

UDK 336.71:330.131.7
DOI: 10.7251/FIN1702050C
Ana M. Cvetković*

PREGLEDNI RAD

Apstraktna priroda bankarske garancije na poziv kao izvor efikasnosti i rizika od prevare

Abstract nature of demand guarantee as source of efficiency and risk of fraud

Rezime

Samostalnost i apstraktnost garancije na poziv donose jednostavan postupak naplate u kome banka ne može prema korisniku isticati prigovore koje nalogodavac kao dužnik može isticati prema korisniku. Upravo ova svojstva bankarske garancije na poziv daju joj prednost brze i efikasne naplate, ali donose i rizik prevare. U praksi se često poistovjećuju garancije na poziv sa bezuslovnim bankarskim garancijama ili uslovne garancije sa dokumentarnim garancijama. Smatrajući, stoga, korisnim da se obrade neka teorijska i praktična saznanja o bankarskoj garanciji na poziv, u radu su razgraničeni neki pojmovi i vrste garancija, obrađena Jednoobrazna pravila za garancije, pravni odnosi i bitni elementi garancije na poziv, te zloupotrebe u naplati. Cilj ovog rada jeste da se sagledaju karakteristike i prihvatljivost bankarske garancije na poziv kao sredstva obezbjeđenja od neizvršenja ugovornih obaveza u realnim uslovima. Zaključak ovog rada jeste da je bankarska garancija sa razlogom jedno od najzastupljenijih sredstava osiguranja izvršenja ugovornih obaveza, jer daje brzu i efikasnu zaštitu njenim korisnicima, ali da, takođe, ne treba previdjeti mogućnost prevare, koja mora biti prihvatljiv osnov za obustavu plaćanja.

Ključne riječi: bankarska garancija na poziv, Jednoobrazna pravila za garancije na poziv, obustava plaćanja po garanciji, prevara.

Abstract

Autonomy and abstractness of demand guarantee provide simple collection process where the bank cannot issue complaints towards beneficiary which, on the other hand, can be issued by the principal, acting as debtor, towards beneficiary. This specific characteristic of demand guarantee provides advantage of fast and efficient collection, but also brings the risk of fraud. In practice, demand guarantees are often identified as unconditional guarantees or conditional guarantees as documentary guarantees. Therefore, considering it as useful, this work covered some theoretical and practical facts of the demand guarantee, it further explained some terms and guarantee types and it explained Uniform rules for demand guarantees, legal relations and essential elements of demand guarantees as well as abuse during collection process. The aim of this work is to examine the characteristics and acceptability of the demand bank guarantee acting as security means regarding the non-performance of contractual obligations in real-time conditions. Conclusion of this work shows that, for a good reason, the demand guarantee is one of the most used security means regarding fulfillment of contractual obligations, because it provides fast and efficient protection to its beneficiaries, but on the other hand, the fraud possibility should not be overlooked, which must be acceptable ground for payment suspension.

Keywords: Demand guarantee, Uniform rules for demand guarantees, suspension of guarantee payment, abuse during collection

UVOD

Postoji relativno velik broj istrumenata osiguranja izvršenja ugovornih obaveza. Neki od njih su u široj upotrebi, a neki se rijetko upotrebljavaju zbog različitih ograničenja. Bankarska garancija je danas jedno od najzastupljenijih sredstava osiguranja izvršenja ugovornih obaveza u privrednom životu. Moglo bi se reći da je gotovo nezaobilazna kod poslova investicione izgradnje, ali i veoma prisutna kao sredstvo obezbjeđenja u robnom prometu.

Bankarska garancija nosi visok stepen zaštite povjerioca, sigurnije je sredstvo obezbjeđenja od drugih, iz razloga što su banke sposobnije i sigurnije za plaćanje od svih drugih privrednih subjekata. Bankarska garancija je iz ovih razloga široko prihvaćena i u unutrašnjem i u međunarodnom prometu. Često se navodi da je od stvarnih sredstava obezbjeđenja pogodnija zbog toga što ne angažuje materijalna sredstva, niti ograničava njihov promet, ali sa ovim se samo djelimično možemo složiti, uzimajući u obzir da u našim uslovima banka u postupku izdavanja garancije najčešće zahtijeva sopstveno obezbjeđenje za slučaj naplate garancije u vidu hipoteke, depozita ili založnog prava nad nekom drugom pokretnom imovinom.

Na prihvaćenost bankarske garancije u međunarodnom prometu i njenu tako široku primjenu kakvu ima danas izrazito veliki uticaj imala je unifikacija pravila koja regulišu materiju bankarske garancije.

Ne može se, međutim, ustvrditi da velika prihvaćenost i široka primjena bankarske garancije u privrednoj praksi odražava i visok nivo poznavanja ovog posla. Zato ćemo u ovom radu posvetiti pažnju bankarskoj garanciji „na poziv“, zbog njenih specifičnosti, kao i značaja i zastupljenosti u praksi.

1. PRAVNA PRIRODA BANKARSKE GARANCIJE NA POZIV

Bankarska garancija se, bez obzira na to o kojoj vrsti garancije je riječ, može odrediti kao „pravni posao kojim jedno lice, garant, na zahtjev drugog lica i po njegovim instrukcijama preuzima samostalnu i neopozivu obavezu da trećem licu, korisniku garancije, isplati iznos naveden u garanciji ako ispuni uslove navedene u njoj“ (Vukadinović, Anđelković i Vuković, 1995, str. 9).

U unutrašnjem prometu, posao bankarske garancije regulisan je prvenstveno Zakonom o obligacionim odnosima,¹ u kome je bankarskoj garanciji posvećeno pet članova (čl. 1083–1087), od kojih se prva četiri člana odnose i na akcesornu i na bankarsku garanciju „na prvi poziv“, a član 1087. se odnosi samo na garanciju „na prvi poziv“. Ovim članom određuje se da je bankarska garancija koja sadrži odredbe kao što su „na prvi poziv“, „bez prigovora“ ili sadrži rječi koje imaju isto značenje apstraktne prirode i da banka u tom slučaju ne može prema korisniku isticati prigovore koje nalogodavac kao dužnik može isticati prema korisniku na osnovu osnovnog posla.

Većina zemalja nema propise koji regulišu oblast bankarske garancije, a i one zemlje koje imaju uglavnom imaju nepotpune propise iz ove oblasti. Bankarska jemstva su, za razliku od garancija, detaljno regulisana u nacionalnim zakonodavstvima svih zemalja.

U međunarodnom prometu veliku ulogu u formiranju pravila, pa i poslovne prakse, imala je Međunarodna trgovinska komora, koja je donijela jednoobrazna pravila i za ugovorne i za garancije „na prvi poziv“ ili „na poziv“ (u daljem tekstu „na poziv“). Najveću prihvaćenost, a time i najveći značaj u formiranju poslovnih običaja i međunarodne trgovačke prakse, imala su Jednoobrazna pravila za garancije na poziv, a koja se primjenjuju na garancije u kojima se izričito navodi da se primjenjuju i da su obavezujuće za sve strane učesnice osim ako ih garancija ne izmijeni ili isključi.

Jednoobrazna pravila za garancije na poziv garanciju na poziv određuju kao „svaku potpisanu obavezu, bez obzira na naziv ili opis, koja predviđa plaćanje po prezentaciji usklađenog poziva“.² Prema ovim pravilima, usklađeni poziv je poziv koji ispunjava sve uslove usklađene prezentacije, a usklađena prezentacija podrazumijeva prezentaciju koja je u skladu s odredbama i uslovima određene garancije, pravilima koja su konzistentna sa tim odredbama i uslovima i u nedostatku relevantne odredbe u garanciji ili ovim pravilima, međunarodnom standardnom praksom za garancije na poziv.

Osnovna karakteristika preuzete obaveze banke kao garanta kod garancije na poziv je samostalnost u odnosu na osnovni posao i apstraktnost u odnosu na uslove koje je potrebno zadovoljiti za naplatu garancije.

Samostalne i apstraktne garancije na poziv znače jednostavan postupak naplate kroz zahtjev za naplatu i u zabrani banci da prema korisniku isticke bilo kakve prigovore koje nalogodavac kao dužnik može isticati prema korisniku. Kod samostalne bankarske garancije se mogu isticati samo prigovori iz ugovora o garanciji i od korisnika se ne zahtijeva stvarno dokazivanje neispunjenja obaveze iz osnovnog posla, niti da je zbog nastupanja garantnog slučaja pretrpio štetu. Samostalna garancija mora da sadrži klauzulu „na poziv“ ili sličnu, jer će se u suprotnom, shodno zakonu, smatrati da je u pitanju akcesorna garancija. Suprotno samostalnim, akcesorne garancije nisu nezavisne, nego su vezane za osnovni posao i kod takvih garancija banka-garant može prema korisniku isticati sve prigovore iz osnovnog posla koje bi mogao isticati nalogodavac. Ovakve akcesorne bankarske garancije predstavljaju specifično bankarsko jemstvo. (Vukmir, 2007) Bankarsku garanciju treba razlikovati od bankarskog jemstva, iako imaju određene sličnosti.³

Osnovna funkcija garancije i jeste da korisnicima omogući laku, brzu i sigurnu naplatu garantnog iznosa, što se najčešće postiže kod apstraktnih garancija, na poziv. Bankarska garancija na poziv nosi visok stepen zaštite povjerioca i time ima značajne prednosti u odnosu na neka druga sredstva obezbjeđenja. Ukoliko bankarska garancija nije apstraktna, pa se od korisnika zahtijeva da dokaže stvarno stanje osnovnog posla, a ne samo formalno ispunjenje uslova iz garancije, onda se radi o kauzalnoj garanciji. Kod kauzalnih garancija se najčešće zahtijeva da se podnese arbitražna ili sudska odluka. Za razliku od apstraktnih garancija, koje više štite korisnika, kauzalne garancije su pogodnije za nalogodavca i štite ga od mogućnosti neopravdane naplate i prevare.

Treba, međutim, napomenuti da se i kod apstraktne bankarske garancije može zahtijevati podnošenje nekih dokumenata kao uslov naplate i u tom slučaju se radi o dokumentarnoj apstraktnoj garanciji, ali je značaj koji imaju zahtjevani dokumenti kod ove dvije vrste garancija različit. Kod kauzalnih garancija se dokumentima dokazuje da dužnik iz osnovnog posla stvarno nije ispunio ugovornu obavezu, dok se kod apstraktne garancije dokumentima to samo tvrdi.

¹ „Službeni list SFRJ“ br. 29/78, „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 17/93, 3/96, 39/03. i 74/04.

² ICC Uniform Rules for Demand Guarantees – 2010 Revision, ICC Publication No.758, URDG 758.

³ Osnovna razlika je u tome što je jemstvo vezano za obavezu iz osnovnog posla i prati njenu sudbinu. Kod bankarskog jemstva jemac odgovara za tuđu obavezu, dok kod akcesorne bankarske garancije banka odgovara za svoju obavezu.

U praksi često zabunu izaziva i podjela na uslovne i bezuslovne bankarske garancije, pa se bezuslovne bankarske garancije miješaju sa garancijom na poziv. Uslovne garancije su one kod kojih se za isplatu garantovane sume zahtijeva da budu ispunjeni određeni uslovi, dok je kod bezuslovnih bankarskih garancija dovoljan samo zahtjev za isplatu. Uslovne garancije ne treba izjednačavati sa akcesornim garancijama, jer se uslovi i u ovom slučaju ispunjavaju podnošenjem određenih dokumenata, a od banke se ne očekuje da ispituje istinitost ili tačnost izjava, potvrda ili drugih traženih dokumenata. Banka utvrđuje samo da li je tražena isprava formalno, po svom obliku, odgovarajuća, ali ne i sadržajno istinita.

2. PRAVNI ODNOSI KOD BANKARSKJE GARANCIJE NA POZIV

Garancija se izdaje povodom nekog osnovnog posla radi obezbjeđenja jedne strane, korisnika garancije, od neizvršenja ili neurednog izvršenja obaveza iz toga posla. Pravni odnos između nalogodavca i korisnika je odnos dužnika i povjerioca iz osnovnog posla. Zaključenje osnovnog ugovora u kome je sadržana finansijska klauzula o obavezi jedne (ili obje) ugovorne strane da pribavi garanciju banke najčešće prethodi uspostavljanju pravnih odnosa iz bankarske garancije (osim kod licitacione garancije). Osnovni posao je značajan u dijelu kojim se predviđa izdavanje bankarske garancije.

Nalogodavac daje nalog svojoj banci da neposredno ili uz pomoć neke druge banke izda u svoje ime a za njegov račun garanciju trećem licu – korisniku garancije. Nalogodavac zaključuje ugovor sa bankom o izdavanju bankarske garancije.

Klauzula o bankarskoj garanciji iz ugovora o osnovnom poslu određuje garanciju koju je tek potrebno izdati. Jednoobrazna pravila za garancije na poziv određuju osnovni posao kao bitan element garancije, iako je garancija odvojen posao od osnovnog posla.

Ugovorom o izdavanju bankarske garancije banka preuzima obavezu izdavanja garancije u korist trećeg lica, a nalogodavac obavezu plaćanja provizije banci, obezbjeđenja pokrića i odgovaranja na regresni zahtjev za slučaj isplate garantovane sume.

Treći pravni odnos kod bankarske garancije je odnos banke garanta i korisnika, a koji se uspostavlja davanjem garancije. Izdavanjem garancije za banku nastaje obaveza u skladu sa uslovima garancije.

3. JEDNOOBRAZNA PRAVILA ZA GARANCIJE

Unifikacija pravila koja regulišu materiju bankarske garancije, značajno je doprinijela prihvaćenosti bankarske garancije u međunarodnom prometu kao veoma značajnog vida obezbjeđenja. Veliku ulogu u formiranju pravila imala je Međunarodna trgovinska komisija u Parizu.

Do danas izdata pravila Međunarodne trgovinske komore u Parizu su značajno pomogla da se napravi jasna razlika između različitih vrsta garancija, posebno:

- Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije (Uniform Rules for Contract Guarantees), publikacija MTK broj 325, objavljena 1978. godine;

- Jednoobrazna pravila za ugovorne bondove⁴ (Uniform Rules for Contract Bonds), publikacija MTK broj 524, objavljena 1996. godine;
- Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (Uniform Rules for Demand Guarantees), publikacija MTK broj 458, objavljena 1992. godine, i publikacija MTK broj 758, objavljena 2010. godine;
- Međunarodna praksa za stand-by⁵ (International Standby Practices – ISP98), publikacija MTK broj 590, objavljena 1998. godine.

Međunarodna trgovinska komora u saradnji sa Komisijom Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo je još od 1968. godine radila na unifikaciji pravila o bankarskoj garanciji. Na sjednici Savjeta Međunarodne trgovinske komore u Parizu 1978. godine usvojena su Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije, publikacija 325.

Jednoobraznim pravilima za ugovorne garancije zajednički su regulisane sve ugovorne garancije bez obzira na to ko ih izdaje, banke ili osiguravajuće organizacije. Na ovaj način izvršena je unifikacija pravila o avansnim garancijama, licitacionim garancijama i garancijama za dobro izvršenje posla. Međutim, unifikacija pravila izvršena je prvenstveno za kauzalne garancije. Jednoobraznim pravilima za ugovorne garancije nastojalo se stimulisati pretvaranje apstraktnih u kauzalne garancije i moglo bi se reći da je upravo to predstavljalo prepreku široj primjeni ovih pravila. Jednoobraznim pravilima za ugovorne garancije se određuje da se, ukoliko samom garancijom nije predviđena dokumentacija koju je potrebno podnijeti, obaveznom smatra ona koju određuju ova pravila. Na ovaj način se u slučaju primjene Jednoobraznih pravila bezuslovna bankarska garancija pretvara u uslovnu. (Šogorov and Vilus, 2006) Međunarodna trgovinska praksa, međutim, nije dobro prihvatila ova pravila, jer su ona bila pokušaj promjene postojeće prakse u smislu veće zaštite nalogodavca, ali ne i korisnika.

Pored ovih pravila, koja se odnose na „ugovorne garancije“, značajna su, pa i najznačajnija, Jednoobrazna pravila za garancije na poziv. Prvi put su objavljena 1992. godine, publikacija 458, a krajem 2009. godine usvojena je revizija ovih pravila i izdata publikacija 758. Ova revizija je u primjeni od 1. jula 2010. godine. Jednoobrazna pravila za garancije na poziv su, za razliku od pravila za ugovorne garancije, široko prihvaćena u međunarodnoj trgovinskoj praksi. Na ova pravila se pozivaju banke prilikom izdavanja garancija i u unutrašnjem prometu.

Revidovana Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (u nastavku teksta: „URDG 758“) donesena su na bazi snimanja međunarodne garancijske prakse, tako da su nova pravila jasnija, preciznija i sveobuhvatnija. Eliminirani su nedokumentarni uslovi. Novina je član 26. – Viša sila. Pravila, umjesto dosadašnjih 28, imaju 35 članova i prati ih Vodič kroz pravila, kao i novi modeli obrazaca raznih vrsta garancija na poziv, koje su predložene radi lakšeg rada sa garancijama u međunarodnom poslovanju. Svjetska banka i FIDIC uključili su u svoje formulare i uzorke bankarskih obrazaca prema ovim pravilima.

Usvajanje ovih jednoobraznih pravila predstavlja značajan uspjeh u procesu unifikacije bankarskog prava, kao i međunarodnog trgovinskog prava uopšte. Unifikacija putem jednoobraznih pravila pokazala se vrlo uspješnom i prihvaćenom od strane privrednih subjekata.

Jednoobrazna pravila se mogu primjenjivati i primjenjuju se i u unutrašnjem prometu, po pitanjima koja nisu regulisana zakonom i

⁴ Bondovi su alternativa bankarskim garancijama, ali su u potpunosti vezani za osnovni posao. Izdaju ih osiguravajuća društva.

⁵ Između stand-by akreditiva i bankarske garancije na poziv nema bitnih razlika. Stand-by akreditiv je nastao u SAD kao rezultat zabrane američkim bankama da preuzimaju apstraktnu ugovorne obaveze.

kada ih ugovorne strane izričito ugovore. Praksa banaka jeste da se u samom tekstu garancije navede da bankarska garancija potpada pod jednoobrazna pravila URDG 758.

4. BITNI ELEMENTI I DRUGE ODREDBE GARANCIJE NA POZIV

Bankarska garancija, prema Zakonu o obligacionim odnosima, mora biti izdata u pisanom obliku. Isto predviđaju i Jednoobrazna pravila za garancije na poziv.

Zakon o obligacionim odnosima, koji u našem pravnom sistemu reguliše bankarsku garanciju, ne određuje bitne elemente garancije. Ugovornim stranama je, dakle, prepušteno da odrede bitne elemente bankarske garancije, ali je bankarska praksa prihvatila kao bitne određene elemente zajedničke za svaki oblik bankarske garancije, a koji su u skladu sa odredbom o bitnim elementima prema Jednoobraznim pravilima.

Prema Jednoobraznim pravilima za garancije na poziv,⁶ svaka garancija mora da sadrži sljedeće elemente kao bitne:

- nalogodavac,
- korisnik,
- garant,
- identifikacija osnovnog posla koji je zahtijevao izdavanje garancije,
- identifikacija izdate garancije,
- maksimalni iznos i valuta,
- rok važenja garancije,
- odredbe poziva na plaćanje,
- odredba o obliku poziva ili drugih dokumenata – papirni ili elektronski,
- jezik svakog dokumenta i
- strana koja je obavezna da plati sve naknade.

Nalogodavac je lice koje je podnijelo zahtjev za izdavanje garancije banci i koje je sa bankom potom zaključilo ugovor o davanju garancije. Nalogodavac je istovremeno i ugovorna strana u osnovnom poslu (ili ponuđač kod licitacione garancije), koja preuzima obavezu da obezbijedi garanciju.

Korisnik garancije je pravno ili fizičko lice koje izdavanjem garancije stiče prava koja su navedena u samoj garanciji. Korisnik garancije je ugovorna strana iz osnovnog posla koja je od svog ugovornog partnera zahtijevala garanciju. Prava iz bankarske garancije, prema Zakonu o obligacionim odnosima, korisnik može ustupiti samo sa ustupanjem potraživanja koje je obezbjeđeno i prenosom obaveza u vezi s tim potraživanjem. Prema Jednoobraznim pravilima, garancija je prenosiva samo ako je to izričito naznačeno u tekstu garancije, a i tada garant nije obavezan da postupi po zahtjevu za prenos nakon izdavanja.

Garant je lice koje je izdalo garanciju. Kod nas je uobičajno da banka izdaje garanciju, zbog čega se i zove bankarska garancija, pa je i Zakonom o obligacionim odnosima regulisana „bankarska garancija“, dok u nekim drugim zemljama, poput SAD, garancije izdaju prvenstveno osiguravajuće kompanije. Jednoobraznim pra-

vilima predviđeno je da garancije, pored banaka i osiguravajućih kompanija, mogu izdavati i druga pravna i fizička lica.

Maksimalni iznos i valuta plaćanja jesu obavezan element bankarske garancije. Garant isplaćuje određeni iznos novca pa obaveza mora glasiti na određeni iznos. Taj iznos može biti određen kao fiksni ili naknadno odrediti, a može se i izmijeniti. Jednoobrazna pravila dozvoljavaju da se obaveze po garanciji u međunarodnom prometu isplate i u drugoj valuti od one koja je navedena u garanciji, odnosno u valuti mjesta plaćanja.

Rok važenja garancije je obavezno definisan u samoj garanciji i podrazumijeva vremensko ograničenje obaveze garanta. Rok dospijelosti obaveza po garanciji može biti fiksno određen datumom, ali i nastupanjem određenog događaja (npr. kod avansnih garancija plaćanjem avansa), odnosno ispunjenjem određenih uslova.

Oslobađanje garanta od obaveze preuzete garancijom moguće je i prije isteka roka važenja garancije u slučaju povlačenja garancije. Garancija se može opozvati vraćanjem same garancije garantu ili pismenom izjavom korisnika garancije kojom ga oslobađa obaveze po garanciji. Jednoobrazna pravila za garancije na poziv uređuju da obaveza iz garancije prestaje da važi istekom, isplatom ili oslobađanjem. Isto tako, ako nema datuma isteka, obaveza garanta prestaje u roku od tri godine od dana izdavanja garancije.

Rok važenja garancije moguće je produžiti na zahtjev korisnika i nalogodavca. Korisnik prema banci može podnijeti zahtjev za plaćanje po garanciji i kao alternativu zahtijevati produženje roka. Garant suspenduje plaćanje za period ne duži od trideset kalendarskih dana od dana poziva. U tom slučaju, banka garant mora ostaviti vremena nalogodavcu i korisniku da se dogovore oko produženja roka, a ukoliko se dogovor ne postigne, obavezna je da izvrši plaćanje po garanciji.

Izdata garancija u roku važenja može biti izmijenjena po različitim osnovama. Postupak izmjene je isti kao postupak izdavanja, podrazumijeva pismeni zahtjev i obradu od strane banke.

Uslovi za naplatu su navedeni u samoj garanciji i garant je, u slučaju ispunjenja ovih uslova, po zahtjevu korisnika, dužan da isplati garantovanu sumu. Karakteristika garancija po pozivu jeste uprošćenost uslova koje je potrebno da ispuni korisnik garancije da bi mogao da zahtijeva naplatu. U osnovi, to je samo podnošenje pismenog zahtjeva za naplatu bez drugih uslova. Pismeni zahtjev mora biti sastavljen u skladu s uslovima garancije, podnijet u roku važenja i u mjestu izdavanja garancije, odnosno u sjedištu garanta. Uz pismeni zahtjev, korisnik dostavlja i izjavu da je došlo do povrede obaveze i u čemu se sastoji. Jednoobrazna pravila pretpostavljaju dokumentarnu garanciju i svaku smatraju takvom ako nije izričito ugovoreno suprotno. Garant je obavezan da u vremenskom periodu od pet radnih dana ispita zahtjev i donese odluku o isplati po istom, kao i da bez odgađanja po primitku zahtjeva za naplatu obavijesti nalogodavca.

U praksi se, pored navedenih bitnih elemenata, najčešće ugovaraju i: klauzula o vraćanju garancije, klauzula o kliznoj skali, klauzula o kamatnoj stopi, klauzula o primjeni mjerodavnog prava, klauzula o sudu ili arbitraži koji će rješavati spor koji eventualno proistekne iz garancije i sl.

5. OGRANIČENJE ODGOVORNOSTI BANKE

Banka kao garant je kod bankarske garancije na poziv prema URDG 758 dosta široko oslobođena odgovornosti.⁷ To oslobađanje od

⁶ URDG 758, član 8.

⁷ URDG 758 ograničenje odgovornosti banke reguliše kroz četiri člana, čl. 27–30.

odgovornosti odnosi se na ispravnost dokumenta u vezi s formom, potpunosti, tačnosti, autentičnosti, falsifikatom i pravnim dejstvom potpisa i dokumenta koji mu je prezentovan.

Banka garant ne preuzima odgovornost ni za transmisiju i prevođenje u smislu posljedica zbog zakašnjenja ili gubitka u prenosu poruka, pisanih zahtjeva i dokumenata, za greške zbog prevoda i tumačenja tehničkih termina i drugog sličnog.

Banka garant je takođe izuzeta od odgovornosti za postupke druge strane, čije usluge eventualno koristi da bi proveo instrukcije nalogodavca ili kontragaranta.

Jedini uslov isključenja odgovornosti garanta je da u svim naprijed navedenim slučajevima djeluje „u dobroj vjeri“.

6. ZLOUPOTREBE U NAPLATI

Nasuprot prednosti bankarske garancije u smislu brze i sigurne naplate, postoji opasnost brze i neopravdane naplate ili prevare. Kako se radi o neopozivim garancijama banke, kada banka jednom izda garanciju, ni banka ni nalogodavac više ne mogu zaustaviti plaćanje po zahtjevu korisnika, ukoliko je zahtjev ispostavljen u skladu sa uslovima navedenim u garanciji. Ti uslovi su, kao što znamo, formalne prirode. Banka je dužna da po pozivu plati bez upuštanja u provjeru stvarnog stanja stvari. Kod plaćanja po garanciji na poziv banka ne smije da provjerava da li postoje propusti i da li je nalogodavac zaista odgovoran za propuste koji se navode u izjavi koju korisnik dostavlja uz poziv za plaćanje, bitno je samo da je izjava formalno ispravna.

S druge strane, banke imaju jasan interes da po pozivu korisniku plate po garanciji i na taj način izvrše svoju obavezu preuzetu izdatom garancijom. U pravilu, dobro su osigurane u odnosu na svog klijenta, nalogodavca, i procijenjeni negativni efekti na poslovanje banke su najčešće veći za slučaj osporavanja nego plaćanja po garanciji. Banka ne želi da bude uvučena u spor između korisnika i nalogodavca i to će nastojati izbjeći ako može. Upravo ovo izbjegavanje banaka da budu uvučene u odnose ugovornih strana po osnovnom poslu jeste i jedan od bitnih razloga zbog kojih su garancije na poziv prisutnije u praksi od akcesornih garancija.

Bankarska garancija na poziv daje prednost korisniku koji može garanciju naplatiti i ako mu osnovni odnos sa nalogodavcem ne daje pravo na naplatu. Korisnik garanciju naplaćuje jednostavno, podnošenjem zahtjeva za plaćanje banci uz izjavu da je stekao pravo na plaćanje bez obaveze dokazivanja. Prema tome, kod bankarske garancije na poziv postoji realna mogućnost neopravdanog pozivanja bankarskih garancija na plaćanje i zloupotrebe, odnosno prevare.

Plaćanje po garanciji na poziv je veoma teško zaustaviti, a u slučaju prevare može se zaustaviti jedino sudskim putem. Sud u slučaju očigledne prevare može zaustaviti plaćanje, ali to u praksi nije jednostavno dokazati i ostvariti. Sudovi ili arbitražna vijeća evropskih zemalja u proteklom su vremenu donosili različite odluke o ovom pitanju, ali se može primijetiti opreznost kod donošenja odluka o privremenim mjerama. (Vukmir, 2006, str. 269)

I u domaćem prometu ima pokušaja nalogodavaca da posrednim putem, sudskim privremenim mjerama, zaustave isplatu po garanciji na poziv. U nekim slučajevima domaći su sudovi dosta olako prihvatili prijedloge nalogodavaca i davali privremene mjere. (Vukadinović, Anđelković i Vuković, 1995)

A koliko je dobro, pa čak i neophodno, da postoji mehanizam zaštite od prevare, isto toliko je opasno derogirati apstraktnu prirodu garancije na poziv kao osnov njenih prednosti, efikasne i sigurne naplate.

Mjere sudske zaštite podrazumijevaju privremene mjere ili mjere za očuvanje imovine ili nekog prava i mogu biti usmjerene ili protiv korisnika ili protiv banke koja je dužna da plati. Privremenim mjerama se može banci zabraniti isplata, prijem falsifikovanih ili lažnih dokumenata ili korisniku prijem novčanih sredstava ili raspolaganje sredstvima.

Jednoobrazna pravila za garancije ne sadrže odredbe u vezi sa prevarom, a nacionalna zakonodavstva se u ovom pitanju razlikuju i kad su u pitanju prava kad su u pitanju privremene mjere zaštite koje oštećenom stoje na raspolaganju.

U međunarodnoj praksi nema usaglašenih stavova u vezi s uslovima prihvatanja privremenih mjera suda kojim bi se zabranila isplata po garanciji do okončanja nekog postupka, sudskog ili arbitražnog. Neupitno je jedino da moraju postojati dokazi o prevari i zloupotrebi. (Vukmir, 2009)

ZAKLJUČAK

Bankarska garancija na poziv se i u međunarodnom i u domaćem prometu nametnula kao najbolje sredstvo da ugovorne strane osiguraju ostvarenje svojih prava kod ugovora u privredi zbog toga što omogućava brzu, jednostavnu i pouzdanu naplatu.

Unifikacija pravila koja regulišu materiju bankarske garancije značajno je doprinjela prihvaćenosti bankarske garancije u međunarodnom prometu kao jednog od najznačajnijih vidova obezbjeđenja. Najveću prihvaćenost, a time i najveći značaj u formiranju poslovnih običaja i međunarodne trgovačke prakse, imala su Jednoobrazna pravila za garancije na poziv, a na ova se pravila pozivaju banke prilikom izdavanja garancija i u unutrašnjem prometu.

Bankarska garancija na poziv nosi visok stepen zaštite povjerioca, sigurnije je sredstvo obezbjeđenja od drugih, iz razloga što su banke sposobnije i sigurnije za plaćanje od svih drugih privrednih subjekata. Bankarska garancija na poziv, pri tome, omogućava korisniku jednostavnu i brzu naplatu, bez obaveze dokazivanja povrede obaveza nalogodavca ili nastanka štete i uz krajnje jednostavan postupak. Bankarska garancija na poziv je iz ovih razloga veoma dobra zaštita korisnika.

Međutim, nasuprot ovim dobrim stranama garancije na poziv, posmatrano iz ugla korisnika, stoji izloženost nalogodavca riziku neopravdane naplate. Ovaj rizik proističe iz samostalnosti i apstraktnosti ove vrste garancije, a koje su upravo i osnov njenih prednosti, brze i jednostavne naplate. Ovo je osnovni prigovor garanciji na poziv i razlog osporavanja.

Drugi nedostatak garancije na poziv sa stanovišta nalogodavca je mogućnost produžavanja roka važenja korištenjem mogućnosti pritiska na nalogodavca kroz zahtjev „produži ili plati“.

Ipak, pozivanje garancija na naplatu je i kod nas i u međunarodnom prometu dosta rijetko, a što samo naglašava značaj funkcije garancije kao sredstva pritiska u smislu poštovanja ugovornih odredbi. Ova suzdržanost korisnika u pozivanju garancija na naplatu, međutim, ne poništava nego samo u nekom obimu ublažava navedene prigovore garanciji na poziv.

Uzimajući sve prethodno navedeno u obzir, možemo zaključiti da su prigovori koji se realno mogu dati kod bankarske garancije na poziv, ipak, manji od prednosti ovog instrumenta u odnosu na druge instrumente obezbjeđenja koji se nude kao alternativa.

Sama činjenica da je međunarodna praksa prihvatila garancije na poziv u većem obimu nego je to slučaj sa ugovornim garancijama,

govori u prilog garancijama na poziv. Nastojanja Međunarodne privredne komore u Parizu da se putem Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije 1978. godine prevaziđu prigovori na rizik neopravdanog plaćanja po garancijama ostala je, ipak, bez očekivanog rezultata. Na ovaj način trebalo se postići da se plaćanje na prvi poziv korisnika zamijeni plaćanjem na osnovu presude suda ili arbitražne odluke. Ali privredna praksa je ipak dala svoj sud u korist garancije na poziv bez obzira na određena ograničenja i rizike koje ona nosi. Jednoobrazna pravila za garancije na poziv su u širokoj upotrebi i u domaćem i u međunarodnom privrednom životu.

Prevara, međutim, kao način sticanja koristi ne može biti prihvatljiva ni u jednom pravnom sistemu, pa se mora ostaviti prostora za poništavanje apstraktnosti bankarske garancije u slučajevima prevare.

IZVORI

1. Antonijević, Z. (1986). *Privredno pravo*. Beograd: Savremena administracija.
2. Jednoobrazna pravila Međunarodne trgovinske komore za garancije na poziv sa modelima obrazaca – Revizija 2010. (2010). Beograd: ICC Serbia/ Privredna komora Srbije.
3. Šogorov, S. (1985). *Bankarska garancija*. Beograd: Naučna knjiga.
4. Šogorov, S., i Vilus, J. (2006). *Pravo Evropske unije i međunarodno ugovorno i poslovno pravo*. Beograd: ECPD.
5. Vukmir, B. (2009). *Ugovori o građenju i uslugama savjetodavnih inženjera*. Zagreb: RRIF plus.
6. Vukmir, B. (2007). *Pravo međunarodnih plaćanja – Instrumenti osiguranja plaćanja*. Zagreb: RRIF plus.
7. Vukmir, B. (2006). „Razlozi za obustavu isplate bankarskih garancija na poziv“. *Zbornik PFZ*, 56, 253–279.
8. Vukadinović, R., Anđelković, C., i Vuković, D. (1995). *Garancije na prvi poziv u međunarodnoj praksi, Jednoobrazna pravila za garancije na poziv*. Beograd: Udruženje banaka Jugoslavije.
9. Zakon o obligacionim odnosima, „Službeni list SFRJ“ br. 29/78, „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04.