

BANKARSKA GARANCIJA

1. Uvod

Bankarska garancija je jedan od instrumenata osiguranja obveza stranaka iz ugovornog odnosa, odnosno zaštita od rizika neizvršenja ili njihova neurednog izvršenja. Kao pravni institut, bankarska garancija pojavila se 1960-tih godina i to najčešće u vezi s izvođenjem velikih građevinskih radova često povezanih s isporukom oprema zemljama u razvoju. Znatnu međunarodnu primjenu bankarska garancija započela je 1970-tih godina s recesijom u razvijenim zapadnim zemljama i naftnom krizom.¹ U većini zemalja bankarska garancija je inominatni ugovor, dakle ugovor koji nije reguliran zakonskim odredbama, a samo u manjem broju država ona je propisana zakonima. U Republici Hrvatskoj bankarska garancija propisana je Zakonom o obveznim odnosima (Narodne novine broj 35/05; dalje: ZOO) i to odredbama članka 1039-1043., premda odredbe tog odsjeka Zakona nose naslov «bankarsko jamstvo», a ne «bankarska garancija», što je prema mišljenju pravne znanosti potpuno pogrešno² budući da su bankarsko jamstvo i bankarska garancija dva potpuno različita pravna instituta između kojih postoji znatna razlika, na koju naš zakonodavac nije obratio pozornost.

Naime, svako jamstvo, pa tako i jamstvo kojeg daje banka, akcesornog je karaktera, jer se jamčeva obveza «vezuje» uz dužnikovu obvezu iz temeljnog pravnog posla i temeljni odnos između vjerovnika i dužnika. Jamac je osoba koja je preuzela na sebe obvezu ispuniti vjerovniku obvezu (glavnog) dužnika, ako ta osoba u roku određenom osnovnim ugovornim odnosom, odnosno na zahtjev vjerovnika, ne ispuni tu obvezu. Prema tome, jamac se obvezuje vjerovniku ispuniti tuđu obvezu – obvezu glavnog dužnika. To konkretno znači, ako je banka jamac, dakle, ako se radi o bankarskom jamstvu, banka se obvezuje vjerovniku ispuniti dužnikovu obvezu iz osnovnog pravnog posla. Ova obveza prema odredbi članka 108. Zakona o obveznim odnosima (barem teoretski), može biti i nenovčana, npr. obveza predaje stvari – ako banka jamči kupcu da će prodavatelj ispuniti svoju obvezu predaje stvari.

Nasuprot tome, za bankarsku garanciju je karakteristično da ona može, ali i ne mora biti akcesornog karaktera, tj. ona može, ali i ne mora ovisiti o ispunjenju dužnikove obveze prema njegovom vjerovniku. Bankarska garancija predstavlja bančinu obvezu koju ova preuzima na sebe kao garant, a koja nije vezana uz temeljni odnos između vjerovnika i dužnika; to je sada, za razliku od prijašnjeg Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine broj 53/91, 73/91, 3/94, 7/96, 112/99 i 88/01; dalje: stari ZOO), jasno propisano odredbom članka 1039. stavak 2. novog ZOO. Prema tome, kod bankarske garancije banka kao pravna osoba preuzima na sebe obvezu koja je neovisna od obveze iz dužničko – vjerovničkog odnosa povodom kojeg je izdana. Ta bančina obveza, za razliku od jamstva, može biti samo

¹ Vukmir Branko: Razlozi za obustavu isplate bankarskih garancija na poziv, u knjizi grupe autora: Liber amicorum Jakša Barbić, Pravni fakultet u Zagrebu, 2006., str. 238.

² Vukmir B., o. c. u bilj. 1., str. 239.; Miladin Petar: Bankarsko jamstvo na prvi poziv, u istoj knjizi iz bilj. 1., str. 326.

obveza plaćanja određenog novčanog iznosa (članak 1040. ZOO). Banka se garancijom obvezuje 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 osobu u čiju je korist izdala garanciju (vjerovnik iz temeljnog ugovora) protiv rizika izostanka ispunjenja odnosno neurednog ispunjenja obveze glavnog dužnika obeštećujući korisnika garancije isplatom određenog novčanog iznosa navedenog u garanciji.³ Dakle, bankarska garancija u ekonomskom smislu predstavlja svojevrsnu naknadu štete koja nastaje vjerovniku iz obveznog odnosa, ako mu dužnik ne ispuni svoju ugovornu obvezu.

Kod bankarske garancije radi se o dvostranom pravnom poslu, ali o jednostrano obveznom ugovoru. Bankarska garancija je dvostrani pravni posao budući da nastaje ugovorom kojeg sklapaju dvije ugovorne stranke. Međutim, ona je i jednostrano obvezni ugovor, jer njime nastaje samo obveza banke u odnosu prema korisniku garancije (obveza isplate određenog novčanog iznosa). Nasuprot tome, prema banci korisnik garancije nema nikakvu obvezu.

2. Pravni odnosi i subjekti kod bankarske garancije

Kod bankarske garancije postoje u pravilu, tri pravna odnosa: a) odnos između vjerovnika i dužnika iz osnovnog ugovora, b) odnos između dužnika (nalogodavca za izdavanje bankarske garancije) i banke koje izdaje garanciju, i c) odnos između banke koja izdaje garanciju i osobe u čiju korist se garancija izdaje.⁴ Osim ovih odnosa, moguć je i četvrti odnos kod tzv. kontragarancije ili supergarancije i to kada takvu garanciju zbog dodatnog osiguranja ili zbog propisa u zemlji korisnika garancije, mora izdati banka u zemlji korisnika, pa ona s bankom u zemlji nalogodavca sklapa ugovor o izdavanju bankarske garancije – tim ugovorom banka u zemlji korisnika garancije obvezuje se banci u zemlji nalogodavca da za njen račun izda bankarsku garanciju u korist vjerovnika iz osnovnog pravnog posla⁵.

a) Odnos između dužnika i vjerovnika iz osnovnog ugovora

Stranke iz osnovnog ugovora sukladno načelu slobode uređenja obveznih odnosa propisanog odredbom članka 2. ZOO mogu precizirati vrstu osiguravajućih sredstava, njihov sadržaj i modalitete za njihovo izdavanje. Tim ugovorom stranke, između ostalog, ugovaraju tko će, kada i kako ishoditi bankarsku garanciju i s kakvim sadržajem.⁶ Odredbe o tome trebaju se nalaziti u klauzuli osnovnog ugovora, a ne u općim uvjetima poslovanja kao sastavnom dijelu ugovora.⁷ Jednako tako, u slučaju ako je odredba o bankarskoj garanciji u osnovnom ugovoru nejasna, takvu odredbu treba tumačiti na način da stranke nisu niti predvidjele obvezu ishođenja bankarske garancije. Odredba o bankarskoj garanciji sadržana u osnovnom ugovoru mora biti potpuno jasna, tako da se u potpunosti isključuje svaka moguća potreba tumačenja

³ Rosenberg Ljudevit: Pravo međunarodnih plaćanja u poslovnim transakcijama, drugi svezak, Zagreb, Informator, 1975., str. 139.

⁴ Tako i VTS RH u odluci Pž-7833/04 od 14. ožujka 2006. godine, vidjeti Izbor odluka VTS RH broj 11. odluka broj 42.

⁵ Rosenberg Lj., o. c. u bilj. br. 3., str. 150.

⁶ Rosenberg Lj., o. c. u bilj. br. 3., str. 150.

⁷ Prema jednoj odluci belgijskog Vrhovnog suda odredba o bankarskoj garanciji na prvi poziv sadržana u općim uvjetima poslovanja je ništava (Miladin P., o. c. u bilj. br. 2., str. 323.).

ugovora prema članku 319. stavak 2. ZOO (članak 99. stavak 2. starog ZOO). Budući da Zakon za izdavanje bankarske garancije propisuje pisani oblik (članak 1039. stavak 2. ZOO), mišljenja smo da i odredba osnovnog ugovora o ishođenju bankarske garancije mora također biti sačinjena u tom obliku, neovisno o tome što za sam ugovor (na primjer ugovor o prodaji pokretnih stvari) Zakon ne predviđa pisani oblik. Moguć je slučaj da stranke i kasnije (npr. aneksom ugovora) predvide ishođenje bankarske garancije, ali one to moraju učiniti prije započinjanja ispunjenja obveza. Ako bi koja od stranaka djelomično ispunila preuzetu ugovornu obvezu, a nakon toga ishodila bankarsku garanciju, ta bankarska garancije ne bi mogla «pokriti» i dio već ispunjenje obveze; takva garancije bi u tom dijelu bila suprotna načelu savjesnosti i poštenja.

Međutim, valja napomenuti da sama valjanost odnosno nevaljanost osnovnog ugovora odnosno klauzule o izdavanju bankarske garancije nema utjecaja na valjanost same garancije upravo iz razloga što je garancija poseban ugovor (dakle, posebni pravni posao), ali ovisno o tome radi li se o bankarskoj garanciji izdanoj s naslova jamstva ili o bankarskoj garanciji s naslova samostalnog garancijskog ugovora može utjecati na obvezu banke na ispunjenje obveze iz garancije.⁸

b) Odnos između nalogodavca (dužnika) i banke

Temeljem klauzule iz osnovnog ugovora kojim se jedna ugovorna stranka obvezala ishoditi bankarsku garanciju, ta ugovorna stranka sklapa s bankom ugovor kojim nalaže banci da u korist druge ugovorne stranke izda garanciju. Taj ugovor, koji je po svom sadržaju 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 drugo. U slučaju da tome nije tako, odnosno ako banka kasnije izda garanciju protivnu osnovnom ugovoru, odnosno ugovoru s nalogodavcem, korisnik garancije može nakon saznanja za izdanu bankarsku garanciju, ili raskinuti osnovni ugovor, ili se zadovoljiti s takvom garancijom ili tražiti od druge ugovorne stranke izdavanje nove garancije sukladno osnovnom ugovoru (to jest ispunjenje ugovorne obveze). Što će u tom slučaju učiniti, to isključivo ovisi volji korisnika garancije.⁹

Banka koja se ugovorom s nalogodavcem obvezala izdati garanciju mora izdati garanciju sukladno tom ugovoru, a ako zbog bilo kojih razloga odstupa od tog ugovora, to jest ako bez suglasnosti nalogodavca izda garanciju protivnu tom ugovoru, smatra se poslovođom bez naloga sukladno odredbi članka 766. stavak 2. ZOO. Tako i VTS RH u odluci Pž-7833/04 od 14. ožujka 2006. godine: «Osim toga, prema ocijeni ovoga suda u konkretnom slučaju nema mjesta primjeni odredbe članka 752. stavak 2. ZOO prema kojoj ako nalogoprimac prekorači granice naloga ili odstupa o dobivenih uputa smatra se poslovođom bez naloga. Naime, da bi se tužitelj mogao smatrati poslovođom bez naloga, on je tijekom postupka morao dokazati da je izdavanje garancije «bez prigovora» i bez roka važenja garancije protivno nalogu tuženika bilo korisno i nužno za tuženika, dakle da se prilikom izdavanja garancije radilo o takvom poslu koji ne trpi odgađanje te da je tuženiku predstojala šteta ili

⁸ Miladin P., o. c. u bilj. br. 2., str. 323.

⁹ Tako na primjer, ako je određen prekratak rok važenja garancije, korisnik garancije može zatražiti izdavanje nove garancije s duljim rokom važenja ili pristati na takvu garanciju i u tom slučaju (u roku važenja garancije), a neovisno o ispunjenju obveze druge strane radi čijeg je osiguranja garancija izdana podnijeti banci zahtjev za isplatom iznosa navedenog u garanciji.

propuštanje očite koristi (članak 220. ZOO). Tužitelj naprotiv, tu činjenicu tijekom prvostupanjskog postupka (pa niti u žalbi) nije ni iznio, a prema mišljenju ovog suda neograničeni rok važenja garancije očito nije u interesu tuženika jer bi tuženik time bio u situaciji da bi uvijek mogao biti pozvan od strane tužitelja da mu naknadi iznos kojeg je tužitelj platio korisniku garancije, pa i nakon zastare isplate carine, a što je protivno pravnoj sigurnosti.»

Naravno, stranke iz tog ugovora (banka i nalogodavac) sukladno slobodi uređivanja ugovornih odnosa mogu ugovoriti i instrumente osiguranja plaćanja. Tim instrumentima osiguranja plaćanja banka se osigurava za slučaj da na zahtjev korisnika garancije mora isplatiti novčanu svotu koju se obvezala isplatiti bankarskom garancijom.

c) Odnos između banke i korisnika garancije

Temeljem ugovora s nalogodavcem kojim se obvezala izdati garanciju u svoje ime, a za račun nalogodavca bankarske garancije, banka izdaje korisniku bankarske garancije garanciju. Trenutkom dostave bankarske garancije, odnosno trenutkom dostave pisane obavijesti koja sadržava sve bitne elemente bankarske garancije (s time da se garancija korisniku može dostaviti i putem telefaksa¹⁰) o tome da je banka u korist korisnika garancije izdala bankarsku garanciju, nastaje poseban obvezni odnos između korisnika garancije i banke.¹¹ Korisnik garancije nakon toga može u roku važenja garancije podnijeti zahtjev banci da mu isplati novčanu svotu u njoj navedenu. Mora li uz sam zahtjev korisnik banci dostaviti i određenu dokumentaciju, to ovisi isključivo o onom što je navedeno u garanciji. Dokumenti koje je banka sukladno nalogu nalogodavca navela u garanciji, odnosno uvjet podnošenja dokumenata prije isplate banke korisniku garancije, naveden u bankarskoj garanciji naziva se efektivna klauzula. Svrha te efektivne klauzule je da pravo na isplatu s naslova garancije učini ovisnim o dodatnim pretpostavkama pored pukog korisnikovog poziva banci.

3. Vrste garancija

Ovisno o tome je li se garancijom banka obvezala isplatiti iznos u njoj naveden u slučaju prethodnog neispunjenja obveze glavnog dužnika (nalogodavca) ili se obvezala isplatiti taj iznos neovisno o neispunjenju obveze glavnog dužnika, razlikujemo bankarsku garanciju iz članka 1039. ZOO, koja se u literaturi¹² naziva i bankarska garancija izdana s naslova jamstva ili akcesorna bankarska garancija, i bankarsku garanciju «bez prigovora» ili apstraktna bankarska garancija iz članka 1043. ZOO.

¹⁰ Tako i Vrhovni sud Republike Hrvatske u odluci Rev 198/99 od 18. ožujka 2003. godine: »U smislu prethodno citirane odredbe članka 1083. stavak 2. ZOO-a garancija mora biti izdana u pisanoj formi. Kada se ova odredba poveže s odredbom čl. 72. stavak 4. ZOO-a, a prema kojoj je zahtjev pisane forme ispunjen ako strane izmjenjuju pisma ili se sporazumiju teleprinterom ili nekim drugim sredstvom koje omogućuje da se sa sigurnošću utvrde sadržaj i davalac izjave, onda je nužno zaključiti da u konkretnom slučaju dostavljanje garancije tuženika ad. 2. tužitelju putem telefaksa se ima smatrati da je garancija izdana u pisanoj formi i kao takva proizvela pravni učinak (posebno što je garancija upućena preko telefaksa tuženika ad. 2.).»

¹¹ Miladin P., o. c. u bilj. br. 2., str. 333.

¹² Rosenberg Lj., o. c. u bilj. br. 3., str. 149.; Gorenc Vilim: Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRIF, Zagreb, 1998., str. 1323.

a) Bankarska garancija izdana s naslova jamstva

Premda novi ZOO u odredbi članka 1039. za razliku od starog ZOO (članak 1083.), izričito ne predviđa obvezu banke da će korisniku garancije «za slučaj da mu treća osoba ne ispuni obvezu o dospelosti namiriti obvezu ako budu ispunjeni uvjeti iz garancije», zbog čega postoje mišljenja da novi ZOO ne predviđa tu vrstu garancije,¹³ mišljenja smo da se odredba članka 1039. ZOO odnosi isključivo na tu vrstu garancije. Naime, ako su stranke u osnovnom ugovoru navele, odnosno, ako je banka u garanciji navela da će isplatiti korisniku iznos koji se obvezala isplatiti garancijom ako taj iznos korisniku prethodno ne isplati nalogodavac (a što je u praksi najčešći slučaj), tada se radi upravo o takvoj vrsti garancije. Da se navedena odredba ZOO odnosi na akcesornu garanciju, proizlazi i iz riječi «i uz podnošenje banci dokumenata»; naime, dokumenti koje korisnik garancije uz svoj zahtjev može podnijeti banci mogu biti takvi iz kojih se nedvojbeno može utvrditi da nalogodavac nije (prethodno) ispunio svoju obvezu. To nije jamstvo, jer kako je to ranije navedeno, banka se garancijom nije obvezala ispuniti tuđu obvezu, već svoju obvezu, s tom razlikom što je tu obvezu ispunjenja uvjetovala prethodnim neispunjenjem obveze dužnika iz osnovnog pravnog posla. Premda su pravne posljedice u slučaju dužnikova neispunjenja za banku iste (banka naime mora isplatiti korisniku garancije iznos naveden u garanciji), pravni položaj banke koja je izdala garanciju s naslova jamstva je ipak nešto različit od samog jamstva. Ovo iz razloga, jer su stranke iz garancije banka i korisnik garancije, pa te stranke mogu na primjer postići sporazum o otpustu bančinog duga sukladno odredbi članka 203. ZOO (članak 344. starog ZOO). Međutim, generalno uzevši, položaj banke je doista sličan institutu jamstva budući da banka, neovisno o tome što se radi o njenoj obvezi, može korisniku garancije isticati sve prigovore koje korisniku garancije može isticati i dužnik iz osnovnog pravnog posla. Ovo iz razloga, jer je obveza banke ovisna o postojanju dužnikove obveze. Ta bančina obveza traje i prestaje s postojanjem i prestankom dužnikove obveze iz osnovnog ugovora.¹⁴ Vrhovni sud Republike Hrvatske u odluci Rev 5/00 od 1. travnja 2003. godine (u kojoj se poziva na odredbu članka 1083. starog ZOO) navodi: «Bankarska garancije po svojoj pravnoj prirodi jest oblik jamstva (jamstvo banke). Prema registru (...) u popisu djelatnosti tužene uz ostalo navedena je i djelatnost davanja svih vrsta i oblika jamstava, što znači da je izdavanje bankarske garancije upravo i bila jedna od upisanih djelatnosti tužene i kao takva tužena je bila ovlaštena izdati je.»

b) Bankarska garancije «bez prigovora»

Bankarska garancija «bez prigovora» propisana je člankom 1043. ZOO. Prema toj odredbi Zakona, kao i prema članku 1087. starog ZOO, ako bankarska garancija sadrži klauzulu «bez prigovora», «na prvi poziv» ili riječi koje imaju isto značenje, banka ne može prema korisniku isticati prigovore koje nalogodavac kao dužnik može isticati prema korisniku po osiguranoj obvezi. Iz navedene zakonske odredbe jasno proizlazi da se ta garancija razlikuje od bankarske garancije s naslova

¹³ Vidjeti Gorenc Vilim: Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2005., str. 1595. iako navedeni autor to izričito ne navodi.

¹⁴ Tako i Vrhovni sud Republike Hrvatske u odluci Revt-65/02 od 24. ožujka 2004. godine iako taj sud i sam nastanak bankarske garancije smatra ovisnim o postojanju obveze iz osnovnog pravnog posla. Naime, bankarska garancija nastaje na temelju klauzule u osnovnom ugovoru, obveza ispunjenja obveze banke kod akcesorne bankarske garancije ovisna je o (ne)ispunjenju dužnikove obveze iz temeljnog posla.

jamstva upravo po tome što banka ne može prema korisniku isticati prigovore koji se odnose na osnovni pravni posao između nalagodavca i korisnika garancije. Prema tome, ta je garancija apstraktna (samostalna) u odnosu na pravni posao koji je sklopljen između nalagodavca i korisnika. Za tu garanciju karakteristično je da je za obvezu 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 uvjet od kojeg zavisi ispunjenje bančine obveze.

Korisnik svoj zahtjev banci mora podnijeti u pisanom obliku. Naime, premda ranije navedena odredba članka 1043. ZOO ne zahtijeva pisani oblik zahtjeva korisnika za isplatom iznosa navedenog u garanciji (za razliku od članka 2.b. Ujednačenih pravila za garancije na poziv Međunarodne trgovačke komore – Publikacija broj 458.),¹⁵ mišljenja smo da taj zahtjev korisnik mora banci postaviti isključivo u pisanom obliku. Naime, pisanim oblikom zahtjeva (i dokazom o dostavi tog zahtjeva banci), korisnik može dokazati da je uredno postavio zahtjev banci za isplatom novčanog iznosa navedenog u garanciji, a što sud u slučaju spora između banke i korisnika garancije mora ispitati.

Bankarske garancije «bez prigovora» predstavljaju instrument osiguranja najvećeg stupnja od rizika neizvršenja ili neurednog izvršenja obveze iz osnovnog ugovora.¹⁶ Pravno značenje takve garancije jest u tome da banka nema pravo preispitivati pravnu osnovanost postavljenog zahtjeva za isplatom, već jedino je li ispunjen uvjet sadržan u garanciji o kojem ovisi njezino ispunjenje obveze prema korisniku (je li korisnik podnio zahtjev, je li to u ime korisnika učinila ovlaštena osoba i slično). Naravno, time su omogućene i određene zloupotrebe korisnika garancije. Tako na primjer, 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 nalagodavcu garancije nije ispunio obvezu iz osnovnog pravnog posla. U tom slučaju, nakon što banka isplati korisniku garancije te prije ili nakon što se banka naplati od nalagodavca temeljem njihovog ugovora o izdavanju garancije, nalagodavac može od korisnika potraživati iznos kojeg je banka isplatila korisniku garancije. To proizlazi iz odredbe članka 1043. stavak 3. ZOO.¹⁷ Ipak, premda su moguće zloupotrebe bankarske garancije «bez prigovora», cilj tih garancija, odnosno cilj zbog kojih stranke osnovnim ugovorom ugovaraju obvezu jedne od njih da ishodi takvu garanciju, jeste pravna sigurnost. Naime, nalagodavac je zainteresiran da do realizacije bankarske garancije dođe ako je nesumnjivo utvrđeno da je on skrivio neizvršenje ili neuredno izvršenje obveze iz osnovnog ugovora (ako je dokazano da je nastupio uvjet radi kojeg je garancija izdana), a korisnik se želi bankarskom garancijom zaštititi od štetnih posljedica

¹⁵ Vidjeti Gorenc V. o. c. u bilj. br. 13. str. 1602.

¹⁶ Rosenberg Lj., o. c. u bilj. br. 3., str. 171.

¹⁷ Postoje mišljenja da banka u slučaju očite zloupotrebe prava korisnika garancije može obavijestiti nalagodavca i od njega zatražiti instrukcije, pa i odbiti zahtjev korisnika garancije (v. Rosenberg Lj., o. c. u bilj. br. 3., str. 173.). Mišljenja sam da banka to može učiniti samo u iznimnim slučajevima i to ako je očito da je povrijeđeno načelo savjesnosti i poštenja. U tom slučaju niti sud ne bi mogao (ako banka dokaže zloupotrebu prava korisnika garancije) korisniku garancije pružiti pravnu zaštitu.

Miladin P., o. c. u bilj. br. 2., str. 345. također smatra da se prigovor zloupotrebe prava ne može isključiti bankarskom garancijom na prvi poziv. Primjer zloupotrebe prava je ako je nad korisnikom otvoren stečajni postupak, a on je k tome i prestao voditi svoje poduzeće (Miladin P., o. c. u bilj. br. 2., str. 346.)

neizvršenja ugovora ili insolventnosti nalogodavca. Nasuprot njima, interes banke je da ne bude uvučena u spor stranaka iz osnovnog ugovora.¹⁸

Kako je ranije navedeno, naš Zakon jedino kod bankarske garancije «bez prigovora» predviđa formalnu obvezu korisnika da banci podnese zahtjev za isplatu iznosa navedenog u garanciji. Međutim, stranke sukladno načelu autonomije volje mogu osnovnim pravnim poslom predvidjeti i obvezu 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 uvjetne bankarske garancije, jer je njihova realizacija uvjetovana prezentiranjem određenih dokumenata.¹⁹ Premda se i ove garancije prema pravnoj književnosti ubrajaju u bankarske garancije «bez prigovora», mišljenja smo da su one posebna podvrsta tih garancija, odnosno kombinacija tih garancija i akcesornih bankarskih garancija, budući da isključivo od dokumenata koje korisnik mora dostaviti banci ovisi i obveza banke. Naime, stranke mogu na primjer čak ugovoriti da ispunjenje bankarske obveze zavisi od prezentacije banci sudske ili arbitražne presude iz koje proizlazi da obveza nalogodavca radi koje je izdana bankarska garancija, nije ispunjena.

Interes je nalogodavca, kako je ranije navedeno, da do realizacije garancije dođe samo u slučaju ako on nije ispunio svoju obvezu. Stoga nalogodavac želi da se bankarskom garancijom obveže korisnika na prezentaciju banci dokumenata iz kojih nesumnjivo proizlazi da on nije ispunio svoju obvezu. Nasuprot tome, interes korisnika garancije je da ispunjenje obveze banke po garanciji bude što je više moguće pod njegovom kontrolom, odnosno sa što manje dokumenata koje mora prezentirati banci. Upravo zbog navedenog, stranke prilikom ugovaranja dokumenata potrebnih za podnošenje banci moraju postići svojevrсни kompromis. Međutim, sud u slučaju spora proizašlog iz bankarske garancije, ne bi mogao ispitivati valjanost sporazuma stranaka u pogledu dokumenata potrebnih za isplatu korisnika garancije, odnosno mogućnost korisnika garancije da prezentira banci te dokumente.

4. 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, ovisi u prvom redu od volji stranaka iz osnovnog ugovora, premda je ponekad moguće da se i zakonom odnosno podzakonskim propisom u određenoj mjeri propiše sadržaj pojedinih garancija.²⁰ Međutim, ako banka izda garanciju sukladno (pod)zakonskom propisu, a protivno ugovoru sklopljenim s nalogodavcem, tada sama snosi rizik takvog svog postupanja.²¹

¹⁸ Rosenberg Lj., o. c. u bilj. br. 3., str. 175.

¹⁹ Rosenberg Lj., o. c. u bilj. br. 3., str. 176.

²⁰ Tako je npr. Uputom o izmjeni Upute o korištenju garancije kao jamstva za namirenje dospjelih carinskih obveza (Narodne novine broj 63/92 i 1/95), propisano da takva garancija mora sadržavati riječi: "Ova garancija važi za osiguranje namirenja dospjelih svota carine i drugih opterećenja pri uvozu robe, čiji je osnov nastao u razdoblju od _____ do _____".

²¹ Tako i VTS u odluci Pž-7833/04 od 14. ožujka 2006. godine, vidjeti Izbor odluka VTS RH broj 11. odluka broj 42.

Premda sadržaj svake pojedine bankarske garancije ovisi isključivo o sporazumu stranaka i u manjoj mjeri o pravu države izdavanja garancije, svaka bankarska garancija morala bi sadržavati odredbe o korisniku (punu tvrtku odnosno ime i prezime korisnika), predmet garancije, opseg i granice garancije, iznos i valutu u kojoj je izražena i način plaćanja, rok važenja garancije i (ako je izdana na neodređeno vrijeme) odredbe o otkazivanju garancije, prijenos prava iz bankarske garancije te ime izdavatelja garancije i datum i mjesto izdavanja. Naravno, stranke osnovnim pravnim poslom mogu ugovoriti i druge elemente bankarske garancije, npr. odredbe o kamatama, dokumente koje korisnik mora priložiti uz svoj zahtjev, odredbe o troškovima izdavanja garancije i slično.

Svakako za korisnika najvažniji dio bankarske garancije je onaj o garantnom iznosu i vrsti valute. Iznos kojeg se banka obvezala isplatiti korisniku garancije može biti određen u apsolutnom iznosu ili u određenom postotku ukupne vrijednosti obveze iz osnovnog ugovora.²² Slično kao i garantni iznos, i valuta u kojoj je izražen garantni iznos, mora biti ona u kojoj je izražena obveza nalogodavca iz osnovnog ugovora. Tako na primjer, ako je nalogodavac u obvezi isplatiti korisniku određen iznos novca izražen u hrvatskim kunama, tada i bankarska garancija mora biti izražena u hrvatskim kunama i to neovisno radi li se o akcesornoj ili samostalnoj bankarskoj garanciji.

Važan element bankarske garancije je i rok njenog važenja. Naime, o roku važenja garancije ovisi i mogućnost korisnika garancije da banci podnese zahtjev za isplatu iznosa navedenog u garanciji i ako je to navedeno u garanciji, prezentira dokumente potrebne za isplatu. Naravno, interes korisnika garancije je da taj rok važenja bude što dulji, a bančin da vremenski ograniči trajanje svoje obveze. Stoga banka, ako je to moguće, nastoji da ograniči rok važenja garancije. Međutim, čak i u slučaju da je rok važenja garancije ograničen, to ne znači da se bankarska garancije ne može produžiti. Naime, ako korisniku garancije to odgovara, on može zahtijevati od banke da produži rok važenja garancije s upozorenjem da će zatražiti isplatu ako banka ne pristane na produženje roka važenja garancije.²³

Bankarska garancija može sadržavati i odredbu o prijenosu prava u njoj sadržanog. Odredba o prijenosu (ustupanju) prava iz garancije, mora se izričito ugovoriti u osnovnom ugovoru²⁴ i to samo s ustupom tražbine koja je osigurana bankarskom garancijom i prijenosom svojih obveza u vezi s osiguranim tražbinama (članak 1042. ZOO). Prema odluci Vrhovnog sud Republike Hrvatske²⁵ smatra da je prijenos prava iz bankarske garancije moguć samo kod akcesornih bankarskih garancija, ali ne i kod bankarskih garancije «na prvi poziv», te da eventualnim prijenosom prava samostalna bankarska garancija postaje akcesorna. S tim u svezi pravna znanost smatra da kod akcesornih garancija ne postoji opasnost od prijevarne naplate, jer je banka dužna platiti pod uvjetima iz akcesorne garancije, ali ta opasnost postoji kod naplate garancije «na prvi poziv». Razlog tome je što treća osoba (na koju je korisnik prenio garanciju) može podnijeti zahtjev banci za isplatu

²² Rosenberg Lj., o. c. u bilj. br. 3., str. 184. navodi slijedeći primjer: «Obvezujemo se da ćemo isplatiti najveći iznos od Ili 50 % od ukupne vrijednosti izvedenih radova navedenih u vašoj ponudi ili u zaključenom ugovoru o izvršenju investicijskih radova u inozemstvu.»

²³ Rosenberg Lj., o. c. u bilj. br. 3., str. 185.

²⁴ Rosenberg Lj., o. c. u bilj. br. 3., str. 186.; ako bankarska garancije ne sadrži ništa o prenosivosti prava iz garancije, smatra se neprenosivom.

²⁵ Odluka VSRH, Rev-65/02 od 24. ožujka 2004. godine, vidjeti Gorenc V. o. c. u bilj. br. 13. str. 1600.

garantnog iznosa potpuno neovisno od pravnog posla, odnosno razloga zbog kojih je takva garancija izdana. Međutim, suprotno mišljenju Vrhovnog suda RH, i bankarska garancija na prvi poziv, odnosno potraživanja i obveze proizašle iz te garancije, mogu se prema pravnoj znanosti²⁶ prenositi, a naročito ako je tom garancijom propisan neki formalni uvjet za naplatu – prezentacija određenih dokumenata iz kojih proizlazi pravo novog korisnika na naplatu po garanciji (npr. sudska presuda).

5. Bankarske garancije u poslovnoj praksi

U poslovnoj praksi pojavljuju se različite vrste bankarskih garancija od kojih ću spomenuti samo neke koje se najčešće pojavljuju, a koje su vezane uz raznovrsne poslovne transakcije.²⁷ U međunarodnoj trgovini dosta česta je protugarancija (kontragarancija). To je garancija kod koje se banka u zemlji nalagodavca obvezuje 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 s 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. Prema tome, 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 obvezala isplatiti korisniku. Ta druga garancija (kontragarancija), neovisna je od temeljnog pravnog posla, ali i od primarne garancije koju izdaje banka korisniku garancije²⁸.

Kontragaranciji je slična supergarancija, odnosno kako je novi ZOO u odredbi članka 1041. naziva, «potvrda jamstva». Supergarancija je također 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 je izdala garanciju bilo onoj koja je tu garanciju potvrdila. Kod te garancije radi se o svojevrsnom pristupanju dugu druge banke za isplatu iznosa navedenog u garanciji, koju je izdala prva banka. Naime, supergarancijom se jedna banka obvezuje korisniku garancije da će mu izvršiti obvezu plaćanja iznosa navedenog u garanciji, ako to ne učini banka koja je izdala glavnu garanciju. Prema tome, tom garancijom druga banka stupa u obvezu isplate iznosa navedenog u garanciji koju je izdala prva banka.

Osim ovih garancija, u poslovnoj praksi poznate su još garancije kod javnih licitacija, garancije za vraćanje predujma i garancije za dobro izvršenje ugovora. Garancija kod javnih licitacija koristi se, kako joj samo ime govori kod javnih nadmetanja. Naime, prijavi na razne natječaje najčešće se mora (prema uvjetima natječaja) priložiti garancija banke kojom se ta banka obvezuje da će investitoru isplatiti određeni novčani iznos ako ponuđač čija je ponuda na natječaju prihvaćena u određenom roku ne sklopi ugovor. Garancija za vraćanje predujma je takva garancija kod koje se banka obvezuje da će kupcu (koji prije samog zaključenja ugovora mora uplatiti predujam prodavatelju) isplatiti ugovoreni iznos, ako prodavatelj unatoč uplaćenom predujmu ne sklopi ugovor s kupcem niti mu vrati isplaćeni predujam niti

²⁶ Gorenc V. o. c. u bilj. br. 13. str. 1601.

²⁷ Rosenberg Lj., o. c. u bilj. br. 3., str. 190.

²⁸ Gorenc V. o. c. u bilj. br. 13. str. 1598. pozivajući se na članak 2c. Ujednačenih pravila za garancije na poziv Međunarodne trgovačke komore – Publikacija broj 458. i na članak 3. i 6a. UNCITRAL-ove Konvencije o nezavisnim garancijama i standby akreditivima. Ipak, mišljenja sam da je kontragarancija u neku ruku akcesorna u odnosu na primarnu garanciju budući da isplata banke po kontragaranciji ovisi o isplati banke korisniku garancije.

izvrši svoju ugovornu obvezu isporuke stvari. Garancija za dobro izvršenje ugovora je, kao što joj i samo ime govori, garancija kojom banka garantira korisniku garancije da će nalogodavac dobro izvršiti ugovor. Ona se najčešće koristi u građevinarstvu i to za slučaj kad se nakon primopredaje građevine i nakon proteka rokova u kojim naručitelj može pozvati izvođača da otkloni nedostatke, pojave određeni nedostaci, a te nedostatke izvođač više ne može ili ne želi otkloniti.

6. Zaključak

Bankarska garancija novim ZOO, jednako kao niti starim ZOO, nije u potpunoj mjeri regulirana. Naprotiv, mišljenja smo da će bankarska garancija onakva kakvu ju je naš zakonodavac propisao, samo dovesti do stvaranja novih problema i nejasnoća u poslovnoj praksi. Da se to ne bi dogodilo, predlažemo ugovornim strankama da prilikom sklapanja ugovora predvide obvezu jedne od njih, da pribavi bankarsku garanciju koja će biti sukladna međunarodno prihvaćenim običajima i to s Ujednačenim pravilima za ugovorne garancije Međunarodne trgovačke komore (Publikacija broj 325) ili s Ujednačenim pravilima za garancije na poziv Međunarodne trgovačke komore (Publikacija broj 458). To naročito savjetujemo gospodarstvenicima koji posluju s inozemstvom te ih ujedno i upozoravamo na odredbu članka 20. točka 17. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (Narodne novine broj 53/91), prema kojoj 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 davatelja garancije, dakle sjedište banke.