

BANKARSKA GARANCIJA

1. Uvod

Bankarska garancija je jedan od instrumenata osiguranja obaveza stranaka iz ugovornog odnosa, odnosno zaštita od rizika neizvršenja ili njihova neurednog izvršenja. Kao pravni institut, bankarska garancija pojavila se 1960. godina i to u vezi najčešće sa izvođenjem velikih građevinskih radova često povezanih sa isporukom oprema zemljama u razvoju. Znatnu međunarodnu primjenu bankarska garancija započela je 1970. godina sa recesijom u razvijenim zapadnim zemljama. U većini zemalja bankarska garancija je nenominovani ugovor, dakle ugovor koji nije regulisan zakonskim odredbama a samo u manjem broju država ona je propisana zakonom. U Republici Srpskoj bankarska garancija propisana je Zakonom o obligacionim odnosima („Službeni list SFRJ“ broj: 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i „Službeni glasnik RS“ broj:17/93, 3/96, 39/03, 74/04, dalje: ZOO) i to odredbama članova 1083-1088. U poslovanju privrednih subjekata, pojmom „bankarska garancija“ označavaju se različiti pravni instituti, koji imaju za cilj obezbjeđenje ispunjenja ugovorom preuzetih obaveza bančinih komitenata. Riječ je o različitim sredstvima obezbjeđenja, kako personalnim (mjenično jemstvo, akceptiranje mjenice, dokumentarni akreditiv i sl.), tako i realnim, odnosno stvarnopravnim (ručna zaloga, hipoteka, založno pravo na hartijama od vrijednosti). Obezbuđenje ispunjenja ugovornih obaveza zajednička je osobina navedenih instituta, koji u širem smislu predstavljaju bankarske garancije za ispunjenje ugovorenih obaveza.

Međutim, bankarska garancija u užem smislu je poseban pravni institut koji ima specifične karakteristike, a koje ga, i pored određenih dodirnih tačaka, bitno razlikuju od naprijed navedenih instituta.

2. Pojam i pravna priroda bankarske garancije

Bankarska garancija je bankarski uslužni posao kojim banka garantuje povjeriocu da će dužnik uredno izvršiti svoju obavezu tj. da će povjeriocu izmiriti obavezu o dospelosti ako to dužnik ne učini. Banka se kod ovih poslova pojavljuje u ulozi jemca.

Bankarskom garancijom obavezuje se banka prema primaocu garancije (korisniku) da će mu za slučaj da mu treće lice ne ispuni obavezu o dospelosti izmiriti obavezu ako budu ispunjeni uslovi navedeni u garanciji.

Prema članu 1083. ZOO, garancija mora biti izdata u pismenoj formi. Iz definicije bankarske garancije pravna teorija izvodi zaključak da je bankarska garancija po svojoj pravnoj prirodi jednostrani pravni posao, a ne ugovor, jer obaveza banke prema korisniku garancije nastaje jednostranom izjavom volje banke izraženoj u datoj garanciji. Otuda se povjerilac iz osnovnog pravnog posla (korisnik garancije) može koristiti garancijom i kada nije saglasan sa njenim uslovima.

U teoriji postoje druga mišljenja prema kojima je bankarska garancija jednostrano- obavezni ugovor između banke i korisnika garancije, jer obaveza nastaje samo za banku.

Između ugovora o jemstvu i bankarske garancije postoje određene sličnosti, a bitna razlika je u tome što kod jemstva jemac odgovara za tuđu obavezu, dok kod bankarske garancije banka odgovara za svoju obavezu i izvršava svoju obavezu, a ne dužnikovu. Pravna zavisnost jemčeve obaveze u odnosu na obavezu glavnog dužnika iz osnovnog posla označava se kao

akcesornost i prema shvatanju pravne teorije i prakse, predstavlja osnovni glavni kriterium razlikovanja jemstva od bankarske garancije. Zato jemstvo pruža povjeriocu sigurnost samo protiv rizika insolventnosti dužnika iz glavnog ugovora, ali ne i protiv rizika pravnog postojanja obaveze tog dužnika, npr. ako osnovni posao nije punovažno nastao, ili je kasnije prestao ili je postao nepunovažan.

Za bankarsku garanciju je karakteristično da ona može, ali i ne mora biti akcesornog karaktera tj. može ali i ne mora zavisiti o ispunjenju dužnikove obaveze prema njegovom povjeriocu. Bankarska garancija predstavlja bančinu obavezu koju ova preuzima na sebe kao garant, a koja nije vezana uz osnovni odnos između povjerioca i dužnika. Prema tome, kod bankarske garancije banka kao pravno lice preuzima na sebe obavezu koja je nezavisna od obaveze iz dužničko povjerilačkog odnosa povodom kojeg je izdata. Ta bančina obaveza, za razliku od jemstva može biti samo obaveza plaćanja određenog novčanog iznosa (član 1084. ZOO). Banka se garancijom obavezuje korisniku garancije da će mu u granicama visine iznosa navedenog u garanciji naknaditi štetu koju trpi zbog izostanka činidbe dužnika iz osnovnog ugovora – nalogodavca za izdavanje garancije. Prema tome, banka koja izdaje garanciju osigurava lice u čiju je korist izdala garanciju (povjerilac iz osnovnog ugovora) protiv rizika izostanka ispunjenja ili neurednog ispunjenja obaveze glavnog dužnika obeštećujući korisnika garancije isplatom određenog novčanog iznosa navedenog u garanciji. U ekonomskom smislu, bankarska garancija predstavlja svojevrsnu naknadu štete koja nastane povjeriocu iz obaveznog odnosa, ako mu dužnik ne ispuni svoju ugovorenu obavezu.

Kod bankarske garancije radi se o dvostranom pravnom poslu, ali o jednostrano obaveznom ugovoru. Može se izvesti zaključak da je bankarska garancija dvostrani pravni posao jer nastaje ugovorom kojeg sklapaju dvije ugovorne stranke, ali ona je i jednostrano obavezni ugovor, jer njime nastaje samo obaveza banke u odnosu prema korisniku garancije (obaveza isplate određenog novčanog iznosa). Nasuprot tome, prema banci korisnik garancije nema nikakvu obavezu.

Bankarska garancija razlikuje se od naloga za plaćanje sa računa. Bankarska garancija je sredstvo obezbjeđenja plaćanja u smislu člana 1083. ZOO i ona nije nalog za plaćanje sa računa u okviru propisa o platnom prometu. O ovom stavu se izjasnio i Viši privredni sud u Beogradu rješenjem Pž-7393/96 od 08.10.1996. godine.

3. Pravni odnosi i subjekti kod bankarske garancije

U pravne odnose povodom izdavanja bankarske garancije stupaju najmanje tri pravna subjekta i to: nalogodavac (dužnik iz osnovnog pravnog posla), banka koja izdaje garanciju i korisnik garancije (povjerilac iz osnovnog pravnog posla zaključenog sa nalogodavcem).

- Odnosi između dužnika i povjerioca iz osnovnog ugovora

Stranke saglasno načelu slobode uređenja svojih odnosa propisanog odredbom člana 10. ZOO mogu precizirati vrstu svih osiguravajućih sredstava, njihov sadržaj i način za njihovo izdavanje. Ugovorom stranke između ostalog ugovaraju ko, kada i kako će ishoditi bankarsku garanciju i sa kakvim sadržajem. Na osnovu osnovnog ugovora nastaje pravni odnos između povjerioca i dužnika koji se posebnom finansijskom klauzulom obavezuje da pribavi garanciju određene banke, radi obezbjeđenja povjeriočevog potraživanja. Neispunjenje ove obaveze daje povjeriocu pravo da raskine ugovor i da od dužnika traži naknadu štete zbog neizvršenja ugovora. Osnovni ugovor može biti ugovor o kreditu, ugovor o prodaji robe ili

nepokretnosti, ugovor o građenju kao i mnoge druge vrste obligacionih ugovora. Poseban značaj imaju ugovori o privatizaciji, ugovori o javnim nabavkama, kao i ugovori o prodaji imovine stečajnog dužnika ili samog stečajnog dužnika kao pravnog lica. Odredba o bankarskoj garanciji sadržana u osnovnom ugovoru mora i treba da bude jasna, tako da se u potpunosti isključuje svaka moguća potreba tumačenja ugovora. Obzirom da je odredbom člana 1083. ZOO propisana pismena forma kod izdavanja bankarske garancije mišljenja smo da i odredba osnovnog ugovora koja sadrži klauzulu za pribavljanje bankarske garancije takođe mora biti sačinjena u tom obliku, nezavisno o tome što za sam ugovor osnovni zakon ne predviđa pisanu formu.

Potrebno je napomenuti da punovažnost osnovnog ugovora nema uticaja na valjanost same bankarske garancije, upravo iz razloga, kao što je naprijed navedeno, što garancija predstavlja poseban ugovor odnosno poseban pravni posao.

- Odnos između nalagodavca (dužnika iz osnovnog pravnog posla) i banke

Pravni odnos između nalagodavca i banke koja izdaje garanciju nastaje zaključenjem ugovora o izdavanju bankarske garancije kojim se banka obavezuje da će trećem licu (korisniku) izdati garanciju, dok se nalagodavac obavezuje da će za izvršenu uslugu platiti banci proviziju i nadoknaditi ostale troškove. Radi realizacije obaveze koja je predviđena garancijskom ili finansijskom klauzulom osnovnog ugovora, dužnik iz osnovnog ugovora, sada nalagodavac, stupa u odnos sa bankom, i to najčešće sa bankom čiji je komitent. Prema svojoj pravnoj prirodi, ovo je ugovor o nalogu, a mogu postojati i elementi ugovora o kreditu. Isplatom iznosa iz garancije korisniku, između banke i nalagodavca za čiji račun je izvršeno plaćanje uspostavlja se kreditni odnos, a uz to je u situaciji kada nalagodavac na svom računu kod banke nema finansijsko pokriće za izvršenje takvog naloga. Ugovor između nalagodavca i banke, koji po svojoj pravnoj sadržini je ugovor o nalogu, mora u potpunosti odgovarati klauzuli iz osnovnog ugovora u pogledu svih bitnih elemenata bankarske garancije: sadržaj garancije, vrsta, rok važenja garancije i dr. U suprotnom korisnik garancije može nakon saznanja za izdatu bankarsku garanciju, raskinuti osnovni ugovor, ili se zadovoljiti s takvom garancijom a može tražiti od druge ugovorne strane izdavanje nove garancije u skladu sa osnovnim ugovorom, što u stvari i jeste ispunjenje ugovorene obaveze, a što sve zavisi od volje korisnika garancije.

Znači ovo je dvostrano obavezni ugovor i svaka strana ima pravo da odbije ispunjenje svoje obaveze, dok druga strana ne ispuni ili nije spremna da ispuni svoju obavezu.

Prihvatanjem naloga svog komitenta, uspostavlja se pravni odnos između banke garanta i nalagodavca, dok se realizacijom naloga uspostavlja odnos između banke garanta i korisnika garancije.

U situaciji kada banka koja se obavezala izdati garanciju odstupa od zaključenog ugovora i bez saglasnosti nalagodavca izda garanciju suprotnu ugovoru po shvatanju Vrhovnog suda Republike Hrvatske izraženog u odluci Pž-7833/04 od 14. marta 2006. godine, smatra se kao poslovođstvo bez naloga (član 220. ZOO). Stav tog suda glasi: „Osim toga, prema ocjeni ovog suda u konkretnom slučaju nema mjesta primjeni odredbe člana 752. stav 2. ZOO prema kojoj ako nalogoprimec prekorači granice naloga ili odstupa od dobivenih uputa smatra se poslovođom bez naloga. Naime, da bi se tužilac mogao smatrati poslovođom bez naloga, on je tokom postupka morao dokazati da je izdavanje garancije „bez prigovora“ i bez roka važenja garancije protivno nalogu tuženog bilo korisno i nužno za tuženog, dakle da se prilikom izdavanja garancije radilo o takvom poslu koji ne trpi odgađanje te da je tuženom predstojala šteta ili propuštanje očite koristi. Tužilac naprotiv, tu činjenicu tokom

prvostepenog postupka nije ni iznio, a prema mišljenju ovog suda neograničeni rok važenja garancije očito nije u interesu tuženog jer bi tuženi time bio u situaciji da uvijek može biti pozvan od strane tužioca da mu naknadi iznos kojeg je tužilac platio korisniku garancije, pa i nakon zastare isplate carine, a što je protivno pravnoj sigurnosti.“

- *Odnos između banke garanta i korisnika garancije*

Realizacijom naloga, uspostavlja se centralni i najvažniji pravni odnos u poslu bankarske garancije, a to je odnos banke garanta i korisnika garancije. Iako se on nadovezuje na odnos banke i nalogodavca, on je samostalan odnos i nezavisan pravni posao i bitno se razlikuje od njega. Ovim poslom banka preuzima obavezu da će korisniku garancije isplatiti određenu sumu novca ukoliko dužnik iz osnovnog ugovora ne izvrši ili neuredno izvrši svoje ugovorene obaveze.

Znači, izdavanjem bankarske garancije, gasi se jedna obaveza banke, nastala zaključenjem ugovora o izdavanju bankarske garancije, a dolazi do zasnivanja jedne nove obaveze koja ima osnov u ugovoru o bankarskoj garanciji.

Između ova dva ugovora ne postoji nikakva pravna veza. Banka ne može prema korisniku da ističe prigovore koji imaju osnov u ugovoru o izdavanju bankarske garancije, jer bi tada bankarska garancija bila akcesorna. Pored toga, posao bankarske garancije je jednostrano obavezan, a ugovor o izdavanju bankarske garancije dvostrano obavezan. Predmet ugovora im je takođe različit. Ali, imajući u vidu njihovu samostalnost i nezavisnost, jasno je da oni jedan bez drugog ne mogu, i da tek zajedno dovode do stvaranja jednog garancijskog posla.

- *Drugi pravni odnosi u poslu bankarske garancije*

Pod drugim pravnim odnosima, podrazumjevaju se odnosi koji nastaju uključivanjem još jedne banke u garancijski posao, što u međunarodnoj razmjeni predstavlja redovnu pojavu.

Najčešće do toga dolazi kad povjerilac zahtijeva da bude obaviješten o izdavanju garancije preko banke koja se nalazi u njegovom sjedištu, ili kad zahtijeva da ta banka izda garanciju ili kontragaranciju.

Tada imamo četiri učesnika u garancijskom poslu: nalogodavca, banku garanta koja je istovremeno i nalogodavac, zatim, banku u sjedištu povjerioca i korisnika.

4. Ugovor o davanju (izdavanju) bankarske garancije

Mislim da je ugovor o davanju bankarske garancije potrebno analizirati prije ugovora o bankarskoj garanciji.

Pod ugovorom o davanju bankarske garancije podrazumijeva se takav ugovor kojim se banka garant obavezuje da će u svoje ime, a za račun komitenta, trećem licu (korisniku) izdati garanciju, a nalogodavac se obavezuje da će banki za to platiti proviziju i da će ispuniti druge, ugovorom predviđene obaveze.

Ovaj ugovor nije zakonom posebno regulisan, već se na njega shodno primjenjuju odredbe ugovora o nalogu. On je dvostrano obavezan i teretan ugovor. Banka ima obavezu da sa trećim licem zaključi ugovor o bankarskoj garanciji, a nalogodavac da za tu uslugu plati proviziju. Kao i kod svih dvostrano obaveznih ugovora, svaka strana ima pravo da odbije izvršenje svoje obaveze ističući prigovor *exceptio non adimpleti contractus*.

Ovaj ugovor spada u red ugovora strogo vezanih za ličnost (*intuiti personae*), pa banka nema ovlašćenje da obaveze iz ugovora, bez saglasnosti nalogodavca, prenese na drugu banku. Ugovor o davanju bankarske garancije pokazuje kako se i zašto zaključuje ugovor o

bankarskoj garanciji, i tek na osnovu njega može se razumjeti spremnost banke da preuzme odgovornost iz bankarske garancije prema trećem licu.

- Razlike između ugovora o bankarskoj garanciji i ugovora o davanju bankarske garancije

Kao što je već navedeno, ugovor o davanju bankarske garancije je dvostrano obavezan i teretan ugovor, a ugovor o bankarskoj garanciji jednostrano obavezan.

Predmet ugovora im je takođe različit, kod ugovora o davanju bankarske garancije to je zaključenje ugovora o bankarskoj garanciji, a kod ugovora o bankarskoj garanciji to je preuzimanje rizika isplate garantnog iznosa u slučaju da se ispune uslovi iz garancije. U stvari, ispunjenjem obaveze iz jednog ugovora, nastaje druga obaveza tj. zaključenjem ugovora o bankarskoj garanciji, kao glavnoj obavezi iz ugovora o davanju bankarske garancije, banka je ispunila jednu obavezu, ali je istovremeno dobila drugu, ali sada po ugovoru o bankarskoj garanciji.

Između ova dva ugovora ne postoji pravna veza i zato je uskraćena direktna tužba između korisnika garancije i nalogodavca. Istina, korisnik može da istakne prigovor prema povjeriocu ali po osnovu osnovnog posla.

- Zaključenje ugovora i njegova sadržina

Kod ugovora o davanju bankarske garancije se uočavaju specifičnosti prilikom njegovog zaključivanja. One se ogledaju u tome što je banka garant, sa kojom nalogodavac treba da zaključi ugovor, obično već upoznata sa elementima ugovora, jer je učestvovala u pregovorima za zaključenje osnovnog ugovora čije se obezbjeđenje traži.

Do zaključenja ugovora može doći izričito, ali i prećutno, što u praksi jeste najčešće slučaj. Ugovor može da bude zaključen na inicijativu nalogodavca kao i na inicijativu banke. Ovo se objašnjava time što banka, na zahtjev svog klijenta učestvuje u zaključenju osnovnog ugovora, i što vrlo često sastavlja finansijsku klauzulu istog, tako da je ona, praktično, prije nego što dobije nalog od svog klijenta već upoznata sa njegovim sadržajem.

Kako je ona već izrazila spremnost na zaključenje ovakvog ugovora, ugovor o davanju bankarske garancije se najčešće zaključuje prećutno. Međutim, ukoliko banka ne želi da se njeno ćutanje ovako protumači, ona treba da reaguje, da nalog izričito odbije, jer će se u suprotnom smatrati da je ugovor zaključen ćutanjem (čl. 42. i 75. ZOO).

Ovakav način zaključenja ugovora je u potpunosti u skladu sa osnovnim pretpostavkama savremenog bankarskog poslovanja a to su brzina i sigurnost.

Kako garancija treba da bude saglasna svrsi ugovora, banka rijetko sama sastavlja tekst garancije. Najbolje je kada to čine zajedno banka, nalogodavac i korisnik, jer često banka od svog komitenta ne dobije dovoljne podatke za tekst garancije, pa može doći do neslaganja između želja korisnika i pripremljenog teksta.

Ugovor se obično zaključuje na formularima banke i mora da sadrži označenje korisnika, predmet obaveze banke i određene provizije. Često sadrži i odredbe o sredstvima obezbjeđenja prema nalogodavcu, što smatramo korisnim, jer ako ih ne sadrži, takva sredstva banci ne stoje na raspolaganju.

Na kraju, važno je reći da ugovor o davanju bankarske garancije ne smije da sadrži odredbe koje se odnose na osnovni posao.

- Obaveza garanta i nalogodavca

Banka garant ima nekoliko obaveza iz ugovora o davanju bankarske garancije, a to su:

- obaveza zaključenja ugovora o bankarskoj garanciji,

- obaveza podnošenja izvještaja i obavještenja i
- obaveza postupanja s pažnjom dobrog privrednika

Obaveze nalogodavca iz ugovora o davanju bankarske garancije su:

- obaveza plaćanja provizije banci,
- obaveza plaćanja troškova i eventualno
- obaveza pribavljanja sredstava obezbjeđenja.

5. Ugovor o bankarskoj garanciji

Bankarska garancija se može definisati kao samostalan, jednostrano obavezan ugovor, kojim se jedno lice (banka garant) obavezuje drugom licu (korisniku garancije) da će mu isplatom određene sume novca, nadoknaditi štetu koju je pretrpio neostvarivanjem određenog privrednog interesa.

Bankarska garancija je samostalna i bitno različita od jemstva.

Pravna priroda bankarske garancije

Shvatanja o pravnoj prirodi bankarske garancije su podijeljena. Jedni bankarsku garanciju vide kao jednostranu izjavu volje, a drugi kao ugovor. Pristalice jednostrane izjave volje kažu da, kako je za nastanak ugovora potrebna saglasnost volja dva lica, ugovor je, prema tome, uvijek dvostrano obavezan. Ugovor o bankarskoj garanciji nije po svojoj pravnoj prirodi ugovor zato što je on jednostrano obavezan. Oni smatraju da za zaključenje ugovora nije potrebna saglasnost volja dva lica već je za nastanak punovažne bankarske obaveze, dovoljna samo izjava banke garanta, što i jeste osnovni razlog zbog koga bankarska garancija nije ugovor već jednostrana izjava volje. Oni ovo shvatanje pravdaju činjenicom što se korisnik garancije, još u svojstvu povjerioca, izjasnio o garanciji kada je došlo do zaključenja osnovnog ugovora i da zbog toga, nema potrebe da se ponovo izjašnjava.

Međutim, pristalice ugovorne teorije ističu da je jednostrana izjava volje, kao osnov zasnivanja obaveze, izuzetak. Dalje, jednostrana izjava volje je takva volja koja se upućuje neodređenom broju lica. Izjava banke kojom se obavezuje da će isplatiti određenu sumu novca, nije upućena neodređenom, već određenom licu – korisniku garancije. Samo to lice, kao korisnik ima određeni interes prema klijentu. Banka uvijek mora da zna ko je korisnik garancije, pa je označenje korisnika bitan elemenat bankarske garancije.

Dakle, bankarska garancija je odnos između tačno određenih lica, koji postoji samo kod ugovora. Pristalice ove teorije, smatraju da je za nastanak bankarske garancije potrebna izjava volje dva lica, a ne samo izjava banke garanta. Kada bi bančina izjava bila dovoljna korisnik bi u nekim situacijama bio primoran da prihvati garanciju koja mu ne odgovara. Ovo je i razumljivo jer korisnik uvijek želi da garancija bude u skladu sa njegovim interesom i osnovnim poslom. Zbog toga, smatram da je ugovor o bankarskoj garanciji, kako mu i ime kaže, po svojoj pravnoj prirodi, ugovor.

6. Zaključenje ugovora o bankarskoj garanciji

Zaključujući ugovor, odnosno stavljanjem svog potpisa na garanciju, pred bankom se nalazi rizik za koji se nada da se neće ostvariti, zato što se banka uvijek pita da li će njen klijent vratiti avans ili izvršiti obavezu iz osnovnog ugovora, zbog čega banka uvijek prethodno

ispituje uslove ugovora, visinu garantnog iznosa, vrstu posla, ali prije svega finansijsko stanje i ličnost klijenta.

Ugovor o bankarskoj garanciji se zaključuje putem ponude i njenog prihvata, baš kao i svaki drugi ugovor.

Ponuda je prijedlog za zaključenje ugovora, učinjena određenom licu, i ona sadrži sve bitne elemente ugovora, kako bi se njenim prihvatanjem mogao zaključiti ugovor.

Ona mora biti slobodna i ozbiljna i učinjena u cilju zaključenja ugovora. Ponudu mogu da učine obje ugovorne strane, kako banka garant tako i budući korisnik garancije. Međutim, to najčešće čini banka, jer ona na taj način izvršava obavezu preuzetu zaključenjem ugovora o davanju bankarske garancije. Dok je za banku to obaveza, za povjerioca ili budućeg korisnika garancije, to je pravo koje ima osnov u budućem osnovnom ugovoru i on to čini veoma rijetko zato što nije dovoljno upoznat sa praksom banaka i nije dovoljno stručan. Bitno je reći da nalogodavac iz ugovora o davanju bankarske garancije ne može da učini ponudu.

Inače, kako je ugovor o bankarskoj garanciji kod nas formalan, a zakon nalaže da ponuda mora biti učinjena u formi koja je predviđena i za ugovor da bi obavezivala ponudioca, zaključujemo da i ponuda mora biti u pismenom obliku. To ne predstavlja problem za banke, budući da su one to i do sada činile.

Kada je ponuda učinjena, potrebno je da ona bude prihvaćena od druge ugovorne strane da bi došlo do zaključenja ugovora. Prihvat ponude, u našem pravu, baš kao i ponuda, mora biti učinjena u pismenom obliku. To dovodi do problema, imajući u vidu da se ugovor o bankarskoj garanciji, u praksi najčešće zaključuje konkludentnim radnjama, prećutno, neformalno. Problem se javlja kada se domaći i inostrani subjekt nađu u međusobnom odnosu. Kako je u međunarodnom prometu neformalan prihvat ponude pravilo, postavlja se pitanje sudbine ugovora.

Prema pravilu, da je forma kod jednostrano obaveznih ugovora ispunjena u slučaju kada ispravu potpiše samo jedno lice koje se ugovorom obavezuje, izvlačimo zaključak da prihvat ponude ne mora biti formalan, odnosno da do zaključenja ugovora dolazi prećutno, što i jeste najčešći slučaj u međunarodnoj praksi.

7. Vrste garancija

- Bankarska garancija izdana sa naslova jemstva

Ako su stranke u osnovnom ugovoru navele da će banka isplatiti korisniku iznos koji se obavezala isplatiti garancijom pod uslovom da taj iznos korisniku ne isplati nalogodavac, što je u praksi najčešće slučaj, tada se radi o ovoj vrsti garancije. Ovo je akcesorna garancija što proizilazi i iz riječi „uz podnošenje banci dokumenata“. Kod ovih bankarskih garancija obaveza banke zavisi, pored ispunjenja opštih uslova ili pretpostavki i od nastupanja garantnog slučaja, bez koga njena obaveza plaćanja ne postoji. U ovom slučaju nema jemstva, jer se banka garancijom nije obavezala ispuniti tuđu obavezu, već svoju, s tom razlikom što je tu obavezu ispunjenja uslovila prethodnim neispunjenjem obaveze dužnika iz osnovnog pravnog posla. Pravni položaj banke koja izda ovu vrstu garancije je različit od samog jemstva. Ovo iz razloga jer su stranke iz garancije, banka i korisnik garancije, pa te stranke mogu saglasno odredbi člana 344. ZOO postići sporazum o otpuštanju duga banke. Međutim, generalno gledano, položaj banke je dosta sličan institutu jemstva jer banka može korisniku garancije isticati sve prigovore koje korisniku garancije može isticati i dužnik iz osnovnog pravnog posla. To je zato što je obaveza banke zavisna o postojanju dužnikove obaveze. Ta obaveza banke traje i prestaje s postojanjem i prestankom dužnikove obaveze iz osnovnog ugovora. Vrhovni sud Republike Hrvatske u odluci Rev-5/00 navodi: „Bankarska garancija po

svojoj pravnoj prirodi jeste oblik jemstva. Prema registru u popisu djelatnosti tužene uz ostalo navedena je i djelatnost davanje svih vrsta i oblika jemstva, što znači da je izdavanje bankarske garancije upravo i bila jedna od upisanih djelatnosti tužene i kao takva tužena je bila ovlaštena izdati je.“

- Bankarska garancija „bez prigovora“

Bankarska garancija „bez prigovora“ propisana je odredbom člana 1087. ZOO, pa je rečeno da ako bankarska garancija sadrži klauzulu „bez prigovora“, „na prvi poziv“ ili sadrži riječ koja ima isto značenje, banka ne može isticati prema korisniku prigovore koje nalogodavac kao dužnik može isticati prema korisniku po obezbijeđenoj garanciji. Iz navedene zakonske odredbe proizlazi da se ova garancija razlikuje od prethodne upravo po tome što banka ne može prema korisniku isticati prigovore koji se odnose na osnovni pravni posao između nalogodavca i korisnika garancije. Prema tome, ta je garancija apstraktna (samostalna) u odnosu na pravni posao koji je sklopljen između nalogodavca i korisnika. Za tu garanciju karakteristično je da je za obavezu banke na isplatu korisniku novčanog iznosa navedenog u garanciji, dovoljno da korisnik garancije u roku važenja garancije podnese zahtjev banci za isplatu garantnog iznosa. To je jedini uslov od kojeg zavisi ispunjenje obaveze banke.

Korisnik svoj zahtjev banci mora podnijeti u pismenom obliku. Pisanim oblikom zahtjeva, kao i dokazom o dostavi tog zahtjeva banci, korisnik dokazuje da je uredno postavio zahtjev banci za isplatu novčanog iznosa navedenog u garanciji, a što sud u svakom slučaju nastanka spora između banke i korisnika garancije mora ispitati.

Bankarske garancije „bez prigovora“ predstavlja instrument osiguranja najvećeg stepena od rizika neizvršenja ili neurednog izvršenja obaveze iz osnovnog ugovora. Pravno značenje takve garancije jeste u tome da banka nema pravo preispitivati pravnu osnovanost postavljenog zahtjeva za isplatom, već jedino je li ispunjen uslov sadržan u garanciji od čega zavisi njeno ispunjenje obaveze prema korisniku. Time su omogućene i određene zloupotrebe korisnika garancije. Npr. korisnik garancije na „prvi poziv“ može, ako garancijom nisu predviđeni dokumenti koje mora predati banci uz zahtjev za isplatu iznosa navedenog u garanciji, podnijeti zahtjev i u slučaju da nalogodavcu garancije nije ispunio obavezu iz osnovnog pravnog posla. U tom slučaju, nakon što banka isplati korisnika garancije, te prije ili nakon što se banka naplati od nalogodavca temeljem njihovog ugovora o izdavanju garancije, nalogodavac može od korisnika potraživati iznos kojeg je banka isplatila korisniku garancije. To proizilazi iz odredbe člana 1087. stav 3. ZOO.

Kod bankarske garancije „bez prigovora“ zakon predviđa formalnu obavezu korisnika da banci podnese zahtjev za isplatu iznosa navedenog u garanciji. Međutim, stranke saglasno načelu autonomije volje mogu osnovnim pravnim poslom predvidjeti i obavezu banke da izda garanciju u kojoj moraju biti navedeni dokumenti koje korisnik garancije mora dostaviti banci uz svoj zahtjev za isplatu. Takve garancije u međunarodnoj poslovnoj praksi poznate su kao dokumentarne bankarske garancije ili uslovne bankarske garancije, jer je njihova realizacija uslovljena prezentiranjem određenih dokumenata. Mada se i ove garancije ubrajaju u bankarske garancije bez prigovora, postoje mišljenja da su one posebna vrsta tih garancija, odnosno kombinacija tih garancija i akcesornih bankarskih garancija, budući da isključivo od dokumenata koje korisnik mora dostaviti banci zavisi i obaveza banke, npr. stranke mogu ugovoriti da ispunjenje bankarske obaveze zavisi od dostavljanja banci sudske ili arbitražne presude iz koje proizilazi da obaveza nalogodavca radi koje je izdana bankarska garancija nije ispunjena.

Interes je nalogodavca, da do realizacije garancije dođe samo u slučaju ako on nije ispunio svoju obavezu. Zato nalogodavac želi da se bankarskom garancijom obaveže korisnik da banci prezentuje dokumenta iz kojih nesumnjivo proizilazi da on nije ispunio svoju obavezu. Interes korisnika garancije je da ispunjenje obaveze banke po garanciji bude što je više moguće pod njegovom kontrolom, odnosno sa što manje dokumenata koje mora prezentovati banci. Zato stranke moraju postići određeni kompromis vezano za dokumenta koja se prezentuju banci. Međutim, sud u slučaju spora koji je proizašao iz bankarske garancije ne bi mogao ispitivati valjanost sporazuma stranaka u pogledu dokumenata potrebnih za isplatu korisnika garancije, odnosno mogućnost korisnika garancije da prezentuje banci te dokumente.

8. Sadržaj bankarskih garancija

Sadržaj bankarske garancije mora biti ugovoren već u klauzuli osnovnog ugovora. Ta klauzula, kako je već ranije navedeno u potpunosti mora biti određena, kako se kasnije ne bi pojavio spor oko tumačenja i izdavanja bankarske garancije. Kakav će sadržaj bankarska garancija imati, zavisi u prvom redu od volje stranaka iz osnovnog ugovora, mada se nekad može zakonom ili drugim podzakonskim aktom u određenoj mjeri propisati sadržaj pojedinih garancija.

Iako sadržaj bankarske garancije zavisi isključivo od sporazuma stranaka, svaka bi morala sadržavati: odredbe o korisniku, predmet garancije, sadržaj i granice garancije, iznos i valutu kao i izraženi način plaćanja, rok važenja garancije čak i ako je izdata na neodređeno vrijeme, odredbe o otkazivanju garancije, prenos prava iz bankarske garancije, ime izdavaoca garancije te mjesto i datum izdavanja, mogu se ugovoriti i drugi elementi, npr. odredbe o kamatama, dokumenti koje korisnik mora priložiti uz svoj zahtjev, odredbe o troškovima izdavanja garancije i slično.

Za korisnika je najvažniji dio bankarske garancije koji se odnosi na garantni iznos i vrstu valute. Iznos kojeg se banka obavezala isplatiti korisniku garancije može biti određen u apsolutnom iznosu i u određenom postotku ukupne vrijednosti obaveze iz osnovnog ugovora. Valuta mora biti ona u kojoj je izražena obaveza nalogodavca iz osnovnog ugovora.

Važan elemenat bankarske garancije je rok njenog važenja. Od roka važenja garancije zavisi mogućnost korisnika garancije da banci podnese zahtjev za isplatu iznosa navedenog u garanciji i ako je to navedeno u garanciji, prezentuje dokumente potrebne za isplatu. Interes korisnika garancije je da taj rok važenja bude što duži, a interes banke je da vremenski ograniči trajanje svoje obaveze.

Bankarska garancija može sadržavati i odredbu o prenosu prava u njoj sadržanog. Odredba o ustupanju prava iz garancije, mora se izričito ugovoriti u osnovnom ugovoru i to samo sa ustupanjem potraživanja koje je osigurano bankarskom garancijom i prenosom svojih obaveza u vezi sa osiguranim potraživanjima. Prema odluci Vrhovnog suda R. Hrvatske prenos prava iz bankarske garancije moguć je samo kod akcesornih bankarskih garancija, a ne kod bankarskih garancija „na prvi poziv“, te da eventualnim prenosom samostalna bankarska garancija postaje akcesorna. Postoji drugo shvatanje, da kod akcesornih garancija ne postoji opasnost od prevarne naplate, jer je banka dužna platiti pod uslovima iz akcesorne garancije, ali ta opasnost postoji kod naplate garancije „na prvi poziv“. Razlog tome je da treće lice na koju je korisnik prenio garanciju može podnijeti zahtjev banci za isplatu garantnog iznosa

potpuno neovisno od pravnog posla. Suprotno mišljenje Vrhovnog suda R. Hrvatske, i bankarska garancija na „prvi poziv“ odnosno potraživanje i obaveze proizišle iz te garancije mogu se prenositi, naročito ako je tom garancijom propisan neki formalni uslov za naplatu, npr. prezentacija određenih dokumenata iz kojeg proizilazi pravo novog korisnika na naplatu po garanciji (sudska presuda).

9. Bankarske garancije u poslovnoj praksi

U poslovnoj praksi pojavljuju se različite vrste bankarskih garancija, a najčešće je u pitanju kontragarancija koja se često koristi u međunarodnoj trgovini. To je garancija kod koje se banka u zemlji nalogodavca obavezuje u korist banke u zemlji korisnika garancije isplatiti iznos naveden u garanciji banke u zemlji korisnika, ako se korisnik naplati od te banke. Naime, kod te garancije jedna banka traži od druge banke da izda garanciju korisniku sa uputom koju je dobila od prve banke, a ta prva banka izdaje drugoj banci garanciju da će podmiriti iznos kojeg bi druga banka morala isplatiti korisniku garancije. Kod kontragarancije se u stvari radi o garanciji koju je jedna banka izdala drugoj banci za slučaj da ta druga banka mora isplatiti korisniku novčana sredstva koja se druga banka obavezala isplatiti korisniku. Ta druga garancija (kontragarancija) nezavisna je od osnovnog pravnog posla, ali i od primarne garancije koju izdaje banka korisniku garancije.

Kontragaranciji je slična supergarancija (član 1085. ZOO). Supergarancija je takođe garancija kod koje se nalaze dvije banke, ali s tom razlikom da korisnik može podnijeti zahtjev za isplatom iznosa navedenog u garanciji bilo banci koja izda garanciju bilo onoj koja je tu garanciju potvrdila. Kod te garancije radi se o pristupanju dugu druge banke za isplatu iznosa navedenog u garanciji, koju je izdala prva banka. Naime, supergarancijom se jedna banka obavezuje korisniku garancije da će mu izvršiti obavezu plaćanja iznosa navedenog u garanciji, ako to ne učini banka koja je izdala glavnu garanciju. Prema tome, tom garancijom druga banka stupa u obavezu isplate iznosa navedenog u garanciji koju je izdala prva banka.

Osim ovih garancija, u poslovnoj praksi poznate su garancije kod javnih licitacija, garancije za vraćanje predujma i garancije za dobro izvršenje ugovora.

ZAKLJUČAK

Može se izvesti zaključak da bankarska garancija ZOO nije u potpunoj mjeri regulisana, zbog čega ugovorne strane prilikom sklapanja ugovora imaju mogućnost da pribave bankarsku garanciju koja će biti u skladu sa međunarodno prihvaćenim običajima i to sa Ujedačenim pravilima za ugovorne garancije Međunarodne trgovačke komore (publikacija broj 458). Ovo se naročito savjetuje privrednicima koji posluju sa drugim privrednicima u inostranstvu, na što upućuje odredba člana 20. tačka 17. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima („Službeni list SFRJ“ broj 43/82, 72/82 i „Sl. list R BiH“ broj 2/92 i 13/94). Prema ovoj odredbi, ako stranke nisu ugovorile mjerodavno pravo ili ako okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo za ugovor o samostalnim bankarskim garancijama primjenjuje se pravo mjesta gdje se u vrijeme sklapanja ugovora nalazilo sjedište davaoca garancije, dakle sjedište banke.