Straniero. Saggi, Conferenze e Seminari. Roma, 1997. Disponível em: <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/30horn.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2008.

HUCK, Hermes Marcelo. Garantia à primeira solicitação no comércio internacional. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 84, 1991.

———. *Sentença estrangeira e* lex mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994.

KLEIN-CORNEDE, Joanne. *La Pratique des Garanties Bancaires dans les Contrats Internationaux*. Paris: AFB Diffusion, 1999.

LECHIEN, Dominique. Les Garanties Payables à Première Demande à travers de la Jurisprudence Anglaise Récente. *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 3, 1990.

———; REGOUT-MASSON, Martine. Les Sûretes Internationales (Grande-Bretagne – Pays Bas 1983-1984). *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 7, 1985.

———; ———. Les Sûretes Internationales. *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 3, 1985.

LESGUILLONS, Henry. As garantias bancárias: tendências atuais. In: ——— (Org.). *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão brasileira organizada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.

LEW, Julian D.M.; STANBROOK, Clive. *International Trade*: law and practice. London: Euromoney, 1983.

MAGALHÃES, J.C. Empresa multinacional: descriminação analítica de um fenômeno contemporâneo. *Revista de Direito Militar*, Brasília, n. 14, p. 67-88, 1987 apud FIORATI, Jete Jane. A *lex mercatoria* como ordenamento jurídico autônomo e os Estados em desenvolvimento. *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, ano 41, n. 164, out.-dez. 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_164/R164-02.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2008.

MARTINEZ, Pedro Romano; DA PONTE, Pedro Fuzeta. *Garantias de cumprimento*. Coimbra: Almedina, 1997.

MATTOUT, Jean-Pierre. *Droit Bancaire International.* Deuxième édition. Paris: La Revue Banque Editeur, 2003.

MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.

NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional*. Um estudo sobre a *soft law*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OPPENHEIM, Peter. *Global banking*. 2. ed. American Banking Association, 1999.

PIEDELIEVRE, Stéphane. Remarque sur les règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale relatives aux garanties sur demande. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Droit Économique*, n. 4, p. 615, 1993.

POULLET, Yves. Apresentação e definição das garantias praticadas na Europa. In: LESGUILLONS, Henry (Org.). *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão brasileira organizada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.

———–. Les Garanties Contractuelles dans le Commerce International. *D.P.C.I*., n. 3, set. 1979.

———–. O contrato de garantia: exame de alguns problemas jurídicos específicos. In: LESGUILLONS, Henry (Org.). *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão brasileira organizada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.

PRUM, André. A autonomia legal das garantias à primeira demanda. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 10, n. 35, p. 164, jan.-mar. 2007.

———–. *Les Garanties à Première Demande*. Paris: Litec, 1994.

PUBLICAÇÃO n. 325 da Câmara de Comércio Internacional (CCI) de 1978.

PUBLICAÇÃO n. 458 da Câmara de Comércio Internacional (CCI), “Uniform Rules for Demand Guarantees”.

PUBLICAÇÕES 400, 500 e 600 da Câmara de Comércio Internacional (CCI), “Uniform Commercial Practices”.

RATTI, Bruno. *Comércio internacional e câmbio*. São Paulo: Aduaneiras, 1994.

RÍOS, Aníbal Sierralta. *Operaciones de crédito documentario*. 2. ed. Bogotá: Temis, 2004.

RIVES-LANGE, Jean-Louis; CONTAMINE-RAYNAUD, Monique. *Droit Banceire*. 5. ed. Paris: Dalloz, 1990.

SIMMONT, Lucien. Questões passíveis de serem colocadas por ocasião da execução de uma garantia bancária autônoma. In: LESGUILLONS, Henry (Org.). *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão brasileira organizada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.

STOUFFLET, Jean. La Garantie Bancaire à Première Demande. *Journal du Droit International*, n. 2, p. 265, 1987.

UNITED NATIONS Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit”, ONU, 1995. Texto extraído da internet. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/payments/guarantees/guarantees.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2008.

VASSEUR, Michel. Dix Ans de Jurisprudence Française Relative aux Garanties Independentes. *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 3, p. 357, 1990.

––––––. Les Nouvelles Règles de la Chambre de Commerce Internationale pour les ‘Garanties sur Demande’”. *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 3, p. 239, 1992.

VILLEREY, André. As garantias bancárias em direito francês. In: LESGUILLONS, Henry (Org.). *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão

brasileira organizada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.

WALD, Arnoldo. A garantia à primeira demanda no direito comparado. *Revista de Direito Mercantil,* n. 66.

International Chamber of Commerce
The world business organization

Department of Policy and Business Practices

Commission on Banking Technique and Practice
Commission on Commercial Law and Practice

Note to members, national committees and groups

Draft 2 of the URDG revision –
FOR COMMENTS BY 6 November 2008

DRAFT

To ICC National Committees:

The first comprehensive draft of the revised URDG, released on 19 February 2008, has received 37 different sets of comments from national committees, including one from a professional federation. The comments were generally supportive of the work and expressed helpful guidance as to scope and drafting issues. In two drafting sessions (12 – 13 April 2008 in Athens and 1 – 3 July 2008 in Paris), the Drafting Group has reviewed all comments received regardless of the number of committees that contributed them. The result is this second comprehensive draft that we are submitting for your perusal and comments.

We will need your comments on **6 November 2008** at the latest.

In expressing your comments on this draft, please take into consideration the following points:

International Chamber of Commerce
38 Cours Albert 1er, 75008 Paris, France
Tel +33 (0)1 49 53 28 28 Fax +33 (0)1 49 53 28 59
E-mail icc@iccwbo.org Website www.iccwbo.org

6 August 2008/TS/wj
Document 1101rev

1. The revised URDG stress the need to express the terms and conditions of demand guarantees exclusively in documentary nature. Experience shows that this is the best expression of the independence of the guarantee and a barrier against having to ascertain the occurrence of breaches in the underlying relationship. A documentary guarantee, like a documentary credit, is an independent undertaking. However, nothing in this key principle leads to the need for the guarantee to require a long list of documents in order to become a URDG guarantee. Simply put, traditional demand guarantees payable on the presentation of a statement of breach are documentary independent guarantees.

2. Some comments received on the first comprehensive draft expressed concern that article 7 on non-documentary conditions and article 20 on the standard for examination of documents, coupled with the importance generally expressed throughout the rules for the documentary nature of demand guarantees, may lead to applying the revised URDG only, or primarily, to payment guarantees (i.e. guarantees issued as an alternative to documentary credits covering the purchaser's payment obligation). This concern is undue and need not exist. The revised URDG, like the current URDG 458, apply to all types of demand guarantees regardless of the type of the underlying transaction. If some URDG guarantees do not call for documents of a type that will prompt the use of one or more of Article 20's standards, the rest of the rules will still fully apply to the guarantee in question.

3. The explanatory notes are provided for guidance only. They are not part of the rules and will not be released with the rules when the draft is finally adopted. They might be part of a guide that might be released later as a non-official ICC document. Only the rules will be submitted for adoption. For ease of reference, we have kept in this 2nd comprehensive draft the explanatory notes provided under the 1st draft insofar as they relate to draft rules that have not been changed.

4. At this stage, it is too early to lock in any of the draft rules. National Committees should feel free to revisit or repeat earlier expressed comments in light of the new drafting.

5. To facilitate the work of the Drafting Group, comments provided on this 2nd comprehensive draft should not cross refer to comments provided on the 1st comprehensive draft except if the earlier comments are copied in the new comments.

DRAFT

The Drafting Group looks forward to reading your comments and discussing them with you in the next Commission meeting.

Regards,

Dr. Georges Affaki
Chair

DRAFT

1	Article 1	Application of the URDG	5
2	Article 2	Definitions	7
3	Article 3	Interpretation of the rules	15
4	Article 4	Interpretation of the guarantee	15
5	Article 5	Independence of guarantee and counter-guarantee	17
6	Article 6	Documents v. goods, services or performance	18
7	Article 7	Non-documentary conditions	18
8	Article 8	Content of instructions and guarantees	19
9	Article 9	Instructions not taken up	20
10	Article 10	Advising of a guarantee and amendments	21
11	Article 11	Amendments	22
12	Article 12	Extent of the guarantor's liability under the guarantee	24
13	Article 13	Reduction or increase of amount of guarantee	24
14	Article 14	Commencement date for presentation of demand	25
15	Article 15	Presentation	25
16	Article 16	Content of demand	26
17	Article 17	Information about demand	28
18	Article 18	Separateness of each demand	30
19	Article 19	Partial demand and multiple demands; amount of demands	30
20	Article 20	Standard for examination of documents	32
21	Article 21	Time for examination; payment and place for payment	34
22	Article 22	Currency of Payment	35
23	Article 23	Transmission of copies of complying demand	37
24	Article 24	Discrepant Documents, Waiver and Notice	38
25	Article 25	Disclaimer on effectiveness of documents	39
26	Article 26	Disclaimer on transmission and translation	40
27	Article 27	Disclaimer for acts of another party	40
28	Article 28	Force majeure	40
29	Article 29	Indemnity in respect of foreign laws and usages	42
30	Article 30	Limits on exemption from liability	42
31	Article 31	Liability for charges	42
32	Article 32	Extend or pay	43
33	Article 33	Transfer of guarantee and assignment of proceeds	45
34	Article 34	Reduction and termination of guarantee	48
35	Article 35	Governing law	50
36	Article 36	Jurisdiction	51

DRAFT

Article 1 Application of the URDG

a. The Uniform Rules for Demand Guarantees, [2009] Revision, ICC Publication no. [758] ("URDG") are rules that apply to any demand guarantee or counter-guarantee when the text of the demand guarantee or counter-guarantee expressly indicates that it is subject to these rules. They are binding on all parties thereto except to the extent that they are expressly modified or excluded by the demand guarantee or counter-guarantee.

b. Nothing in these rules shall preclude their taking effect as trade usage or by implication from a consistent course of dealing between the parties to the demand guarantee or the counter-guarantee where so provided by the applicable law, even where there is no reference to the rules.

c. Where, at the request of the counter-guarantor, a demand guarantee is issued subject to the URDG, the counter-guarantee shall also be deemed to be subject to the URDG unless specifically stated otherwise. However, a demand guarantee does not become subject to the URDG merely because the counter-guarantee is subject to the URDG.

d. Where, at the request or with the agreement of the applicant/instructing party, a demand guarantee or a counter-guarantee is issued and is subject to the URDG, the applicant/instructing party is deemed to have accepted the rights and obligations of the applicant/instructing party set out in these rules.

e. Where the demand guarantee or counter-guarantee is issued on or after [*date of entry into effect of revised URDG 758*], and states that it is subject to URDG without stating whether the 1992 version or the 200[9] revision is to apply or the publication number, the demand guarantee or counter-guarantee is deemed to be subject to URDG 200[9] revision.

DRAFT

Explanatory Note:

- Each of paragraphs (a), (b) and (c) provide a different and separate cause of application of the URDG to a guarantee or a counter-guarantee. They are not cumulative.

- Paragraph (a) is a reminder that, as for any set of contractual rules, parties can modify the URDG or exclude any of their provisions by an explicit clause to that effect in the guarantee or the counter-guarantee. However, parties are cautioned against the imbalance consecutive to a selective exclusion of one or more of the articles of URDG.

- Paragraph (b) acknowledges that the URDG, like any other set of ICC rules (UCP, Incoterms, etc.) can also apply even where not expressly incorporated in the guarantee if a judge or an arbitrator deems them to express trade customs and commercial usage in the matter of the dispute in hand and where the applicable law provides for their application as such. In that case, the URDG would be deemed to be part of the guarantee by implication. This paragraph does not dictate a mandatory application of the URDG to a guarantee or a counter-guarantee absent express incorporation. It leaves the matter to the applicable law and to the discretion of the judge or the arbitrator. In other words, paragraph (b) is predicated upon (i) the applicable law considering that trade usages are part of commercial dealings and (ii) a judge or an arbitrator considering that the URDG are a compendium of trade usages in the relevant sector. Paragraph (b) merely seeks to set aside any erroneous reading that might lead to considering that the URDG cannot be referred to by the parties, a judge, or an arbitrator, including as an aid for interpretation, absent express incorporation.

- Paragraph (c) attempts to deal with the situation of asymmetrical guarantees. In essence, if a counter-guarantor asks a guarantor to issue a guarantee subject to the URDG, but does not refer to the URDG in the counter-guarantee itself, then the counter-guarantee shall be deemed to be subject to the URDG. However, this rule does not work both ways. Thus, if a counter-guarantee is stated to be subject to the URDG, but says nothing about the incorporation of the URDG in the guarantee to be issued, the URDG cannot be deemed to apply to the guarantee. Any different rule risks becoming a trap to the beneficiary. However, if the guarantor takes the initiative (as opposed to being requested by the counter-guarantor) of incorporating the URDG in the guarantee, paragraph (c) does not apply and the counter-guarantee is not deemed subject to the URDG.
  We acknowledge that there may be a risk of seeing a counter-guarantor claiming that it is not bound by paragraph (c) or, indeed, by the URDG as a whole absent an incorporation in the counter-guarantee. Nonetheless, we chose to add paragraph (c) which we consider as the most appropriate remedy to the problem of asymmetrical guarantees. In the interest of promoting a better practice of guarantees, we hope that the sound policy that paragraph (c) promotes will gain general support rapidly so as to prevail over any argument of inapplicability.

- Paragraph (d) does not suggest that the URDG equally apply to the application or that the relationship between the applicant and the guarantor turns into a demand guarantee of its own. For example, a guarantor seeking reimbursement is not expected to abide by article 16 and issue a statement of breach of its own. The purpose of paragraph (d) is different. Indeed, the URDG create a number of rights to the benefit of the applicant and, where different, the instructing party (e.g. rights to information) and set up a number of duties (e.g. reimbursing the guarantor for the consequences of foreign laws and usages). To the extent that the applicant or the instructing party chooses to ask for a URDG guarantee to be issued, that

DRAFT

applicant or the instructing party has to accept also the set of rights and duties that the rules provide for him. This is what paragraph (d) seeks to achieve. Paragraph (d), like any other article of the rules, can be excluded.

- "With the agreement" in the first line of paragraph (d) aims to cover the case where the applicant or the instructing party and the guarantor have agreed on the application of the URDG in an agreement other than the application itself, typically in a set of general business conditions. Obviously, in the absence of any agreement anywhere to apply the URDG, the reference by the guarantor to the URDG in the guarantee does not bind the applicant or the instructing party and does not trigger the application of paragraph (d).

- Paragraph (e) covers the transition period. Contrary to UCP where no rule on the transition period was thought necessary because SWIFT provided for such a transition (all documentary credits issued on or after 1st July 2007 were deemed to be governed by UCP 600 unless a prior version was explicitly chosen), the URDG Drafting Group considers that a smooth and efficient transition from URDG 458 to URDG 758 necessitates such a rule. This is the more important where the proportion of demand guarantees issued through SWIFT is substantially lower than that of documentary credits.

Article 2 Definitions

For the purpose of these rules:

advising party means the party that advises the guarantee at the request of the guarantor;

Explanatory Note

Demand guarantees are regularly issued by non-banks. In fact, some counter-guarantee/guarantee chains do not involve banks at all, without in anyway undermining the useful economic purpose of demand guarantees in industry or trade. In light of this finding, the Drafting Group elected as a drafting policy to use the neutral term "party" instead of "bank" throughout the draft, including in situations where the functional role considered in a rule makes sense only when performed by a bank, as is the case for advising a guarantee. Whether or not the issuance by a non-bank of guarantees as a routine practice breaches national laws or regulations on banking activities is not a matter for ICC rules to decide.

applicant means the party indicated in the guarantee as having its underlying obligation supported by the guarantee.

Explanatory Note

DRAFT

- The new definition of applicant avoids what turned out to be too restrictive an approach in the first comprehensive draft where only a party expressly named as "applicant" in the guarantee would be the applicant according to the definition. This second comprehensive draft chooses instead a functional standard that also underlines the importance of the function of a guarantee supporting an underlying obligation. For the avoidance of doubt, a party named as "applicant" in a guarantee is covered by the definition of applicant in the rules.

- The definition of "applicant" has to be read in conjunction with the definition of "instructing party" which appears below in this article. It seeks to capture and regulate a widespread practice so far not covered in the URDG. Frequently, parent companies apply to a bank for the issuance of a guarantee in the name of an affiliate or other business relationship, party to a commercial agreement with the beneficiary. Absent the application by that parent company and its availing itself of lines of credit available to it, the limited credit-worthiness of the affiliate would be unlikely to persuade a bank to take the credit risk associated with the issuance of the guarantee. Other reasons leading to the division of the role of the named applicant and the instructing/reimbursing party include the internal organization of a group of companies where a financial holding company handles all banking credit lines and another entity the supply chain. The problem arising out of leaving this practice outside the rules is that guarantors are often perplexed as to which party to liaise with in the case of an amendment, a waiver of discrepancies or an information duty. The revised rules attempt to deal with this situation by allocating the roles of the parties in a clear manner that dispenses with lengthy drafting and specialist advice. This dichotomy also prompted the use of "the party named" in the definition of applicant instead of "on whose behalf" or "at the request of which" which would not have been easy to identify in the case of an instructing party requesting the issuance of a guarantee in the name of the applicant.

- URDG 458 used the term "principal". Feedback from the market showed, however, a preponderant use of the term "applicant" in guarantee practice in line with documentary and standby credit practice (in the case of one European bank, approximately 95% of issued and received guarantees and counter-guarantees referred to applicant). Given that the three instruments are often managed in the same department of companies or small and medium size banks, and that both terms refer to the same party, this draft elects to refer to "applicant" instead of URDG 458 term "principal".

application means an application for the issue of a guarantee;

beneficiary means the party in whose favour a guarantee is issued;

business day means a day on which the place of business where an act subject to these rules is to be performed is regularly open for the performance of such an act;

Explanatory Note

DRAFT

- In today's around-the-world, around-the-clock banking service, global banks are open without interruption. This definition seeks to indicate that only opening hours of departments performing acts and services relating to demand guarantee business are to be taken into account for the purpose of identifying a "business day" as defined in the rules. For example, where a branch conducting demand guarantee business is open for deposits from 9:00 a.m. to 9:00 p.m., but conducts guarantee-related services only from 9:00 a.m. to 5:00 p.m., a "business day" as defined in the rules would only mean the period spanning 9:00 a.m. through 5:00 p.m.

- A necessary corollary of the independence of the guarantee from the counter-guarantee, "business day" should be ascertained separately in relation to each of the guarantee and counter-guarantee according to the place of business where the relevant act is to be performed. Accordingly, a day which is a "business day" at the place of business for the purpose of the guarantee might not be a "business day" under the counter-guarantee.

complying demand under a guarantee means a demand that is in accordance with the terms and conditions of that guarantee, these rules and international standard demand guarantee practice so far as not inconsistent with the guarantee or these rules;

Explanatory Note

- This is an important definition that brings into the rules the novel concept of "international standard demand guarantee practice so far as not inconsistent with the guarantee or these rules", quite familiar to UCP users. For a demand to be a complying demand it needs first and foremost to be presented in conformity with the terms of the guarantee. This covers the content of the demand and any statement or document required in the rules or in the guarantee. The rules supplement the guarantee and are themselves supplemented by international standard demand guarantee practice so far as not inconsistent with the URDG. This enumeration seeks to establish a hierarchy in the normative sources according to which conformity is to be assessed. In other words, no demand is to be declared a complying demand if it shows a discrepancy with the terms of the guarantee even if that discrepancy were to be acceptable according to a practice deemed to be an international standard demand guarantee practice. Similarly, a demand should not be rejected on the basis of international standard demand guarantee practice if it fully meets the requirements of the demand guarantee. Accordingly, the new concept of "international standard demand guarantee practice so far as not inconsistent with the guarantee or these rules" aims to offer the parties an aid to assessing the conformity of a demand where the disputed issue is not covered specifically in the terms of the guarantee or in the URDG (which do not purport to be exhaustive). As such, it is hoped that, like in the case of ISBP under UCP, the new standard will decrease the rejection of demands, render demand guarantee practice less litigious and promotes international harmonization by avoiding solutions based only on local practices.

- It is also hoped that the new standard will send a strong message to the courts to refer to international guarantee practice as an aid for interpretation, not local practice (to the extent there is a difference). The above has no bearing on the procedural or substantive law that a court shall apply to a dispute.

DRAFT

- At this stage, contrary to UCP 600, it was thought that the concept of international standard demand guarantee practice has to be qualified by the phrase "so far as not inconsistent with the guarantee or these rules", outside which the contended practice should not be considered. The reason is that the limited number of Opinions under the URDG so far approved do not yet enable parties to identify with certainty a body of international standard demand guarantee practice, although such a body (should it be identified in the future) should never be considered as an exhaustive compendium nor be limited to Opinions approved by the Banking Commission. A codification of international standard demand guarantee practice similar to ISBP should be considered in the future.

- Out of the 11 sets of comments that addressed this new standard, seven disagreed with it essentially because it was considered that the new standard did not refer to sufficiently distinct a body of practices. As indicated above, the new standard is not intended (nor should it ever be considered) as a definite or exhaustive body of rules, just like the codification of ISBP under UCP is not exhaustive either. Accordingly, the Drafting Group invites commentators on this second comprehensive draft to express clearly in their comments their support or rejection of the new concept of "international standard demand guarantee practice so far as not inconsistent with the guarantee or these rules" as an aid for the assessment of the conformity of a demand.

- Substituting "supporting statement" with "accompanying statement" (which are the terms now used in URDG 458) seeks to cover the case where the required statement is presented after the demand is made, but before the expiry of the guarantee or the guarantor's rejection of the demand as incomplete. "Supporting statement" includes, but is not limited to, any accompanying statement.

- In the definition of "complying demand", "demand" is defined in article 2 below that includes, in addition to the demand itself, any supporting statement and other document required by the guarantee.

counter-guarantee means any written undertaking, however named or described, given by the counter-guarantor to the guarantor and providing for payment upon the presentation of a complying demand under the counter-guarantee;

Explanatory Note

- The use of the terms "to the guarantor" as opposed to "intended guarantor" or "guarantor to be", which would have better reflected the sequential order of issuance, seeks to express strongly the view that no counter-guarantee should be available for a drawdown until a guarantee is actually issued (hence the fact that the issuer of the requested guarantee becomes a "guarantor" only when it has acted upon the instructions given to it and issued the guarantee). The Drafting Group did not feel it could go as far as spelling out in the definition that no demand can be presented under the counter-guarantee until the guarantee is actually issued. The reasons are two-fold. First, this could call into question the independence of the counter-guarantee. Secondly, it raises issues of fraud or unfair calling that URDG do not deal with. It is left to the parties to agree that a demand under the counter-guarantee shall be accompanied by a documentary proof of the issuance of the guarantee.

DRAFT

- In the case of a chain of counter-guarantees, each counter-guarantee shall be a separate undertaking to which the above definition shall apply.
- Also, compared to URDG 458 article 2(a)(ii), the definition of counter-guarantee is shorter. Specifically, the "given on the application and under the liability of another party ("the principal") and" was deemed unnecessary because even if the counter-guarantee were to be issued without a valid application, or an application that is void, or in case of issuance for issuer's own account, the counter-guarantor is still committed.

counter-guarantor means the party issuing a counter-guarantee, including an issuer acting for its own account;

Explanatory Note

- "issuer" is not meant to have a particular meaning in the rules and therefore needs not be defined. It is simply the person that issues.
- "an issuer acting for its own account" covers the case of a two-party counter-guarantee where the applicant and the counter-guarantor are the same person.

demand means a written demand for payment under a guarantee, including any supporting statement contained in the demand;

demand guarantee or guarantee means any written undertaking, however named or described, providing for payment upon the presentation of a complying demand;

determination from the guarantor's own records means determination of:

a. when, where, and how documents are presented to the guarantor;

b. when, where, and how communications affecting the guarantee are sent to or received by the guarantor; and

c. amounts transferred by the guarantor or into accounts maintained with the guarantor;

document means a signed or unsigned record of information that can be examined for compliance with the terms and conditions of the guarantee;

DRAFT

expiry means the earlier of the expiry date and the expiry event;

expiry date means the latest date specified in a guarantee on or before which a complying demand must be presented;

Explanatory Note

The definition of expiry date covers both a specific calendar date, e.g. 28 January 2009, and the end of a period of time, e.g. six months from the date of issue.

expiry event means an event which by the terms of the guarantee results in its expiration, for which purpose the event is deemed to have occurred only at the time of the earlier of:

a. presentation to the guarantor of a document indicating the occurrence of the event, and

b. the occurrence of the event becoming determinable from the guarantor's own records;

Explanatory Note

- Under paragraph (a), it is the presentation of the document, not the date of the event it describes, that carries expiry. Take as example the case of a guarantee that is stated to expire upon the arrival of the goods as evidenced by the presentation to the guarantor of a customs certificate. The goods arrive on February 1, but the customs certificate is presented only on February 5. The guarantee expires on February 5 even if the certificate presented to the guarantor indicates that the goods have arrived on February 1. Accordingly, "the event is deemed to have occurred only at the time of the (…) presentation" means regardless of when the event has actually occurred.

- For the purpose of ascertaining the occurrence of the expiry event under paragraph (a) in the definition above, the presentation of any document susceptible to fulfill that task is acceptable, even if that document is not explicitly required in the guarantee.

- "event becoming determinable from the guarantor's own records" is a self-explanatory concept but is further elaborated in article 3(c) below. It seeks primarily to make demand guarantee practice less robotic and is a necessary adjunction to the new rule on non-documentary conditions (article 7). It typically includes the issuance by a bank guarantor of a wire transfer, the receipt of funds on a deposit account maintained with a bank guarantor, the issuance or the receipt by the guarantor of a letter of credit and the

DRAFT

presentation to the guarantor of documents thereunder, or the identification of a rate on a publicly available index (interest rate, commodity price, etc.). Events requiring the guarantor to undertake a factual investigation to ascertain whether the event has occurred are not events that are determinable from the guarantor's own records for the purpose of paragraph (b).

- The draft leaves it to the applicable law to determine the actual date when a payment is deemed to have occurred where local law or banking customs add value dates to the date of the actual receipt of the funds on the account.

guarantee, see **demand guarantee;**

guarantor means the party issuing a guarantee, including an issuer acting for its own account;

Explanatory Note

Like in the UCP, the URDG do not exclude a demand guarantee from their scope merely because it is a two-party guarantee where the guarantor is acting for its own account. Whether or not the guarantor is estopped from availing itself against the beneficiary of all or part of the defenses that would have been available to it as applicant and stemming from the underlying relationship is left to the applicable law.

instructing party means the party who gives instructions to issue a guarantee and is responsible for indemnifying the guarantor. The instructing party may or may not be the applicant;

Explanatory Note

- This definition has to be read in conjunction with the definition of "applicant" above in this article. The two terms cover all situations where a party, other than the party named as applicant in the guarantee, asks the guarantor to issue a guarantee and commits to reimburse the guarantor following payment of the guarantee.

- It is important to read the word "instructing party" throughout the draft as the party that instructs the counter-guarantor (or the guarantor if no counter-guarantee is to be issued) to issue a counter-guarantee and undertakes to indemnify the counter-guarantor when a complying demand is presented. As such, the term has a different meaning from the one ascribed to it in URDG 458, which is essentially that of counter-guarantor.

DRAFT

- Where the applicant and the instructing party are one and the same person, the distinction becomes irrelevant and a reference to either of the applicant or the instructing party throughout the rules should be considered as a reference to that same person. However, the revised URDG do not address situations where both the applicant and the instructing party jointly undertake to indemnify the guarantor. This is usually done through tripartite agreements bringing together all three parties in a binding deed. Those agreements are quite sophisticated and generally cover the rights and duties of the parties, including whether the guarantor should approach the applicant or the instructing party, or both, for a waiver of discrepancies (article 24(b)). Agreements of this type would also be expected to address cases where one of these parties consents to the waiver while the other remains silent or insists on strict compliance. The URDG leave it to the parties to agree in the relevant agreement on the detailed treatment of such issues. The URDG cover only the situation where one of the two parties, i.e., the instructing party, but not the applicant, undertakes to indemnify the guarantor and allocate the ensuing rights and obligations accordingly.

- The definition uses the word "indemnifying" as opposed to "reimbursing" because the guarantor should be entitled to seek payment from the instructing party or the counterguarantor when that guarantor has presented a conforming demand. By contrast, reimbursement, as a matter of normal language, would mean that the guarantor would have had to pay first under the guarantee before being able to demand payment from the instructing party or the counterguarantor.

presentation means either the delivery of a demand or other documents under a guarantee to the guarantor, or the demand or documents so delivered;

Explanatory Note

- It is the delivery of the demand to the guarantor that matters, not its sending by the beneficiary.

- The reference to "other documents" is meant to underline that "presentation" is not limited to a demand, but covers all presentation of documents for all other purposes in the lifecycle of the guarantee, including reduction of amount, expiry, etc.

presenter means a person who makes a presentation as or on behalf of the beneficiary or the applicant/instructing party, as the case may be;

Explanatory Note

A presentation can be made either by the beneficiary named in the guarantee, a transferee, an attorney, agent, proxy or representative of that beneficiary acting on its behalf, including an advising bank, or the like. It can also be made by the applicant/instructing party if the presentation is made for a purpose other than a demand, e.g. reduction of amount.

DRAFT

Where the presentation consists of a demand, only the beneficiary can sign the demand. A presenter other than the beneficiary will only physically deliver the demand.

record of information means a record that is either in paper form or electronic and capable of being reproduced in tangible form;

supporting statement means the statement referred to in either article 16 (a) or article 16 (b);

writing and **written** mean a signed record of information, including information communicated by authenticated teletransmission. A record may be signed by handwriting, facsimile signature, perforated signature, stamp, symbol or other mechanical or electronic method of authentication.

Explanatory Note

A written record of information is considered as authenticated when it indicates by reasonable means a person's approval of the record. In the absence of an authentication system, a demand for payment presented by fax does not comply with the URDG. An e-mail would comply if authenticated electronically.

Article 3 Interpretation of the rules

For the purpose of these rules:

a. branches of a guarantor in different countries are considered to be separate entities;

b. a guarantee includes a counter-guarantee and a guarantor a counter-guarantor, except as otherwise indicated;

c. a guarantee or amendment is issued when it leaves the control of the guarantor.

Article 4 Interpretation of the guarantee

DRAFT

a. A guarantee is irrevocable on issue even if there is no indication to that effect.

b. Reference to a "demand" in a guarantee shall be construed as requiring a demand in writing even if not so stated.

c. The terms “from”, "to", "until", "till" and “between”, when used to determine the date when a demand may be presented, the expiry date or any date relevant for the purpose of calculating a time period in the guarantee or in a document required in the guarantee include the date or dates mentioned, and the terms "before" and "after" when so used exclude the date or dates so mentioned.

d. The term “within”, when used in connection with a period after a given date or after the occurrence of a given event, excludes that date but includes the last date of that period.

e. Terms such as "first class", "well known", "qualified", "independent", "official", "competent" or "local" when used to describe the issuer of a document allow any issuer except the beneficiary and the applicant to issue that document.

Explanatory Note

- This article brings into the URDG a number of rules of interpretation that the 2006 revision brought into the UCP. However, it is not an integral copy of UCP 600 article 3 as a number of rules were deemed irrelevant in the context of demand guarantees where no documents of title are generally required and originals rarely presented.
- In paragraph (a), the Drafting Group considered, but decided against, defining the word “irrevocable”, or substituting it with words such as “shall not be amended or cancelled”. It was felt that “irrevocable” is now widely understood thanks in large to UCP and URDG.
- As in the case of UCP, paragraph (e) excludes the beneficiary from the benefit of the rule therein indicated. Accordingly, if a guarantee requires the beneficiary to present a certificate signed by an “independent” party, the beneficiary cannot substitute itself and sign that certificate.

DRAFT

- The reason for adding "and the applicant" in paragraph (e). is that, unlike documentary credits, demand guarantees can sometimes require the applicant to present one or more documents the effect of which would be to create or extinguish a right under the guarantee. An example is the case of advance payment guarantees, where it is typical to include a reduction clause that requires the presentation by the applicant of a document stating the state of advancement of the works or the delivery of the goods. If the bracketed terms are to be excluded, the URDG would allow the applicant to itself issue a certificate where the guarantee has required the presentation of a certificate issued by an independent surveyor. While paragraph (d) is derived from UCP 600 article 3, the issue herein raised is novel as documentary credits do not foresee the presentation of documents by the applicant.

- In paragraph (e), "independent" does not apply to the nature of the guarantee, but only to the description of the issuer of a document.

Article 5 Independence of guarantee and counter-guarantee

a. A guarantee is by its nature independent of the contract, application, tender conditions or other underlying relationship on which it may be based. A reference, howsoever made, to such contract, application, tender conditions or relationship in the guarantee does not change its independent nature. Consequently, the undertaking of a guarantor to pay under the guarantee is not subject to claims or defences by the applicant or the instructing party resulting from its relationships with the guarantor or the beneficiary.

b. Similarly a counter-guarantee is by its nature independent of the guarantee to which it relates, and of the contract, application, tender conditions or other underlying relationship on which it may be based, and the counter-guarantor is in no way concerned with or bound by such relationship. A reference in the counter-guarantee, howsoever made, to such guarantee, contract, application, tender conditions or relationship does not change its independent nature. Consequently, the undertaking of a counter-guarantor to pay under the counter-guarantee is not subject to claims or defences by the applicant or the instructing party resulting from its relationships with the counter-guarantor or the beneficiary.

DRAFT

Explanatory Note

The added sentence to the original drafting of URDG 458 article 2(a) and (b), underlining the absence of impact on the independent nature of a URDG guarantee of a reference therein to the underlying contract, addresses the troublesome tendency of some courts to read in that reference an accessory link between the contract and the guarantee. This has led some courts to characterize the guarantee as an accessory guarantee. Such a mistaken reading should be discouraged. Not only is a URDG guarantee an independent undertaking, but a reference therein to the underlying contract is strongly recommended as a means of individualizing the guarantee and avoiding a drawdown for a reason unrelated to the contract that prompted its issuance.

Article 6 Documents v. goods, services or performance

Guarantors deal with documents and not with goods, services or performance to which the documents may relate.

Article 7 Non-documentary conditions

A guarantee should not contain a condition without stipulating a document to indicate compliance with that condition. If the guarantee does not stipulate any such document and the fulfillment of the condition cannot be determined:

a. by the presentation to the guarantor of a document indicating the occurrence of the event,
b. from the guarantor's own records, or
c. from an index, or another record of information, stipulated in the guarantee,

then a guarantor will deem such condition as not stated and will disregard it.

Explanatory Note

- Non-documentary conditions have long plagued the practice of demand guarantees by requiring guarantors to step out of their independent role and examine facts relating to contracts to which they are not a party. The silence of URDG 458 as to the fate of such conditions created a disturbing inconsistency with

DRAFT

documentary credit practice, often managed in the same department of banks or companies, where such conditions are deemed under UCP as not stated.

- Under revised paragraph (a), any document presented to the guarantor that the guarantor can link to the event and that evidences the occurrence of that event will be deemed as fulfilling the condition, even if that document is not explicitly required in the guarantee. We preferred this option to the one that would have restricted presentation only to documents required in the guarantee, which would have had the effect of increasing the number of non-documentary conditions with no effect. Furthermore, this option aligns the rule in article 7(a) with the definition of expiry event where any document stating the occurrence of the expiry event can be presented, even if not explicitly required in the guarantee.

- To avoid too rigid an application of the URDG, draft paragraph (b) proposes that a non-documentary condition whose occurrence can be evidenced from the guarantor's own record be given effect as an exception to the general rule that deems such a condition as not stated. Determination from the guarantor's own records contrasts with any investigation of facts that the guarantor (or the counter-guarantor as concerns the counter-guarantee) would have to undertake to ascertain the occurrence of the stated condition. The guarantor cannot be required to undertake a fact-finding investigation and the condition would in such a case be deemed not stated. Determination from guarantor's own records typically include ascertaining payments to or out of deposit accounts maintained with the bank guarantor, the issuance, payment or presentation of documents under a letter of credit issued by the guarantor, dates, interest rates, etc. The determination of the occurrence of such events from the guarantor's own records is particularly helpful in streamlining the ascertainment of the entry into effect of advance payment guarantees, the occurrence of expiry events, or reduction of amount events. In determining the occurrence of an event from its own records, the guarantor is expected to also examine the records available to or with departments other than the guarantee department in its own branch, typically the documentary credit department or the relevant deposit account department. Whether or not a guarantor is expected to also examine the records of its other branches, including abroad, is a matter left to the applicable law.

- Several sets of comments on the first comprehensive draft queried the meaning of "index" in paragraph (c). Indexes are well known to the banking world. They would typically show the variation (increase or decrease) in the prices or value of commodities, shares, etc., since a chosen 'base' period. Examples include publicly-quoted commodity prices, cost of living index, consumer spending index, etc. To avoid a dispute as to whether the index selected to evidence the event is appropriate, paragraph (c) was revised to restrict the eligible index only to one that is stipulated in the guarantee (or the counter-guarantee as concerns conditions in the counter-guarantee). It is assumed that the applicant would only stipulate in the instructions, and the guarantor in the guarantee, an index that the applicant and the guarantor are in a position to ascertain. The same holds true as concerns the beneficiary who would have accepted the guarantee, including implicitly by performing an act under that guarantee. This restriction contrasts with paragraph (a) where any document evidencing the event can be presented, including one that is not required in the guarantee.

Article 8 Content of instructions and guarantees

DRAFT

All instructions for the issue of guarantees and amendments thereto and guarantees and amendments themselves should be clear and precise and should avoid excessive detail. It is recommended that all guarantees specify:

a. the applicant;

b. the beneficiary;

c. the guarantor;

d. a reference number or other information identifying the underlying transaction;

e. the amount or maximum amount payable and the currency in which it is payable;

f. the party liable for the payment of any commissions, fees, costs or expenses;

g. the expiry of the guarantee;

h. any terms for demanding payment other than those required by article 16;

i. whether a demand or other document must only be presented in paper or electronic form.

Explanatory Note

- This article sets out mere recommendations and best practices, much like the similar provision in the Uniform Rules for Collections Article 4b. A demand guarantee can still be a valid URDG guarantee if items (d), (f), (g), or (h) are not stated. Nevertheless, it is recommended that items (d), (f), (g), and (h) be specified in the guarantee or counter-guarantee.
- Paragraph (d) is further detailed in article 16(e) below.
- New paragraph (i) refers to article 15(b).

Article 9 Instructions not taken up

Where, at the time of instructions for the issue of a guarantee, the guarantor for any reason, whether relating to the law or regulation in the country of issue or otherwise, is not prepared or is unable to issue the guarantee, the guarantor should without delay so inform the party that gave the guarantor its instructions by telecommunication, or, if that is not possible, by other expeditious means.

DRAFT

Explanatory Note

- Article 9, like article 7(a) in URDG 458, is probably unenforceable because it requires a conduct at a time when the guarantee has not been issued yet with the result that the rules are not yet binding on the guarantor. Nonetheless, the Drafting Group retained it as a restatement of best practices. The case is different when issuing an amendment to an already issued guarantee. The corresponding rule is to be found in newly added paragraph (b) to article 11.

- URDG 458 article 7(b) has been deleted because it was considered unnecessary. This deletion should not be interpreted as suggesting that the guarantor could be obliged to issue a guarantee where it has not agreed to do so, for example as a result of a course of dealing. URDG 458 article 7(b) was never intended to cover that situation. It applies strictly to the case described in URDG 458 article 7(a) and should not be extrapolated beyond that case.

- In this article, as well as in article 11, we changed "immediately" to "without delay" to streamline the drafting style and have one uniform standard: without delay, consistent with UCP 600.

Article 10 Advising of a guarantee and amendments

a. A guarantee or an amendment may be advised to a beneficiary through an advising party. By advising a guarantee or an amendment, whether directly or by utilizing the services of another party ("second advising party"), the advising party signifies to the beneficiary that it has satisfied itself as to the apparent authenticity of the guarantee or amendment and that the advice accurately reflects its terms and conditions. An advising party advises a guarantee or an amendment without any additional undertaking whatsoever.

b. The second advising party, by advising a guarantee or an amendment , signifies that it has satisfied itself as to the apparent authenticity of the advice it has received and that the advice accurately reflects the terms and conditions of that guarantee or amendment.

c. A guarantor utilizing the services of an advising party or a second advising party, as well as an advising party utilizing the services of a second advising

DRAFT

party, to advise a guarantee must use the same party to advise any amendment thereto.

d. If a party is requested to advise a guarantee or an amendment but elects not to do so, it must so inform, without delay, the party from which that guarantee, amendment or advice has been received.

e. If a party is requested to advise a guarantee or an amendment but cannot satisfy itself as to the apparent authenticity of that guarantee, amendment or advice, it must so inform, without delay, the party from which the instructions appear to have been received. If the advising party or second advising party elects nonetheless to advise that guarantee or amendment, it must inform the beneficiary or second advising party that it has not been able to satisfy itself as to the apparent authenticity of the guarantee, amendment or advice.

Explanatory Note

- This article, new to the URDG, acknowledges the widespread practice of advising guarantees. It mirrors UCP 600 article 7 with, however, an important difference. The draft elects in paragraph (a) to extend to the beneficiary the warranty of authenticity that the advising party is deemed to issue, including where that advising party uses the services of a second advising party. This avoids the situation where the beneficiary is left with only the second advising party's warranty of authenticity of the first advice, but not of the guarantee itself, therefore prompting a chain of claims.
- Article 27(d) in this draft deals with the payment of advising charges.

Article 11 Amendments

a. A guarantee cannot be amended without the agreement of the beneficiary and except in accordance with the terms of the guarantee.

b. Where, at the time of instructions for the issue of an amendment to the guarantee, the guarantor for any reason, whether relating to the law or regulation in the country of issue or otherwise, is unable to issue that

DRAFT

amendment, the guarantor shall without delay so inform the party that gave the guarantor its instructions by telecommunication, or, if that is not possible, by other expeditious means.

c. A guarantor is irrevocably bound by an amendment as from the time it issues the amendment.

d. Except where made in accordance with the terms of the guarantee, an amendment of the guarantee may be rejected by the beneficiary until the time it notifies its acceptance of the amendment or makes a presentation that complies only with the guarantee as amended. As from that time the guarantee will be amended.

e. Partial acceptance of an amendment is not allowed and will be deemed to be notification of rejection of the amendment.

f. A provision in an amendment to the effect that the amendment shall take effect unless rejected within a certain time shall be disregarded.

Explanatory Note

- In paragraph (c), we have added "only" to avoid confusion where the documents presented comply with both the original guarantee and the amendment, which does not allow to determine if the beneficiary has actually accepted the amendment. The problem is particularly acute where the amendment comports several items. For example, upon instruction from the applicant the guarantor shortens the term of the guarantee from 15 May 2008 to 15 April 2008, all other terms and conditions remaining unchanged. The beneficiary does not give his formal agreement to this amendment, but on 10 April 2008 presents a demand for part of the outstanding guarantee amount. Can we consider such presentation as the beneficiary's acceptance of the amendment? What happens if the beneficiary presents another demand on 20 April 2008 for the remaining balance under the guarantee? With the addition of "only", the demand made on 10 April is not an acceptance of the amendment, and the guarantee remains valid until 15 May.

- The combined application of paragraphs (c) and (d) triggers the following result: take for example a guarantee issued with an expiry date on 10 January. If the issuer were to issue an amendment extending the validity to 1 February, but the beneficiary neither accepted nor rejected that

DRAFT

amendment, would the presentation of a demand on 22 January be deemed timely? The answer would be yes, because under paragraph (b), the issuer would be irrevocably bound by its amendment. Accordingly, the guarantee is to be kept in the issuer's books as if the amendment has been accepted. In that example, the issuer is bound by its amendment from the time it leaves its office, unless rejected by the beneficiary. It was felt that any other rule, including one to the effect that the beneficiary becomes bound by an amendment unless it rejects it, risks turning into a trap for the beneficiary.

- Paragraph (d) requires the beneficiary to accept the amendment expressly or by implication. Accordingly, if the guarantor were to become aware, including through the applicant, that the beneficiary had rejected the amendment, the guarantor would still have to wait for the beneficiary to notify the rejection or acceptance of the amendment.

- The guarantor receives a demand, rejects it for valid discrepancies, receives subsequently instructions to amend, and issues the amendment the effect of which is that the discrepancies in the rejected demand would be cured. Does that redeem the rejected demand without the need for a representation by the beneficiary? No, once it is rejected, the demand exists no more even if the guarantor has not yet returned the documents to the presenter. This policy decision is supported by the Drafting Group in the interest of certainty. Parties are free to opt out of it. Furthermore, if the beneficiary has not accepted explicitly the amendment, he will only be deemed to have accepted it when he presents a demand that complies only with the guarantee or counter-guarantee as amended.

Article 12 Extent of the guarantor's liability under the guarantee

A guarantor is liable to the beneficiary only in accordance with the terms specified in the guarantee and in these rules and up to an amount not exceeding that stated in the guarantee.

Article 13 Reduction or increase of amount of guarantee

A guarantee may provide for the reduction or the increase of its amount on specified dates or on the occurrence of a specified event which by the terms of the guarantee results in the variation of its amount, for which purpose the event is deemed to have occurred on the earlier of:

DRAFT

a. the time of presentation to the guarantor at the place of issue, or such other place as is specified in the guarantee of a document indicating the occurrence of the event, and

b. the time the event first becomes determinable from the guarantor's own records or from an index, or another record of information, stipulated in the guarantee.

Article 14 Commencement date for presentation of demand

The beneficiary is entitled to present a demand as from the date of issue of the guarantee or such other date or event as may be provided in the guarantee.

Explanatory Note

This article offers the parties the possibility to separate the issuance of the guarantee from the time as of which a demand for payment can be presented. URDG 458 article 6 refers to this concept as "entry into effect". The draft keeps the concept intact but does not retain those terms which have proven to be difficult to understand in the absence of specialist advice. Instead, the draft elects to describe the concept functionally as the time as of which a demand can be presented.

Article 15 Presentation

a. A demand and any other document specified in the guarantee shall be presented to the guarantor at the place of issue, or such other place as is specified in the guarantee, on or before expiry.

b. Where the guarantee does not indicate the medium for the presentation of the demand or other documents, presentation may be made in paper or electronic form or in partly the one and partly the other.

c. Where the guarantee requires the use of a particular mode of delivery of the demand or any other document and does not expressly exclude the use of

DRAFT

another mode, the use of another mode by the presenter shall be effective if the demand or other document is received before expiry.

Explanatory Note

- Although article 15 appears in the section dealing with demand, it was enlarged to cover also documents other than a demand, e.g. documents required for reduction or expiry purposes. The mode of delivery and the medium for such documents raise the same type of question as those raised by the presentation of a demand.

- In paragraph (c), "mode of delivery" does not mean paper or electronic support of the demand, which is dealt with in paragraph (b). It denotes rather the conveyance means chosen by the beneficiary to present the demand, i.e. registered mail, courier, etc. The purpose of the new rule in paragraph (c) is to alleviate any undue rigidity that may lead to the rejection of an otherwise complying demand because that demand has been presented through a mode of delivery other than the one indicated in the guarantee (for example, registered mail instead of courier). For the avoidance of misunderstanding, if the beneficiary (or the guarantor acting under a counter-guarantee) chooses to avail itself of paragraph (c) and, accordingly use a mode of delivery other than the one specified in the guarantee, that alternative mode should still meet the authentication requirement of written demands. Should, for evidentiary reasons or otherwise, the instructing party or the guarantor require presentation to be made only through the mode of delivery stated in the guarantee, the guarantee should state so.

- In paragraph (b), should the guarantee require the presentation of a demand consisting of paper-supported documents and electronic ones, the three business day period to examine the demand for conformity under article 21 only starts when all required documents are presented. This rule contrasts with ISP 3.02.

Article 16 Content of demand

a. A demand under the guarantee shall, in addition to such other documents as may be specified in the guarantee, be supported by a written statement, whether in the demand itself or in a separate document referring to the demand, indicating in what respect the applicant is in breach of its obligations under the contract, tender conditions or other underlying relationship on which the guarantee may be based.

DRAFT

b. A demand under the counter-guarantee shall be supported by a written statement to the effect that the guarantor has received a complying demand under the guarantee.

c. Paragraph (a) of this article applies except to the extent that it is expressly excluded by the terms of the guarantee. Paragraph (b) of this article applies except to the extent that it is expressly excluded by the terms of the counter-guarantee.

d. Unless the guarantee requires one or more documents to be presented in a specific language, the language of all documents issued by the beneficiary under a guarantee including any demand under the guarantee and separate supporting statement shall be that of the guarantee.

e. A demand must identify the guarantee under which the demand is made, for example by stating the issuer's reference number for the guarantee. If it does not, the time for examination of the demand indicated in article 21 shall commence on the date of identification. Nothing in this paragraph shall result in an extension of the guarantee.

Explanatory note

- Paragraph (a) is not meant to contradict nor conflict with the definition of demand in article 2 (which is said to include a statement). It reiterates the requirement that a demand be supported by a statement even where not so required explicitly. Paragraph (a) repeats the requirement of a statement of breach to avoid any misunderstanding or oversight.
- Paragraph (a) keeps the essence of URDG 458 article 19(a). Thus, a demand for payment has to be supported by a statement of breach, even where the guarantee does not explicitly so indicate, unless article 19(a) is expressly excluded. Considered as innovative when adopted in 1991, the requirement of a statement of breach in support of a demand for payment is widespread today and considered as a fair balance between the interest of the beneficiary and that of the applicant. In fact, in the majority of cases, it is noted that an indication of breach, in one form or another, is stated even where the guarantee does not so require.
- Paragraph (a) streamlines the content of the required statement in merging paragraphs (i) and (ii) of URDG 458 article 20(a). Indeed, it was considered that requiring a demand to spell out exactly the terms "the

principal is in breach of his obligations under the underlying contract" is unduly formalistic and may even become rigid where the statement otherwise indicates the respect in which the principal is in breach. For example, a demand indicating that the applicant/supplier delivered the goods after the agreed date or in a state unfit for the intended use should not need, in addition, the statement is spelling out that the applicant/supplier is in breach under the supply agreement. In doing that, draft article 16(a) codifies ICC Banking Commission Opinion No. 612 (2006).

- Other efforts to streamline paragraph (a), compared to URDG 458 article 20(a), led to the deletion of the reference that the supporting statement could be embedded in several documents, and to the redrafting of paragraph (a) to express in a clearer manner that it is the statement that has to refer to the demand in the case of a separate statement, not the opposite as URDG 458 article 20(a) may be read (wrongly) to indicate. Also, whereas URDG 458 required the statement of breach, if not in the demand itself, to accompany the demand, the revised text gives greater flexibility by allowing the statement of breach to follow later. Where the statement of breach is presented later than the demand, the presentation will be considered made only at the later time.

- A demand for payment has to be made in writing (as defined in article 2). The fact that new article 16(a), compared to URDG 458 article 20(a), no longer states expressly such a requirement should not lead to infer that oral demands are acceptable. The requirement of writing has been moved into the definition of "demand" in article 2.

- Compared to URDG 458 article 20(b), new paragraph (b) has been streamlined by deleting the requirement for the guarantor to state that the beneficiary's demand is in accordance with the terms of the guarantee and with paragraph (a) of URDG 458 article 20. An identical result is reached by redrafting paragraph (b) to require the statement to state that the guarantor has received a "complying" demand under the guarantee.

- Paragraph (d) deals only with documents issued by the beneficiary (or by the guarantor under a counter-guarantee). It does not cover third party documents, over which the beneficiary has no control. Where necessary, the parties should indicate in the guarantee, or the counter-guarantee, the language in which those third party documents are to be established.

- Paragraph (e) calls for two remarks. First, it applies to both a demand made by the beneficiary under the guarantee and a demand made by the guarantor under the counter-guarantee. Hence the use of the neutral term "issuer". Secondly, it puts on the beneficiary the onus of properly identifying the guarantee under which a demand is presented. This choice reflects the Drafting Group's belief that the beneficiary is in a better position to ensure that the demand it presents meets the requirement of paragraph (e). It follows that the failure to present a complying demand that properly identifies the guarantee before the expiry of that guarantee results in the lapse of the beneficiary's rights under the guarantee. Any other solution, including one that purports to "freezing" the expiry upon presentation of an otherwise complying demand but for the identification requirement, would be unfair for the applicant. The absence of identification of the guarantee in the demand does not make the demand a discrepant demand.

- If some of the documents in the demand can be linked to the guarantee while others (received later) cannot, the whole demand is not identified.

Article 17 Information about demand

DRAFT

a. The guarantor shall inform the instructing party or, where applicable, the counter-guarantor, of a demand under the guarantee, and in that case the counter-guarantor shall inform the instructing party of such demand and of any demand under the counter-guarantee. This does not, however, extend the period mentioned in Article 21.

b. Neither the guarantor nor the counter-guarantor is required to give such information before making payment against a complying demand or rejecting a non-complying demand.

Explanatory Note:

- Paragraph (a) requires the guarantor to inform the instructing party of any demand received from the beneficiary, not only a demand considered to be a complying demand. Instructing parties can indeed legitimately expect to be informed of the presentation of a demand, albeit where that presentation is not followed by actual payment because of discrepancies, as such a demand might express the need for an action to be undertaken vis-à-vis the beneficiary to remedy any dissatisfaction over the applicant's performance of the underlying contract.

- Paragraph (a): we chose to restrict the duty of information to the instructing party, not the applicant. Although it may be argued that the applicant has the commercial relationship with the beneficiary and therefore is more likely to obtain that the demand be withdrawn, it is important to recall that paragraph (a) is not meant to impose a duty before payment is made. That is not its purpose. An instructing party informed of the demand is free to transmit the information to the applicant.

- Paragraph (b) is added to address a misconception that URDG 458 article 17 requires the guarantor to inform the principal before payment. This is not true under URDG 458 and is not true under the revised draft. The added paragraph seeks to dispel this erroneous interpretation. Naturally, guarantors are still entitled to inform the instructing party before making payment should they choose to do so, essentially for commercial reasons, but they have no such duty under URDG and incur no liability towards the instructing party if they do not. New article 17(b) does not modify URDG 458 article 17. It simply spells out more clearly the rule already expressed in URDG 458. This is also the case under UCP.

- One of the reasons why it would not be practical for the URDG to impose a duty of information before making payment while still expecting the guarantor to abide by article 21's [five] business day period is the fact that injunctions (should the applicant seek any) may take more than [five] business days to obtain, which would put the guarantor in a difficult position between the duty imposed by the rules and the on-going proceeding of which it may be aware. This would undermine the predictability and assurance of payment that the rules are designed to secure.

DRAFT

- A mandatory law or a precedent-setting court decision requiring the guarantor to inform the instructing party before payment is made overrides article 17.

Article 18 Separateness of each demand

a. Making a non-complying demand, withdrawing a demand, or failing to make any one of a number of scheduled or permitted demands does not waive or otherwise prejudice the right to make another timely demand whether or not the guarantee prohibits partial or multiple demands.

b. Rejection of a complying demand does not constitute rejection of any other demand under the guarantee.

c. Payment of a non-complying demand, with or without knowledge of its non-compliance, does not waive the requirement in the guarantee for other demands to be compliant.

Explanatory note

- Paragraph (a) is predicated on the fact that a non-complying demand is not a demand. So the beneficiary does not forfeit its right to present subsequently another demand.
- Contrary to paragraph (a), paragraph (b) only applies where a complying demand is wrongfully rejected (if a non-complying demand is rejected, paragraph (a) applies).
- Paragraph (b) does not affect the right of the beneficiary to seek damages for wrongful dishonor of the demand, which is left to the governing law.
- Paragraph (c) includes the case where the guarantor makes payment on the basis of a waiver of discrepancies granted by the instructing party, but also where the guarantor has erroneously made payment against a discrepant demand.

Article 19 Partial demand and multiple demands; amount of demands

a. A demand may be made for less than the full amount available (“partial demand”).

DRAFT

b. More than one demand ("multiple demands") may be made.

c. The statement "multiple demands prohibited" or a similar expression means that only one demand may be made and paid but that it may be for less than the full amount available.

d. Where the guarantee provides that only one demand may be made, and that demand is rejected, another demand can be made before expiry of the guarantee.

e. If a demand exceeds the amount available under the guarantee, the demand is non-compliant. Any separate supporting statement or other document indicating an amount in excess of the amount demanded does not for that reason alone make the demand a non-complying demand.

Explanatory note

- In documentary credit practice, the prohibition of partial demands often seeks to express a prohibition for partial shipments. The case is different in demand guarantees where one rarely sees one or the other prohibitions. Obviously, it is open to the guarantor to express such a prohibition in the guarantee text should there be a need to do so.

- While it is open to the applicant to instruct the guarantor to issue a guarantee that prohibits multiple demands (paragraph c), the parties would be well-advised to refrain from doing so where the underlying contract provides for goods or services to be supplied in instalments. Indeed, faced with such a prohibition, the beneficiary might feel it has no choice but to present a demand for payment for the full guarantee amount, even where the breach relates to only one instalment. No doubt education efforts after the adoption of the revised rules will emphasize the importance of proper drafting.

- Paragraph (d) allows to cure defects in a demand during the validity period of the guarantee. The same applies where a conforming demand is wrongfully rejected. Where the guarantee allows only for one demand, it means that only one conforming demand shall be honoured. This is essentially the case for a demand presented for an amount less than the maximum guarantee amount. The payment of that amounts forfeits the right of the beneficiary to present another demand for the remainder.

- The rule in paragraph (e) was considered as expressing the only workable rule as opposed to one that would have required the guarantor to take the initiative and assume the responsibility of reducing the amount of the demand to the available amount under the guarantee. The perceived difference from the rule provided in article 18(b) of UCP 600 is due to the fact that article 19 of this draft deals with a demand for payment. A demand for "whatever balance left" is not prohibited by the URDG.

DRAFT

Article 20 Standard for examination of documents

a. A guarantor must examine a demand and other documents to determine, on the basis of these alone, whether or not the demand appears on the face of the documents to be a complying demand.

b. Data in a stipulated document, when read in context with the guarantee, the document itself, these rules and international standard demand guarantee practice so far as not inconsistent with the guarantee or these rules, need not be identical to, but must not conflict with, data in that document, any other stipulated document or the guarantee.

c. If a guarantee requires presentation of a document without stipulating by whom the document is to be issued or signed, or its data content, then:

i. if the document is signed, any signature will be regarded as a complying signature;

ii. no indication of name or position of the signatory is necessary ; and

iii. the guarantor will accept the document as presented if its content appears to fulfil the function of the required document and otherwise complies with article 20 (b).

d. A document presented but not:

i. required by the guarantee, or

ii. for the purpose of evidencing a non-documentary condition or the occurrence of an expiry event,

will be disregarded and may be returned to the presenter.

e. Neither the demand nor the supporting statement may be dated prior to the issue date of the guarantee. Any other document may be dated prior to the

DRAFT

issue date of the guarantee but must not be dated later than its date of presentation.

f. A guarantor shall not re-compute a beneficiary's computations under a formula stated or referenced in a guarantee except to the extent that the guarantee expressly so provides.

g. A guarantor will consider a requirement for a document to be legalized, visaed, certified or similar as satisfied by any signature, mark, stamp or label on the document which appears to satisfy that requirement.

Explanatory Note

- Like any other URDG article, paragraph (b) can be excluded if the guarantor does not intend to check the documents for inconsistency. The UCP approach was preferred to the ISP approach which leaves the onus on the issuer (and in effect the applicant) to ask for inconsistencies to be checked. In standbys, it is customary to have detailed checking requirements spelled out in the instrument, not in guarantees. Hence, the usefulness of a rule in the URDG to that effect.
- A document presented under article 7(a) shall not be examined for inconsistency under paragraph (b) because it is not a "stipulated document". The Drafting Group has reviewed Opinion TA644rev (under UCP600) and decided that the type of situations contemplated in that opinion is not representative of demand guarantee practice. Paragraph (b) is therefore a slight departure from UCP.
- A statement of release submitted by the beneficiary shall benefit from the exception provided in paragraph (d)(ii) and, accordingly, shall not be disregarded.
- Paragraph (e) allows for supporting documents (e.g. transport documents, certificate of origin, etc.) to be dated before the issue of the guarantee, but not the statement of breach or the demand itself. While it could be argued that only the date of presentation of the demand matters, regardless of or whichever date it bears on its face, the Drafting Group felt uncomfortable vis-à-vis a predated document that may be presented with a demand.
- Paragraph (g) appears in UCP 600 as a rule of interpretation under article 3. We chose a different approach consisting of drafting it as a disclaimer for document checking purposes in order to avoid this becoming a loophole for the beneficiary to sidestep a legalization requirement. More substantively, the attention of the Drafting Group was drawn to a case where a document could be certified by a stamp printed in a language that the guarantor is unable to read and, as such, does not allow the guarantor to verify if that stamp appears to satisfy the certification requirement. The Drafting Group acknowledges that, contrary to documents issued by the beneficiary where presentation in a particular language can be required, there is traditionally very little latitude for the beneficiary to require a government administration to use a stamp that would meet a particular language requirement. Further, the Drafting Group points out that the same

DRAFT

problem exists under UCP article 3's identical wording. As a tentative solution, the issue is left out of the rules with the understanding that a guarantor could take the initiative of having the stamp language translated for checking purposes or choose to reject the document for failure to present the appearance of satisfying the requirement.

- The Drafting Group considered including a rule on original documents. That rule could either copy the ICC Banking Commission Policy Statement on Originals or the UCP rule on the same (the latter being shorter, but also more limited). Given the preponderance of copies presented in support of demands under guarantees, it was considered that the need for a rule on originals is outweighed by the need to keep the rules focused on the wider and more spread guarantee practices. The Drafting Group is confident that the Banking Commission Policy Statement on Originals can provide useful guidance to the parties and the courts if need be.

Article 21 Time for examination; payment and place for payment

a. A guarantor shall within [three] [five] business days following the day of presentation to determine if a presentation is complying. This period is not curtailed or otherwise affected by the expiry of the guarantee on or after the date of presentation.

b. For the purpose of the preceding paragraph, presentation shall be deemed to have occurred only when the presentation is complete.

c. When a guarantor determines that a presentation is complying, it must pay.

Explanatory Note

- The [three] [five] business day period is an important change from URDG 458. It brings into the rules a safe harbour period during which the guarantor cannot be held liable vis-à-vis the beneficiary as a consequence of the time period used for examining the documents, regardless of the number and complexity of the presented documents. Likewise, the guarantor cannot be held liable either vis-à-vis the applicant or the instructing party should it determine that the demand is a complying demand and accordingly make payment before the lapse of the [three] [five] business day period.

- Commentators on this second comprehensive draft are requested to express their clear preference for either three or five business days. In doing so, they might wish to take into consideration that a five business day period would be aligned with the UCP standard, while the three business day period may be considered as

more adapted to guarantee practice.

Article 22 Currency of Payment

a. A guarantor shall pay a complying demand in the currency designated in the guarantee.

b. If, on any date on which a payment is to be made under the guarantee, it is impossible for the guarantor to make payment in the currency designated in the guarantee or it is illegal under the law of the place for payment to make payment in such designated currency, the guarantor shall make payment in the currency of the place for payment even if the guarantee indicates that payment can only be made in the currency designated in the guarantee. The instructing party, or the counter-guarantor in the case of a counter-guarantee, shall be bound by a payment made in such currency and the guarantor, or the counter-guarantor in the case of a counter-guarantee, may elect to be reimbursed either in the currency in which payment was made or in the currency designated in the guarantee or in the counter-guarantee, as the case may be.

c. Payment or reimbursement in the currency of the place for payment is to be made according to the applicable rate of exchange, including commissions, prevailing there when payment or reimbursement is due.

d. However, if the guarantor has not paid at the time when payment is due, the beneficiary may require payment according to the applicable rate of exchange prevailing either when payment is due or at the time of actual payment.

Explanatory Note

- Article 22 seeks to provide a solution to regrettable disputes that have resulted in lengthy and costly litigation. Indeed, guarantees issued in a non-convertible currency (often reflecting the currency of the guaranteed obligation) gave rise to disputes when the beneficiary presented a demand for payment labeled

DRAFT

in a convertible currency for the countervalue of the guarantee amount. Applicants sometimes considered that payment of the guarantee in a currency different from the one therein indicated, albeit for an exact countervalue, amounted to a breach by the guarantor of the instructions given to it by the applicant and, accordingly, rejected the claim for reimbursement. While it is tempting to allow the guarantor, at its discretion, to pay the guarantee in the currency of the place for payment as an alternative to the currency designated in the guarantee, provided that currency is convertible and the parties have not agreed that payment is to be made only in the currency designated in the guarantee, we considered that many guarantors would not feel comfortable with this discretion and would rather prefer the clear-cut rule directing payment in the currency of the guarantee. If the applicant and the beneficiary have an interest in allowing that option, they should arrange for the guarantee to state so.

- Paragraph (b) addresses the situation where payment in the currency designated in the guarantee becomes impossible or illegal under the law of the place for payment. Impossibility, in this context, does not purport to convey a particular legal meaning that may be ascribed to the concept under one or the other legal systems, but should rather be understood functionally as a matter of normal language. Accordingly, mere hardship, onerousness or impracticability does not amount to impossibility under paragraph (b). An example of a true impossibility as contemplated by paragraph (b) is the enactment after the issuance of the guarantee of exchange regulations in the country of the guarantor the effect of which is to prohibit cross-border payments in the currency designated in the guarantee. Another example is an embargo imposed by government on payments to or from nationals of another State considered hostile to the State imposing the embargo. Paragraph (b) allows the guarantor in those two examples to make payment in the currency of the place for payment even if the guarantee indicates that payment can only be made in the currency designated in the guarantee. Obviously, this option is predicated upon the law applicable to the guarantor allowing such a payment to be made. This would not be the case, for instance, where the impossibility of payment is triggered by an embargo or other form of trade sanctions or a comprehensive exchange regulation that spans all currencies.

- Paragraph (b) does not require the impossibility or the illegality to be permanent.

- Paragraph (b) also addresses the issue of the currency of reimbursement by the applicant (or the counterguarantor in the case of payment made under a guarantee). A strict rule dictating reimbursement in the currency of the place of payment in USD could be a problem if that currency is not a freely convertible currency. The following example illustrates the issue. Under the counter-guarantee of a US bank in USD, a German bank issues a demand guarantee in USD in favor of a Libyan beneficiary. The guarantee is payable in Libya. Later, payment in USD under the guarantee becomes impossible. Under article 22, the German bank has to pay in Libyan dinars, probably by buying or borrowing Libyan dinars. In such a situation, it would be of no useful effect to also require the US counter-guarantor to purchase or borrow Libyan dinars for the purpose of reimbursing the German guarantor. An agreement between the guarantor and the counter-guarantor for reimbursement to take place in USD, as the currency of the counter-guarantee, would streamline the process and limit the costs. However, the rules do not require the counter-guarantor to also cover the guarantor for forex costs if that guarantor chose to buy Libyan dinars in his own currency (EUR). This issue is left to the applicable law.

- Paragraphs (c) and (d) deal with the rate of exchange. Under those two paragraphs, payment is due when the guarantor determines that a demand is complying, as directed in article 21(b). The Drafting Group

DRAFT

acknowledges that paragraph (c) does not address the case where there is no applicable rate of exchange because the currency designated in the guarantee no longer exists. It welcomes improvement suggestions.

- Paragraph (c) entitles the guarantor to also claim reimbursement for forex commissions that he incurred in the process of complying with paragraph (b). However, should the guarantor use a currency other than the currency designated in the guarantee (the euro in the above example) to obtain the currency of the place of payment for the purpose of complying with paragraph (b) and incurs an additional forex loss as a result of his use of this third currency, the counter-guarantor (or the instructing party as the case may be) should not be held liable for such additional loss. Likewise, he would not be entitled to any forex gain that might result from a different move of the rates.

Article 23 Transmission of copies of complying demand

The guarantor shall transmit a copy of the complying demand and of any related documents to the instructing party or, where applicable, to the counter-guarantor for transmission to the instructing party. However, neither the counter-guarantor nor the instructing party, as the case may be, may withhold payment pending such transmission.

Explanatory note

- An important variation from URDG 458 article 21 is that the draft now requires the transmission to the counter-guarantor of copies of documents presented by the beneficiary. This change overrides Opinion 454/2000 that rejected the possibility that the guarantor would only transmit a copy, not the original, of the demand received from the beneficiary. That Opinion was right (and it still is) under URDG 458 article 21. The change in this draft is unlikely to have an adverse impact in practice as, in the vast majority of cases, documents presented under a demand guarantee are copies and not originals. Absent a document of title, copies of documents are generally deemed fit to fulfil the purpose for which they are presented, including to allow the applicant to exercise a recourse or to bring a claim before a court.

- To dispel any of the misunderstandings sometimes reported under URDG 458 article 21, the draft now specifies that no payment can be withheld pending the transmission of the presented documents. However, if the counter-guarantor or the instructing party, as the case may be, happens to receive the demand made by the beneficiary under the guarantee and any related documents under paragraph (a) above before making payment and decides that the demand is not a complying demand, the counter-guarantor or the instructing party is entitled to withhold payment. This result would not limit article 21, nor would it run against the independence of the counter-guarantee. It would simply be a consequence of the false statement made under article 16(b).

DRAFT

Article 24 Discrepant Documents, Waiver and Notice

a. When a guarantor determines that a demand does not comply, it may reject the demand.

b. When a guarantor determines that a demand does not comply, it may in its sole judgement approach the instructing party for a waiver of the discrepancies. This does not, however, extend the period mentioned in article 21 or dispense with the requirements of article 17. Obtaining the instructing party's waiver does not oblige the guarantor to waive discrepancies.

c. When a guarantor rejects a demand, it must give a single notice to that effect to the presenter.

The notice must state:

i. that the guarantor is rejecting the demand; and

ii. each discrepancy in respect of which the guarantor rejects the demand.

d. The notice required in article 24 (c) must be given by telecommunication or, if that is not possible, by other expeditious means but not later than the close of the [third] [fifth] business day following the day of presentation.

e. A guarantor may, after providing the notice required by article 24 (c), return the documents to the presenter at any time.

f. If a guarantor fails to act in accordance with paragraphs (c) or (d) of this article, it shall be precluded from claiming that the demand does not constitute a complying demand.

Explanatory Note

DRAFT

- Admittedly, where approached for a waiver, an applicant of a documentary credit is more likely to grant its waiver of discrepancies than an applicant/instructing party of a demand guarantee. The reason is at least twofold. First, the consignment has generally already been shipped in the case of a documentary credit. In that case, the applicant, usually the importer, knows that granting the waiver is necessary to take delivery of the consignment. Secondly, a demand for payment under a demand guarantee necessarily carries a concept of a breach by the applicant. Few applicants are expected to cooperate heartily to make the demand easier to pay. Notwithstanding the above, we have thought to acknowledge in the revised rules this widespread practice because it was noticed that applicants in demand guarantees frequently tend to waive the discrepancies for commercial reasons, particularly where their business relationship with the beneficiary transcends the contracts that prompted the issuance of the particular guarantee. On the basis of this assumption, it was felt that UCP 600 set a precedent which is appropriate to follow. This is what paragraph (b) above does.

- Paragraph (c) introduces into the URDG the novel concept of a notice of rejection and paragraph (f) its well-known UCP-inspired sanction: preclusion. It is felt that this introduction into the revised rules is necessary to consolidate the necessary balance between the interests of the applicant and the beneficiary that the URDG establish. While the content of the notice of rejection is modelled after UCP 600 article 21(c), it has been substantially adapted (and shortened) to avoid unnecessary requirements which, in the case of a documentary credit, are triggered essentially by the use of original documents of title.

- In paragraph (d), "expeditious means" is not a defined term, but is to be determined in the relevant circumstances as a matter of common sense. It essentially means anything other than normal post. For example, in a situation where all other agreed forms of telecommunication fail, e.g., SWIFT, telex, telephone, email or fax, there should be recourse to hand-delivered courier because it is more expeditious than airmail or normal post.

- In the same paragraph, "business day" is a defined term and means a business day at the guarantor's place of business (article 2).

Article 25 Disclaimer on effectiveness of documents

A guarantor assumes no liability or responsibility for the form, sufficiency, accuracy, genuineness, falsification, or legal effect of any signature or document presented to it or for the general and/or particular statements made therein, or superimposed thereon; nor does it assume any liability or responsibility for the description, quantity, weight, quality, condition, packing, delivery, value or existence of the goods, services or other performance represented by any document, or for the good faith or acts or omissions, solvency, performance or standing of any person issuing or referred to under any capacity in the presented document.

DRAFT

Article 26 Disclaimer on transmission and translation

a. A guarantor assumes no liability or responsibility for the consequences of delay, loss in transit, mutilation or other errors arising in the transmission of any document, when such document is transmitted or sent according to the requirements stated in the guarantee, or when the guarantor may have taken the initiative in the choice of the delivery service in the absence of such instructions in the guarantee.

b. A guarantor assumes no liability or responsibility for errors in translation or interpretation of technical terms and may transmit guarantee texts or any parts thereof without translating them.

Article 27 Disclaimer for acts of another party

A guarantor utilising the services of another party for the purpose of giving effect to the instructions of an instructing party does so for the account and at the risk of that instructing party.

Article 28 Force majeure

a. A guarantor assumes no liability or responsibility for the consequences arising out of the interruption of its business by acts of God, riots, civil commotions, insurrections, wars, acts of terrorism, or by strikes or lockouts or any other causes beyond its control.

b. A guarantor will not, upon resumption of its business, make payment under a guarantee that expired during such interruption of its business.

DRAFT

Explanatory Note

- Article 28 maintains vis-à-vis force majeure the stance of URDG 458 article 13. In that, it aligns itself with UCP 600 article 36 rather than ISP 3.14 which puts the onus of force majeure on the applicant. However, the Drafting Group is open to reconsider this stance in light of comments that might be expressed by National Committees should a preference for ISP 3.14 approach be deemed preferable. An argument in favor of ISP 3.14 approach (i.e. extending the last day of presentation to the day occurring 30 days after the event of force majeure is lifted in the place of presentation) is that, in a guarantee structure (whether direct tripartite or indirect quadripartite), contrary to an L/C structure, a beneficiary can claim payment only from on party: the guarantor. If no presentation can be made to the guarantor because of force majeure at the guarantor's place, the beneficiary cannot make a presentation to the counter-guarantor and is left with no other choice but to see his right under the guarantee lapse. UCP article 36 could be considered as having less harsh a result when knowing that the beneficiary can still claim payment from the issuing bank if the confirming bank is closed for business because of a force majeure event. Accordingly, guidance is sought on this drafting policy.

- A suggestion was made to have a specific reference in article 28 to any verification act that the guarantor may undertake to comply with applicable anti-money laundering laws or regulation. It was felt that such an explicit reference is unnecessary as such verifications and acts would typically be triggered by causes beyond the control of the guarantor (mandatory laws and regulation) and, as such, covered in article 28.

- The Drafting Group is seeking guidance as to the advisability of adding a new paragraph to article 28 to the effect that, where (i) an event of force majeure prevents the counter-guarantor from making payment under the counter-guarantee after the guarantor has paid under the guarantee and (ii) the counter-guarantee expires before the event of force majeure is lifted, then nothing in article 28 shall affect the guarantor's right of reimbursement (under the mandate, not under the counter-guarantee) once the force majeure ceases to affect the counter-guarantor's ability to reimburse. Should approval be expressed to adding such a new paragraph, it could be worded as follows:

  "(c) Notwithstanding the above, where an event of force majeure prevents the counter-guarantor from making payment under the counter-guarantee after the guarantor has paid under the guarantee and the counter-guarantee expires while the event of force majeure is still operative, then nothing in this article shall affect the guarantor's right of reimbursement once the force majeure ceases to affect the counter-guarantor's ability to reimburse"

  The Drafting Group stresses that the legal nature of any right of reimbursement separate from the counter-guarantee is outside the scope of the URDG and is better left to the governing law. The suggested new paragraph (c) seeks to avoid the unfair situation where the guarantor has paid but left without reimbursement because the counter-guarantee has expired amid force majeure, with the result that the instructing party is unfairly enriched.

DRAFT

Article 29 Indemnity in respect of foreign laws and usages

The instructing party shall be liable to indemnify the guarantor against all obligations and responsibilities imposed by foreign laws and usages, including where those foreign laws and usages impose terms into the guarantee or the counter-guarantee that supersede the terms of that guarantee or counter-guarantee.

Explanatory Note

An example of a situation contemplated in the second part of article 29 is where the applicable law (other than the law of the place of business of the guarantor) considers as not stated, and therefore disregards, an expiry date drafted in the guarantee, or imposes a mandatory extension period should the beneficiary choose to avail itself thereof. The instructing party is expected to indemnify the guarantor in such a case. The rule expressed in this article does not vary according to whether the guarantor was aware through prior experience that the foreign law or usage impose on it obligations or responsibilities of this sort. Whether or not this is a valid defence for the instructing party is left to the law governing the guarantee.

Article 30 Limits on exemption from liability

Articles 26 to 30 shall not exempt a guarantor from liability or responsibility for its failure to act in good faith.

Explanatory Note:

Articles 26 to 30 above keep essentially with URDG 458 with important adaptations inspired by UCP 600 and the elimination of uncertain concepts such as “with reasonable care”.

Article 31 Liability for charges

a. A guarantor instructing another party to perform services is liable for the payment of any commissions, fees, costs or expenses (“charges”) incurred by that party in connection with its instructions.

DRAFT

b. If a guarantee states that the guarantor's charges are for the account of the beneficiary and charges cannot be collected, the instructing party remains liable for payment of charges. If a counter-guarantee states that the guarantor's charges are for the account of the beneficiary and charges cannot be collected or deducted from proceeds, the counter-guarantor remains liable for payment of charges.

c. A guarantee should not stipulate that the advising of a guarantee to a beneficiary is conditional upon the receipt by the advising party or second advising party of its charges.

Article 32 Extend or pay

a. Where a demand is made under the guarantee that includes, as an alternative, a request to extend the expiry date of the guarantee, the guarantor shall so inform the instructing party, or the counter-guarantor in the case of a counter-guarantee, as provided in article 17 and indicate the date at which the demand was received. If that demand is a complying demand, the guarantor may suspend payment for a period not exceeding twenty business days, following its receipt of the demand.

b. Unless the requested extension is granted within the time provided by the preceding paragraph, in which case the beneficiary is deemed to have withdrawn its demand for payment, the guarantor is obliged to pay the beneficiary's demand without requiring any further action on the beneficiary's part.

c. Even if the instructing party or, in the case of a counter-guarantee, the counter-guarantor, agrees to or requests such extension, the guarantor may refuse to grant it and in that case must pay.

DRAFT

d. A complying demand made under the counter-guarantee that includes, as an alternative, a request to extend the expiry date of the counter-guarantee shall indicate the date until which, or the time period during which, the guarantor has suspended the payment of the demand under the guarantee in application of paragraph (a) above. The counter-guarantor shall without delay inform the instructing party of the receipt of the demand under the counter-guarantee. The counter-guarantor shall then suspend payment under the counter-guarantee for a period two business days less than the period during which payment of the demand under the guarantee was suspended.

e. Unless an extension is granted within the time provided by the preceding paragraph, the counter-guarantor is obliged to pay the guarantor's demand without requiring any further action on the guarantor's part.

f. Neither the guarantor nor the counter-guarantor shall incur any liability should payment to the beneficiary be delayed as a result of the above-mentioned procedure.

g. Even if the instructing party or the applicant agrees to or requests such extension, the counter-guarantor may refuse to grant it and in that case must pay.

Explanatory Note

- Endorsing various comments received, this 2nd draft modifies the drafting of paragraph (a) in two aspects. Firstly, in ensuring consistency in drafting with article 17 as to the duty of informing the instructing party. Secondly, in ensuring coherence with paragraph (c). It was not considered good practice to compel the guarantor to automatically suspend payment for 20 business days upon receipt of a complying demand and allow the parties to launch into discussions about a potential extension, if that guarantor has never intended to agree to an extension in the first place. Several reasons, including an adverse change to the instructing party's financial situation, could explain such a stance. In light of the guarantor's discretion to refuse extension under paragraph (c), it was considered that paragraph (a) should substitute "shall" with "may" which reflects better that discretion.

DRAFT

- If the beneficiary submits an extend or pay demand under the guarantee on 1 May, and the guarantor determines on that same day that the demand is a complying demand, the guarantor, applying the rule in paragraph (a), may suspend payment of the demand for a maximum of 20 business days, say until 1st June. If the guarantor, in turn, makes an extend or pay demand under the counter-guarantee, the guarantor has to indicate in its demand that it has suspended the payment of the demand under the guarantee until 1st June. If the counter-guarantor determines that the demand under the counter-guarantee is a complying demand, it may suspend payment of the demand under the counter-guarantee for a period expiring not later than 30 May. Unless the instructing party accepts extension before 30 May, the counter-guarantor is bound to make payment under the counter-guarantee. Similarly, the guarantor is bound to make payment under the guarantee on 1st June if he has not received before the counter-guarantor's agreement to extend the guarantee. The two-day gap between the payment suspension period under the counter-guarantee and the payment suspension period under the guarantee is designed to ensure that the guarantor has enough time to issue an agreed extension before its own payment suspension period expires.

- It is, of course, open to the parties to agree a period of extension shorter or longer than that requested by the beneficiary or, indeed, extend such a period as needed. Article 32 does not deal with such a case.

- Some comments expressed the concern that where the guarantor has allowed the instructing party to agree with the beneficiary on an extension as an alternative to payment, that guarantor should be estopped from subsequently deciding not to extend that guarantee and proceed instead to payment as indicated under paragraph (c). After debating this issue, the Drafting Group decided to maintain paragraph (c) which serves the important purpose of reminding the parties that the guarantee is the guarantor's own commitment and it is entirely its decision to extend or make payment. Further, the Drafting Group considers that the explicit option spelled out in paragraph (c) would overcome any such possible estoppel because the instructing party, now on notice of paragraph (c), can no more argue in good faith any reliance.

- Paragraph (f) is only a default rule. Where the beneficiary wishes that interest be paid on the amount of the guarantee for the suspension period, it should have an agreement to that effect stipulated in the guarantee.

Article 33 Transfer of guarantee and assignment of proceeds

a. A guarantee is not transferable unless it specifically states it is "transferable", in which case it may be transferred more than once.

b. A guarantor is not obliged to give effect to a request to transfer a transferable guarantee except to the extent and in the manner expressly consented to by the guarantor.

DRAFT

c. For the purpose of this article:

i. a transferable guarantee may be transferred to a new beneficiary ("transferee") at the request of the existing beneficiary ("transferor");

ii. A transfer can only be effected by the issue by the guarantor in favour of the transferee of a new guarantee on the same terms and for the full amount available at the time of transfer, whereupon the former guarantee shall cease to have effect;

iii. a transferable guarantee can only be transferred where, in addition to the conditions stated in paragraphs (a) and (b) above, the transferor has provided a statement in writing to the guarantor that the transferee has acquired the transferor's rights covered in the underlying relationship on which the guarantee is based.

d. Unless otherwise agreed at the time of transfer, all charges, such as commissions, fees, costs or expenses, incurred in respect of a transfer must be paid by the transferor.

e. Under a transferred guarantee, a demand must be signed by the transferee and the name of that transferee may be used in place of the name of the transferor in any other document.

f. Whether or not a guarantee states that it is transferable, and subject to the provisions of the applicable law:

i. the beneficiary may assign any proceeds to which it may be or may become entitled under the guarantee; and

ii. the guarantor shall not be obliged to pay an assignee of such proceeds unless the guarantor has agreed to do so.

Explanatory Note

- Like the transfer of a documentary credit, the transfer of a guarantee, as contemplated in the revised URDG, consists of the issue by the guarantor of a new guarantee to a new beneficiary to whom the

DRAFT

transferor has transferred the benefit of the original guarantee, including the right to present a demand for payment. Legal systems might characterize such a transfer as a novation or an assignment of a contract or of rights. We do not get into this doctrinal debate and prefer a functional approach consisting of regulating the practical aspects of the transfer. This is what new article 33 does.

- If the parties to a guarantee intend that guarantee to be transferable, they should use specifically the term "transferable" in the guarantee text. In the interest of certainty, the revised URDG follow the precedent set by UCP 600 (article 38(b)) in requiring the term "transferable" to be spelled out in the guarantee, but not terms of a similar effect such as "assignable" or "divisible".

- Labelling a guarantee as "transferable" does not compel the guarantor to consent to its transfer into the hands of whomsoever the existing beneficiary might choose. Banks' obligations to know their customers preclude any rule to that effect. Paragraph (b) conditions the effectiveness of the transfer of a guarantee already labelled as "transferable" on the guarantor's consenting to such a transfer. A guarantor would generally be expected to do so after knowing the identity of the transferee and the economic rationale behind the transfer. Accordingly, paragraphs (a) and (b) are to be read jointly as setting two cumulative conditions for the effectiveness of the transfer of a guarantee.

- Paragraph (c)(ii) partial transfers of guarantees, contrary to documentary credits, do not reflect a need or existing practice. Even in the case of subcontracting, the subcontractors are unlikely to replace the contractor and therefore are likely to benefit from new guarantees, not parts of the original guarantees. If partial transfer is needed for a specific case, parties can override paragraph (c) (ii).

- Paragraph (c)(ii) would not allow a party other than the guarantor to effect transfer. For instance, an advising bank would not be allowed to do so.

- Paragraph (c)(iii) reflects the requirement that the transfer of a guarantee should only occur in combination with the transfer of the underlying contract. A typical case of such a transfer is where leased property is sold to a purchaser who expects to continue benefiting from the demand guarantee covering the lessee's obligation to pay rentals. Likewise, in the case of the purchase of loan notes on the secondary market, the transferee of the loan may expect to benefit of the demand guarantee covering the borrower's reimbursement obligation. In such cases, the transfer of the guarantee in combination (but through a separate transfer act) with the transfer of the lease agreement or the loan note fulfils a legitimate economic purpose. Conversely, the transfer of a demand guarantee in isolation, without the transferring of the underlying contract, has lent itself in the past to frauds and other criminal purposes. While we recognize that there might be a case to be made for negotiable abstract undertakings of the type of demand guarantees, we do not feel that this should be covered in the URDG.

- We have discussed the merit of having a special rule on the effectiveness of amendments in the case of a transfer, but decided that we should not derogate from the general rule on amendments in article 14. Accordingly, a transferable guarantee is transferred with all amendments accepted prior to transferring, but not any amendment issued but not yet accepted at the time of the transfer. It would be up to the transferee to decide whether it accepts such amendments.

- Paragraph (e) deals with the issue of the demand for payment presented under a transferred guarantee. When a transfer becomes effective, the transferee replaces the transferor and becomes the sole beneficiary

DRAFT

for all purposes relating to the guarantee, including signing a demand for payment, the statement of breach and any other document that the guarantee requires the beneficiary to issue. The Drafting Group considered the merit behind requiring that a statement of breach should be signed by either the transferor or the transferee according to whether the breach referred to in the statement occurred before or after the transfer of the guarantee. It decided ultimately to prefer enhanced certainty in requiring the transferee to sign the statement of breach, irrespective of when the breach has actually occurred. In reaching this decision, the Drafting Group sought to hedge the guarantor from having to assess an issue (the time of breach) relating to the underlying transaction, and to avoid a situation where the transferee would be dependent on the good will of the transferor to provide the required statement if the breach occurred before the transfer. Clearly, the transferee would be expected to satisfy itself of the occurrence of the breach before making the demand, even where the breach has occurred before the actual transfer.

- A transfer of the guarantee is different from the assignment of its proceeds. The beneficiary is entitled to assign the proceeds of the guarantee whether or not the guarantee is labelled as transferable. In expressing this rule in paragraph (f), the draft keeps with a long-standing tradition in UCP and URDG and reflects market practice. This rule would obviously be overridden by a mandatory statutory provision that would consider an assignment of no effect where, for example, such assignment contravenes an anti-assignment provision in a statute or in a contract.

- Seeking inspiration from ISP Rule 6, paragraph (f) spells out the rule that where the guarantor has not consented to paying the assignee of proceeds, it is under no obligation to do so. The reason for this rule is essentially to protect the interests of the guarantor which, if forced to pay the assignee as opposed to the beneficiary, might see some of its rights impaired. This would typically happen where the applicable law would consider that the guarantor is not entitled to assert set-off vis-à-vis the assignee where the debt owed by the beneficiary to the guarantor arose out of a transaction under which the assignee is not a debtor (e.g. guarantor (G) is also lender to beneficiary (B) under a loan agreement separate from the guarantee. (B) owes damages to (G) for a breach under the loan agreement. Subject to the applicable law, (G) is entitled to expect to be able to assert set-off between the damages owed by (B) and the guarantee amount it owes (B). Such a set-off might be impaired where an assignee of (B)'s rights to the proceeds under the guarantee claims that the set-off defence arising under a loan agreement to which it is not a party cannot be asserted against it). Another example is where the applicable law would bar the guarantor from asserting defences against the assignee that have arisen after the assignment has been notified to the guarantor. The thrust of the new rule in paragraph (f) is to leave the guarantor in no worse position than if he were to continue dealing with the beneficiary of the guarantee, unless the guarantor voluntarily changes that situation by agreeing to pay the proceeds to the assignee. Mere acknowledgment of a notified assignment does not amount to the "agreement" contemplated in subparagraph (f). Such an agreement can result from a statement made by the guarantor either to the beneficiary or to the assignee.

- It was felt more appropriate not to cover the issue of conflict of priority between two assignees of the proceeds of the same guarantee nor between an assignee of the proceeds and a transferee but to leave it to the applicable law.

Article 34 Reduction and termination of guarantee

DRAFT

a. The amount payable under a guarantee shall be reduced by any amount paid under the guarantee.

b. A guarantee shall terminate upon expiry or presentation to the guarantor of the beneficiary's written statement of release from liability under the guarantee or when no further sums are payable thereunder, whether or not in any such case the guarantee document is returned to the guarantor.

c. If the guarantee does not state an expiry date and if the expiry event has not yet been established by presentation of the required document, the guarantee shall terminate after the lapse of [six] [three] years from the date of issue

d. If the expiry date of a guarantee falls on a day which is not a business day at the place where the demand is required to be presented, the expiry date will be extended to the first following business day.

e. Where to the knowledge of the guarantor, the guarantee has terminated as a result of any of the reasons indicated in paragraph (b) above, but otherwise than upon the advent of the expiry date, the guarantor shall without delay so notify the instructing party or, where applicable, the counter-guarantor and, in that case, the counter-guarantor shall so notify the instructing party.

Explanatory Note

- Article 34 brings together, builds on, and expands, URDG 458 articles 23 to 25 with, however, an important change: the return to the guarantor of the guarantee document without any statement to the effect of conveying the beneficiary's intention to release the guarantor shall not result in the expiry of the guarantee (thus contrasting with the case under URDG 458 article 23). The reason for this change is the key principle of the URDG that the guarantee document, in itself, embodies no intrinsic value. Thus, its retention by the beneficiary beyond the expiry date of a URDG guarantee does not prolong the validity period of the guarantee. Similarly, its loss or mutilation due to any hazard does not entail the loss of the beneficiary's right to the guarantee. Accordingly, it was but a matter of coherence with that principle that the return of the guarantee document should not affect the rights and obligations arising under the guarantee. Further, experience shows that guarantee documents returned without being accompanied by any form of release are often the result of clerical errors or, where such documents are returned by a party

DRAFT

other than the beneficiary, sometimes result from intrigues or other defrauding schemes. Should the returned guarantee document be accompanied by a statement of release, the guarantee would obviously terminate as provided in paragraph (b).

- The word "cancellation" in paragraph (b) was deleted because it is superfluous. It is believed that the other three cases enumerated in the paragraph cover all possible circumstances in which a guarantor's liability would terminate. In URDG 458, "cancellation" was used as a synonym for release. Conversely, as helpfully indicated in one comment, cancellation by effect of law is outside the scope of the rules.

- Under paragraph (c), we are seeking guidance from national committees as to which of the two periods: six years or three years, should be retained. No overwhelming majority could be identified in favor of either period in the first set of comments, although a slightly larger number of National Committees have expressed their preference for the three-year period. Given the importance of this issue, and the need to make sure that our final decision addresses the fact that United Nations has already set a standard (six years) in its Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit, we are asking again the National Committees to express their preference for either of the two periods: six or three years.

- The information duty under paragraph (e) only applies in the case of an expiry event, not an expiry date.

Article 35 Governing law

a. Unless otherwise provided in the guarantee, its governing law shall be that of the place of business of the guarantor, or, if the guarantor has more than one place of business, that of the branch that issued the guarantee.

b. Unless otherwise provided in the counter-guarantee, its governing law shall be that of the place of business of the counter-guarantor, or, if the counter-guarantor has more than one place of business, that of the branch that issued the counter-guarantee.

Explanatory Note

- When considering URDG 458 article 26 for the purpose of the revision, we examined the wisdom behind opinions (including, in one case, one expressed by a court of appeal) suggesting that the law governing the counter-guarantee should be the same as the law governing the guarantee, namely the law of the place of business of the guarantor. While laudable in its objective of attempting to spare the guarantor the unenviable situation of dealing with potentially two irreconcilable laws, we felt that such an approach (albeit in the form of a default rule, subject to an opt-out) would undermine the principle of independence of the counter-guarantee from the guarantee. Moreover, it is difficult to make the case for the law of the

place of business of the guarantor prevailing on the law of the place of business of the counter-guarantor to govern the counter-guarantee, or the other way round. Indeed, each of these parties is legitimately entitled to expect that its own law would govern its undertaking, not a foreign law with which it may be unfamiliar. Accordingly, we have elected to maintain the default rule of URDG 458 article 26. Parties wishing to have one national law apply throughout the chain of counter-guarantees/guarantees are free to avail themselves of the opt-out possibility expressly provided in the beginning of article 35 (a) and (b).

- A substantial variation from the first comprehensive draft is the deletion of "or agreed elsewhere by the guarantor and the beneficiary". Originally, the added language meant to cover the case where a governing law might be agreed in a document other than the guarantee itself, such as a framework guarantee issuance agreement between the guarantor and the beneficiary. The Drafting Group, aligning itself on the concern expressed by some national committees, took the (provisional) decision to delete the added language as it was perceived as possibly leading to side-agreements being concluded between the guarantor and the beneficiary, outside the guarantee, of which the instructing party is unaware. National committees should be aware (and invited to comment on) that the cost of this deletion is that a governing law clause that would be spelled out in a set of general conditions between the guarantor and the beneficiary, but not copied into the guarantee, would no longer be given effect.

Article 36 Jurisdiction

a. Unless otherwise provided in the guarantee, any dispute between the guarantor and the beneficiary relating to the guarantee shall be settled exclusively by the competent court of the country of the place of business of the guarantor, or, if the guarantor has more than one place of business, by the competent court of the country of the branch which issued the guarantee.

b. Unless otherwise provided in the counter-guarantee, any dispute between the counter-guarantor and the guarantor relating to the counter-guarantee shall be settled exclusively by the competent court of the country of the place of business of the counter-guarantor, or, if the counter-guarantor has more than one place of business, by the competent court of the country of the branch which issued the counter-guarantee.

DRAFT

Anexo II

Ato Legislativo Francês n. 2000-346, de 23 de março de 2006

Décrets, arrêtés, circulaires
Textes généraux
Ministère de la justice

Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés

NOR: JUSX0600032R

Le Président de la République,

Sur le rapport du Premier ministre et du garde des sceaux, ministre de la justice,

Vu la Constitution, notamment son article 38 ;

Vu le code civil ;

Vu le code des assurances ;

Vu le code de commerce ;

Vu le code de la consommation ;

Vu le code monétaire et financier ;

Vu le code pénal ;

Vu la loi du 1er juin 1924 modifiée mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle ;

Vu la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 modifiée tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 ;

Vu la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, notamment son article 24 ;

Vu le décret n° 53-968 du 30 septembre 1953 relatif à la vente à crédit des véhicules automobiles, modifié par le décret n° 55-655 du 20 mai 1955 et par la loi n° 57-888 du 2 août 1957 ;

Vu l'avis du comité consultatif de la législation et de la réglementation financières en date du 20 février 2006 ;

Le Conseil d'Etat entendu ;

Le conseil des ministres entendu,

Ordonne :

TITRE Ier

DISPOSITIONS RELATIVES AU LIVRE IV

DU CODE CIVIL

Article 1

I. – Le livre IV du code civil devient le livre V. Il comprend les articles 2489 à 2534, qui reprennent respectivement les articles 2284 à 2328.

II. – Le livre IV du code civil est intitulé : « Des sûretés ». Il est rédigé conformément aux dispositions du présent titre.

Article 2

Le livre IV comporte :

I. – Les articles 2284 à 2287.

II. – Un titre Ier intitulé : « Des sûretés personnelles ». Il comprend les articles 2288 à 2322.

III. – Un titre II intitulé : « Des sûretés réelles ». Il comprend les articles 2323 à 2488.

Chapitre Ier

Dispositions générales

Article 3

I. – Les articles 2092 et 2093 deviennent respectivement les articles 2284 et 2285.

II. – L'article 2286 est ainsi rédigé :

« Art. 2286. – Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose :

« 1° Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance ;

« 2° Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ;

« 3° Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose.

« Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire. »

III. – L'article 2287 est ainsi rédigé :

« Art. 2287. – Les dispositions du présent livre ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas d'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers. »

Chapitre II

Dispositions relatives aux sûretés personnelles

Article 4

Le titre Ier du livre IV comporte :

I. – L'article 2287-1 ainsi rédigé :

« Art. 2287-1. – Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention. »

II. – Un chapitre Ier intitulé : « Du cautionnement ». Il comprend quatre sections.

III. – Un chapitre II intitulé : « De la garantie autonome ». Il comprend l'article 2321.

IV. – Un chapitre III intitulé : « De la lettre d'intention ». Il comprend l'article 2322.

Section 1

Dispositions relatives au cautionnement

Article 5

Dans le chapitre Ier du titre Ier du livre IV :

I. – La section 1 est intitulée : « De la nature et de l'étendue du cautionnement ». Elle comprend les articles 2011 à 2020 qui deviennent respectivement les articles 2288 à 2297.

II. – La section 2 est intitulée : « De l'effet du cautionnement ». Elle comporte trois sous-sections :

a) La sous-section 1 est intitulée : « De l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution ». Elle comprend les articles 2021 à 2027 qui deviennent respectivement les articles 2298 à 2304 ;

b) La sous-section 2 est intitulée : « De l'effet du cautionnement entre le débiteur et la caution ». Elle comprend les articles 2028 à 2032 qui deviennent respectivement les articles 2305 à 2309 ;

c) La sous-section 3 est intitulée : « De l'effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs ». Elle comprend l'article 2033 qui devient l'article 2310.

III. – La section 3 est intitulée : « De l'extinction du cautionnement ». Elle comprend les articles 2034 à 2039 qui deviennent respectivement les articles 2311 à 2316.

IV. – La section 4 est intitulée : « De la caution légale et de la caution judiciaire ». Elle comprend les articles 2040 à 2043 qui deviennent respectivement les articles 2317 à 2320.

Section 2

Dispositions relatives à la garantie autonome

Article 6

L'article 2321 est ainsi rédigé :

« Art. 2321. – La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.

« Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.

« Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.

« Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie. »

Section 3

Dispositions relatives à la lettre d'intention

Article 7

L'article 2322 est ainsi rédigé :

« Art. 2322. – La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier. »