

RAZLOZI ZA OBUSTAVU ISPLATE BANKARSKIH GARANCIJA NA POZIV

Dr. sc. Branko Vukmir

UDK 336.717.061
Izvorni znanstveni rad

Otkad su prihvaćene kao instrument međunarodnih trgovačkih poslova, bankarske garancije na poziv nailazile su na otpor onih koji su bili najviše izloženi rizicima povezanim s njihovim izdavanjem. Razlozi za te otpore bili su tome što su banke morale bez pogovora platiti iznos iz garancije na jednostavni poziv korisnika, bez obzira na opravdanost njegovih zahtjeva. Jedini opravdani razlog za neplaćanje bila je dokazana prevara, ali ne i ostali razlozi i činjenice iz temeljnog posla. Kao posljedica tih otpora, Međunarodna trgovačka komora u Parizu izdala je 1978. godine Ujedačena pravila za ugovorne garancije. Cilj Pravila bio je izmijeniti trgovačku praksu neopozivog plaćanja na prvi poziv i zamijeniti je plaćanjem na temelju arbitražne ili sudske presude. Taj pokušaj nije uspio i praksa nije nikada prihvatila ta pravila. Ipak, pokušaji slabljenja garancija na poziv nisu prestali. Posljednjih dvadesetak godina došlo je do nekoliko arbitražnih odluka koje su stale na stajalište da se korisnicima ne bi smjelo dopustiti da pozivaju bankarske garancije na plaćanje počevši od časa kad započne arbitražni postupak između nalogodavatelja i korisnika. Tim su se odlukama pridružili i neki autori, koji podupiru to stajalište. Autor ovog članka smatra da ne postoji opravdanje za takvo stajalište, budući da su garancije na poziv dane korisnicima kao osiguranje za njihove troškove i štete nastale kao posljedica radnji nalogodavatelja, bez obzira na vrijeme kad ih ovi odluče pozvati na plaćanje.

Ključne riječi: bankarske garancije na poziv, Ujedačena pravila za ugovorne garancije, arbitraža

UVOD

Od vremena kad su bankarske garancije na poziv prihvaćene u poslovnom svijetu, i pored velike podrške koju imaju u praksi, postoji i stanoviti otpor nekim njihovim svojstvima. Osobito se često postavlja pitanje njihove neopozive naplativosti, posebno u svjetlu činjenice da je banka dužna platiti obećani

iznos bez obzira na prigovore koje nalogodavatelj i banka mogu imati protiv korisnika i pozadine njegovih zahtjeva. Već od samih početaka korištenja bankarskih garancija na poziv, nastojalo se stvoriti temelj po kojem bi se u određenim slučajevima mogla odbiti isplata bankarske garancije na poziv. Iako se razlozi za takva nastojanja mogu razumjeti, činjenica je da bi priznavanje ili institucionaliziranje prava na odbijanje plaćanja, moglo bitno oslabiti taj instrument i učiniti ga manje korisnim za poslovni svijet.

NASTANAK I RAZVOJ

Široka primjena bankarskih garancija započinje 1960-tih godina, i to najčešće u vezi s izvođenjem velikih građevinskih radova, često povezanih i s isporukom opreme zemljama u razvoju. Neki opet početak široke upotrebe bankarskih garancija povezuju s gospodarskom recesijom u razvijenim zemljama i s naftnom krizom iz ranih 1970-ih godina.¹ U posljednjih 40 godina, zapaža se sve češća upotreba bankarskih garancija u međunarodnim poslovnim transakcijama, a to je dovelo i do razvoja izvora običaja, prakse i prava, koji definiraju taj instrument. Pravo bankarskih garancija razvija se najčešće kroz sudsku i arbitražnu praksu, a ponekad i putem odredaba pojedinih nacionalnih zakonodavstava. Od posebnog utjecaja za razvoj razumijevanja biti bankarskih garancija nastojanja su Međunarodne trgovačke komore u Parizu, a i drugih međunarodnih organizacija.

Od nesigurnih početaka i nepotpunog razumijevanja pravog značenja bankarskih garancija, danas je kroz sudsku i arbitražnu praksu, kroz pravnu znanost kao i kroz rad međunarodnih organizacija, u bankarskim garancijama oblikovan jedan veoma dobar bankarski instrument, bez kojeg bi se međunarodna trgovina teško mogla zamisliti. Bankarske garancije, kao način osiguranja izvršenja raznih obveza, danas su od iste važnosti u trgovačkom prometu, i posebno kod građevinskih radova, kao što su dokumentarni akreditivi način osiguranja za plaćanje kupoprodajne cijene kod prodaje robe i izvršenja usluga.

Ono što bankarske garancije čini tako prihvatljivim naručiteljima građevinskih radova upravo je ono njihovo svojstvo koje se i najčešće napada. To često kritizirano svojstvo je činjenica da su bankarske garancije “apstraktnog”

¹ Pierce, Anthony, *Demand Guarantees in International Trade*, Sweet and Maxwell, London, 1993., str. 2 i dalje

karaktera. To znači da je garancija potpuno nezavisna od temeljnog odnosa te da je banka dužna platiti korisniku garantirani iznos bez obzira na prigovore koje nalogodavatelj za izdavanje garancije i banka koja je izdala garanciju eventualno imaju protiv korisnika. To svojstvo "apstraktnosti" i autonomnosti bankarske garancije dijele s mjenicama i s akreditivima.

VRSTE GARANCIJA

U pravu, postoje dvije vrste preuzimanja ispunjenja obveza za trećega, koje su poznate pod nazivom "jamstvo" i "garancija". U običnom govoru, te se dvije vrste osiguranja često izjednačuju, iako je razlika među njima velika. Osoba koja preuzima jamstvo obvezuje se da će ispuniti valjanu i dospjelu obvezu dužnika ako to ovaj ne bi sam učinio. Taj je institut detaljno opisan u građanskim zakonima, pa tako i u našem ZOO.² Njegova temeljna karakteristika, kad ga se uspoređi s garancijom, jest u tome da se jamstvom dodaje još jedan obveznik (jamac) obvezi dužnika, time da je, načelno govoreći, položaj jamca u svemu izjednačen s položajem dužnika. Za takvo jamstvo kažemo da je "akcesornog" karaktera, budući da se obveza jamca veže uz temeljni posao i temeljni odnos između dužnika i vjerovnika. Jamstvo mogu preuzeti sve fizičke i pravne osobe.³ Novi ZOO (dalje nZOO), čl. 116(1), određuje da se od jamca može zahtijevati ispunjenje obveze ako je glavni dužnik ne ispuni u roku određenom u pisanom pozivu, dok jamac može protiv vjerovnikova zahtjeva stavljati sve prigovore glavnog dužnika.

Nasuprot jamstvu, za "garanciju" je karakteristično da ona predstavlja nezavisnu obvezu koju garant preuzima u odnosu prema dužniku, a koja nije vezana uz temeljni odnos između dužnika i vjerovnika. Dok je jamstvo u odnosu na temeljni posao "akcesorno", dotle je garancija "apstraktna". Posebna osobina bankarskih garancija sastoji se u tome da banka, kao nezavisna i likvidna institucija, preuzima samostalnu i nezavisnu obvezu plaćanja na prvi poziv, nevezanu za temeljni posao, kad je na to pozove korisnik.

² Zakon o obveznim odnosima koji je stupio na snagu 1. siječnja 2006. (dalje nZOO), sadrži odredbe o jamstvu u člancima 104. - 126., a odredbe o pogrešno nazvanom "bankarskom jamstvu" (umjesto "bankarska garancija"), u člancima 1039. - 1044.

³ nZOO u čl. 104. određuje da se "ugovorom o jamstvu jamac obvezuje prema vjerovniku da će ispuniti valjanu i dospjelu obvezu dužnika, ako to ovaj ne učini".

Kad govorimo o bankarskim garancijama, tada u prvome redu mislimo na garancije “na poziv” ili na “na prvi poziv”, jer su samo one novi instrument međunarodne trgovine. Obične garancije koje bi izdala banka, a koje bi se temeljile na građanskopravnom jamstvu, nisu neka novost u međunarodnoj trgovini, jer su takve jamstvene garancije bile moguće i prije, a i nakon nastanka bankarskih garancija na poziv. Pojavom bankarskih garancija na poziv, teorija je trebala odgovoriti na pitanje njihove pravne naravi i nije iznenađujuće da su se prva istraživanja usmjerila na uspoređivanje tog novog instrumenta s dobro poznatim građanskopravnim jamstvom. Međutim, odmah je bilo jasno da su garancije na poziv temeljito drugačiji instrument od jamstva.⁴ Potrebe današnje međunarodne trgovine stavile su bankarske garancije koje bi se temeljile na građansko-pravnom jamstvu u drugi plan, jer one pružaju mnogo slabiju sigurnost od garancija na prvi poziv.⁵

Jedan od važnijih razloga afirmacije garancija na prvi poziv je i u tome što same banke preferiraju garancije na poziv i izbjegavaju jamstvene garancije, jer bi ih one uvukle u odnose između ugovornih strana u temeljnom ugovoru. Banke ne žele postati stranama u ugovornim odnosima između nalogodavatelja i korisnika bankarskih garancija i nisu zainteresirane preuzeti ulogu stranke koja se služi prigovorima protiv zahtjeva za plaćanjem. To bi banke uvuklo u dugotrajne sporove, a to banke žele izbjeći. Tendencija je banaka da odmah plate kad budu pozvane na plaćanje po izdanoj garanciji, a da bi tako mogle postupiti, one traže solidna osiguranja u svom odnosu s nalogodavateljima za izdavanje garancija. Popularnost bankarskih garancija na poziv je stoga posljedica i želje samih banaka da plate ako ih se pozove na plaćanje, a ne samo interesa nalogodavatelja i korisnika da dobiju pouzdani izvor plaćanja.⁶

⁴ V. *Garantieversprechen als Sicherheit im Handelsverkehr*, u *Garantieverträge im Handelsverkehr*, Metzner. V., 1972, str. 25-42.

⁵ U građanskom pravu, razlikujemo “supsidijarno” i “solidarno” jamstvo. Supsidijarno jamstvo je ono kod kojeg se ispunjenje obveze mora tražiti prvo od dužnika, a tek ako on ne ispuni obvezu, od supsidijarnog jamca. Solidarno je ono jamstvo kod kojeg se jamac obvezao kao “jamac i platac”, u kojem slučaju vjerovnik može tražiti ispunjenje obveze bilo od glavnog dužnika bilo od njegova jamca bilo od obojice istovremeno. Kakvo će jamstvo biti, ovisi o ugovoru: kod ugovora u privredi, ako ugovor o tome ništa ne kaže, pretpostavlja se da je ugovoreno “solidarno jamstvo” (čl. 1004). Kod jamstva, dakle, jamac ima mjesto supsidijarnog dužnika, sa svim njegovim pravima i obvezama.

⁶ U praksi, a osobito u praksi američkih banaka i posebno osiguravajućih društava, upotrebljavaju se i tzv. “bonds”, kao što su to *bid bonds*, “*performance bonds*”. Dok se pozivom na

Banke će se veoma rijetko i nerado upustiti u osporavanje svoje dužnosti da plate, kad ih se pozove da izvrše svoju obvezu iz bankarske garancije. S jedne strane, njihov je dobar glas u pitanju ako odbiju plaćanje po nekoj garanciji na prvi poziv. U takvom slučaju, bankama prijete opasnost da budu stavljene na “crnu listu” (*blacklisted*), čime mogu, u najmanju ruku, izgubiti neku zemlju kao svoje tržište. S druge strane, banke su za svoju obvezu plaćanja garantiranog iznosa pokrivena putem kontrole računa svog komitenta-nalogodavatelja ili putem posebnih osiguranja koje su sa svojim komitentom za taj slučaj dogovorile. Banke će, dakle, ako budu pozvane da plate, nastojati platiti što je prije moguće. Ako su se dobro osigurale u odnosu prema svom komitentu, njihov rizik plaćanja mnogo je manji od rizika neplaćanja. Dapače, banke će se odupirati svim pokušajima svojih komitenata da ih spriječe u tome da plate. Banke ne žele biti uvučene u sporove između korisnika garancije i njihovih komitenata. Ako nalogodavatelji ustanu tužbom protiv banke, u nastojanju da sud zabrani banci plaćanje, banke će najozbiljnije osporavati takve zahtjeve i odupirati se pokušajima da ih se spriječi u tome da plate. Neki komitenti pri tome griješe ako misle da “njihova” banka ima interes njih štititi. Bančin je prvi interes da plati kako bi ispunila svoju obvezu, a drugi je interes u tome da se pokrije u odnosu prema komitentu za tako plaćene iznose.

Nema sumnje da svi prigovori koji se stavljaju bankarskim garancijama na poziv posebno ističu opasnost da takva garancija može bezrazložno biti pozvana na plaćanje. U još opasnijoj varijanti stavlja se prigovor da korisnici mogu i prevarom doći do sredstava “pokrivenih” bankarskom garancijom. Dakle, dok s jedne strane bankarske garancije imaju veliku prednost u svojoj funkciji likvidnosti, tj. da su tako lako naplative kao da korisnik ima u ruci gotov novac, dotle je, s druge strane, i sam institut bankarskih garancija ozbiljno ugrožen zbog opasnosti brzih, ali neopravdanih ili prijevarnih naplata.

RAVNOTEŽA ODNOSA KOD BANKARSKIH GARANCIJA

Napisano je pravilo da će neki instrument međunarodne trgovine biti prihvaćen od poslovne prakse samo ako u sebi sadržava određenu “pravednost” u raspodjeli prava i obveza sudionika. Tu “pravednost” možemo nazvati i “unu-

plaćanje iz “garancije” dobiva novac od izdavatelja, pozivom na “bond” stvara se obveza garanta da sam preuzme posao i da ga izvrši.

tarnjom logikom rasporeda prava i obveza” tog instrumenta. Prava i obveze stranaka kod bankarskih garancija, da bi bile prihvaćene, moraju imati svoje opravdanje u raspodjeli rizika i koristi.

Gledajući samo ograničeni okvir bankarske garancije, može se pokazati da ravnoteža odgovornosti pojedinih sudionika u izdavanju i korištenju bankarske garancije nije potpuno ujednačena. Kad je jednom bankarska garancija na poziv izdana po nalogu nalogodavatelja od neke banke, stvara se odnos u kojem su banka i nalogodavatelj manje-više nemoćni zaustaviti plaćanje uvijek kada to korisnik zatraži na način koji je predviđen u samoj garanciji. U odnosu između nalogodavatelja, banke i korisnika, banka je neopozivo obvezna platiti po pozivu, i bez prava utvrditi je li nalogodavatelj zaista odgovoran za propust kojim ga tereti korisnik. Banka će morati platiti, a nalogodavatelj, osim u iznimnim slučajevima, neće biti u mogućnosti spriječiti banku da plati. Štoviše, nalogodavatelj neće moći banci niti prigovoriti što je platila, jer nalog za izdavanje bankarske garancije u sebi sadržava i suglasnost da banka plati kad je korisnik pozove na plaćanje.

Dakle, u odnosima između nalogodavatelja i korisnika bankarskih garancija na poziv, bankarske garancije pružaju izrazitu prednost korisnicima, jer oni mogu te garancije naplatiti, pa i u slučaju ako im temeljni odnos s nalogodavateljem ne daje pravo na naplatu iz garancije. Korisnik ne mora dokazivati da ima pravo na plaćanje, već mora samo podnijeti banci zahtjev u kojem navodi da je stekao pravo na plaćanje, s time da takav zahtjev treba biti u skladu s uvjetima iz garancije.

Međutim, u širem kontekstu odnosa između banke, korisnika i nalogodavatelja, usprkos privilegiranom položaju korisnika, “pravednost” odnosa ipak postoji. Bankarske se garancije daju kao osiguranje da će neki posao biti izvršen ili plaćen. Ponudbene, avansne garancije, kao i garancije za dobro izvršenje posla, garancije za povrat zadržanih iznosa, imaju opravdanje jer pružaju dodatnu sigurnost korisnicima koja inače ne bi postojala. Kad izvoditelj građevinskih radova osigurava izdavanje bankarske garancije za dobro izvršenje posla, za povrat predujma, za uredno održavanje izgrađenog objekta, on samo “pokriva” rizike naručitelja koji mu redovito plaća dijelove izvršenog posla, a da još ne zna krajnji rezultat, tj. ne zna hoće li će posao biti dobro izvršen ili neće.

Možemo se pitati da li je zaista opravdana ta prednost koju korisnici bankarskih garancija na poziv dobivaju kroz takve garancije i opravdava li poslovna praksa tako privilegirani položaj korisnika. Najbolji odgovor daje sam poslovni život. Garancije na prvi poziv postale su sastavni dio poslovnih transakcija upravo zato što se njima osigurava potrebna ravnoteža interesa između ugo-

vornih strana, tj. između nalogodavatelja i korisnika. Bankarskim garancijama pokrivaju se rizici u mnogim vrstama poslovnih transakcija, za koje inače nema drugog jednako učinkovitog instrumenta osiguranja. Te poslovne transakcije mogu biti financijske prirode (zajmovi, izdavanje obveznica, preuzimanje raznih financijskih obveza) ili nefinancijske prirode (ugovori o građenju, o kupoprodaji, o najmu i sl.). Ako npr. netko plati neki iznos unaprijed i u gotovu, što je često s predujmovima kod ugovora o građenju, tada je opravdano da taj iznos može vratiti ako ne bude utrošen kako je predviđeno. Ako je netko preuzeo obvezu da će izvršiti neki posao, tada je opravdano da se naručitelj ima pravo osigurati za slučaj neizvršenja naplatom od banke do određenog garantiranog iznosa. Naplata bankarskih garancija je jednostavna i, načelno govoreći, za naplatu je dovoljno samo uputiti dogovoreni zahtjev banci da plati. Prednost bankarskih garancija na poziv, je upravo je u njihovoj brznoj naplativosti, jer se time izbjegava dugotrajni postupak ostvarivanja prava vjerovnika preko sudova ili drugih institucija. Upravo ta brza, neopoziva i cjelovita naplativost čitavog iznosa odjednom i najveći je rizik za nalogodavatelje, ali i najveća prednost za korisnike.

Iznosi bankarskih garancija, u pravilu, samo su manji postotak iznosa koje je korisnik garancije već utrošio za plaćanje radova. Iznosi garancija kreću se uglavnom između 5-10 posto vrijednosti ugovora koji osiguravaju, pa iako mogu u danom slučaju biti visok ukupni iznos, zapravo osiguravaju samo manji dio štete koju naručitelji radova mogu imati zbog propusta izvođača radova. Možemo, dakle, zaključiti da kod bankarskih garancija na poziv, postoje opravdani razlozi za pokriće rizika onih stranaka koje garancije izdaju i u čiju korist ih se izdaje.

ZLOUPOTREBE U NAPLATI

Budući da bankarska garancija na prvi poziv omogućuje korisniku da dobije novac od banke bez suvišnih formalnosti, moglo bi se očekivati da će takav instrument često biti zloupotrijebljen od korisnika. Međutim, u privrednom se životu uglavnom primjećuje određena suzdržanost korisnika u pozivanju banaka da plate. Dosljedno tome, naplata bankarskih garancija i nije tako česta kako bi se iz samog mehanizma moglo zaključiti. Smatra se da se od svih izdanih bankarskih garancija na poziv (uključivo i standby akreditive), naplata

od banaka traži samo u pet posto slučajeva.⁷ Stoga, nema mjesta preuveličavati opasnosti vezane uz izdavanje bankarskih garancija.⁸ Ipak, treba znati da sam mehanizam daje mogućnost neopravdanog pozivanja bankarskih garancija na plaćanje (*unfair calling*), i u tome se nesumnjivo skriva njihov potencijalno najveći nedostatak.

Drugi je nedostatak bankarskih garancija mogućnost njihova produljivanja na zahtjev korisnika. Ako korisnik ne želi osloboditi neku bankarsku garanciju po isteku njezine valjanosti, može je produljiti upućivanjem jednostavnog zahtjeva banci, sadržanog u zahtjevu “plati ili produlji” (*extend or pay* ili *hold for value*).⁹ Istovremeno, i praksa i teorija smatraju da je takav zahtjev za plaćanjem, odnosno za produljenjem garancije legitiman i da nije “prevara”.¹⁰ Stoga će i banke i nalogodavatelji uvijek pristati produljiti garanciju, a ne platiti, jer je trošak održavanja garancije na snazi uvijek manji od plaćanja iznosa garancije.

Usprkos izloženim opasnostima koje postoje prilikom izdavanja bankarskih garancija na prvi poziv, međunarodna trgovačka praksa taj je instrument prihvatila. Bankarske garancije na prvi poziv danas su u međunarodnoj trgovini jednako tako nezaobilazne kao i akreditivi i mjenice.

UJEDNAČENA PRAVILA MEĐUNARODNE TRGOVAČKE KOMORE

Pravo bankarskih garancija razvija se samo djelomično putem nacionalnih propisa, a mnogo intenzivnije putem sudskih i arbitražnih odluka. Ta sudska i arbitražna praksa uzima u obzir i načela koja su sadržana u ujednačenim pravilima koja je izdana Međunarodna trgovačka komora (MTK) jer ta pravila odražavaju shvaćanja prihvaćena u praksi. MTK je do danas izdala nekoliko ujednačenih pravila o bankarskim garancijama. Način donošenja tih pravila veoma dobro ilustrira neuspjeh onih koji su imali namjeru bankarske garancije pretvoriti u instrumente plative tek na temelju sudskih ili arbitražnih odluka, a ne na prvi poziv.

⁷ Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade*, 3. izd., 2004., str. 277 (dalje: Bertrams1).

⁸ Bertrams, R., *Roeland Bertrams looks at the advantages and risks of first demand guarantees and standbys*, Documentary Credit Insight, 2, No. 3, Summer 1996, str. 1-5 (dalje DCI).

⁹ Jedno UNCITRAL-ovo ispitivanje otkrilo je da se 95 posto zahtjeva za produljenjem bankarske garancije čini putem postavljanja zahtjeva “plati ili produlji”. Cit. prema Bertrams1, str. 236.

¹⁰ *Ibid.*, str. 237 i dalje.

Za nas su od prvenstvenog interesa dvojna pravila MTK-a. Prva pravila odnosila su se na "ugovorne bankarske garancije", pod kojim su se nazivom smatrale garancije koje bi bile plative na prvi poziv korisnika, ali tek na temelju sudske ili arbitražne odluke. Druga su se pravila odnosila na garancije na prvi poziv.¹¹ Puni nazivi tih dvaju izdanja navedenih pravila su sljedeći:

- *Ujednačena pravila za ugovorne garancije (Uniform Rules for Contract Guarantees)*, publikacija MTK br. 325 (u daljnjem tekstu navodi se kao UPUG 325), objavljena su u kolovozu 1978.
- *Ujednačena pravila za garancije po pozivu (Uniform Rules for Demand Guarantees)*, publikacija MTK br. 458 (u daljnjem tekstu navodi se kao UPGP 458), objavljena su u travnju 1992.¹²

POKUŠAJ NAPUŠTANJA GARANCIJA NA POZIV

Znamo da korisnik garancije na poziv može garanciju naplatiti na jednostavni zahtjev upućen garantu (banci). Upravo zbog te jednostavnosti naplate, i banke i nalogodavatelji izloženi su velikom riziku neosnovanog poziva na plaćanje iz garancije. Da bi doskočili problemu neopravdanog pozivanja na naplatu, i da bi stvorili "pravičnu ravnotežu" (*a fair equilibrium*) između prava i obveza svih zainteresiranih strana, MTK je 1978. godine izdao Ujednačena pravila za ugovorne garancije.¹³ Međutim, u želji da stvori "pravednu ravnotežu" između zainteresiranih strana, Bankarska komisija MTK-a,¹⁴ u sastavljanju UPUG

¹¹ MTK je izdao i druga ujednačena pravila, koja su za naš predmet od manjeg interesa. To su *Ujednačena pravila za ugovorne bondove (Uniform Rules for Contract Bonds)*, publikacija MTK 524, objavljena u listopadu 1996., te Međunarodna praksa za standby (*International Standby Practices - ISP98*), publikacija MTK 590, objavljena 1998.

¹² Do sada su se pravila MTK najčešće nazivala Jednoobrazna pravila. Kako taj izraz nije u duhu hrvatskog jezika, a izraz "jedinstvena" kojim se namjeravalo zamijeniti "jednoobrazna" nije točan, odlučili smo se za izraz "ujednačena". Prema tome, naša kratica u hrvatskom za ta pravila je UPGP 458, dok je kratica na engleskom, *URDG 458*. Iz istih razloga nazivamo i pravila za akreditive Ujednačeni običaji i praksa za dokumentarne akreditive (hrv. kratica UOP) (*Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*, engl. kratica *UCP*).

¹³ Uvodu u publikaciju 325, str. 8.

¹⁴ Puni je naziv komisije Komisija MTK-a za bankarsku tehniku i praksu (*Commission on Banking Technique and Practice*).

325 otišla je predaleko u slabljenju osnovne poslovne uloge tih garancija kao sigurnog i brzog načina plaćanja garantiranih iznosa.

Ta se prva Ujednačena pravila odnose na ponudbene garancije (*tender guarantees*), na garancije za dobro izvršenje nekog posla (*performance guarantees*) te na garancije za povrat plaćenih iznosa (*repayment guarantees*). Takve se garancije izdaju najčešće kod radova građenja velikih investicijskih objekata, a izdaju ih banke po nalogu izvođača u korist investitora. Pravila daju definiciju svake od navedenih garancija.¹⁵ Ta su prva Ujednačena pravila rađena u zajednici sa stručnjacima UNCITRAL-a. Pravila su kratka i sažeta i imaju ukupno devet članaka. Međutim, praksa je pokazala da je njihov temeljni nedostatak u zahtjevu da, ako sama garancija ne navodi dokumente koji se trebaju priložiti uz zahtjev za plaćanjem, korisnik treba priložiti sudsku ili arbitražnu odluku kojom opravdava zahtjev za plaćanjem (čl. 9) ili pismenu suglasnost nalogodavatelja da se slaže s traženom isplatom. Takav zahtjev učinio je te garancije gotovo jednako tako neučinkovitima kao što su to građanskopravna jamstva. Temeljni nedostatak pri sastavljanju tih garancija bila je činjenica da u njihovoj izradi nisu sudjelovali predstavnici korisnika (naručitelja radova), već uglavnom predstavnici banaka i drugih osoba koji su ponajprije štitili interese nalogodavatelja (izvođača) i banaka. Kao posljedica njihovih nastojanja, odlučeno je da UPUG 325 uopće ne treba obuhvaćati garancije na poziv.¹⁶

Najsnažniji otpor garancijama na poziv dolazio je od bankara i poslovnih krugova izvođača radova i isporučitelja opreme iz Švedske i drugih nordijskih zemalja. Poslije, kad je bilo očito da UPUG325 u praksi nije prihvaćen, ti su se stručnjaci protivili izradi posebnih pravila za garancije na poziv i smatrali da bi MTK trebao uopće zabraniti takve garancije.¹⁷ Postavljajući dokumentarne uvjete za naplativost tih garancija, osnovna prednost bankarskih garancija na poziv koja se sastoji u mogućnosti njihove brze naplate bila je toliko oslabljena da ih korisnici garancija u praksi nisu prihvatili. "Ugovorne garancije", kao određena

¹⁵ Ponudbene (tenderske) garancije daju se kao sigurnost da će ponuditelj ispuniti svoje obveze iz ponude, tj. da će sklopiti ugovor s naručiteljem, ako ovaj prihvati njegovu ponudu kao najpovoljniju. Garancije za dobro izvršenje posla daju se kao sigurnost da će prodavatelj robe ili izvršitelj usluga dobro izvršiti svoje obveze koje je preuzeo ugovorom, dok se garancije za povrat predujma daju kao sigurnost da će prodavatelj ili izvršitelj usluga vratiti primljeni predujam na način predviđen temeljnim ugovorom.

¹⁶ To je izričito i navedeno u uvodu ICC izdanja tih pravila. Osim toga je neosnovano istaknuto, da je potražnja za garancijama na poziv u opadanju (str. 9).

¹⁷ O tome, pobliže, Pierce, A., op. cit., str. 226 i dalje.

vrsta garancija, jednostavno nisu bile prihvaćene u praksi, jer su previše sličile građanskopravnim jamstvima i engleskom *suretyshipu*. To je bio i glavni razlog da je MTK kasnije pristupio izradi drugih pravila za garancije na poziv.

MTK je pri izradi UPUG 325 polazio s pogrešne pretpostavke da je upotreba garancija na prvi poziv u opadanju i da stoga treba prvenstveno sastaviti pravila za "ugovorne garancije" koje više sliče jamstvu nego bankarskim garancijama na prvi poziv. Budući da Komisija koja je sastavljala UPUG 325 ipak nije bila sigurna u svoje zaključke, omogućila je da strane koje žele ugovarati bankarske garancije na prvi poziv mogu prilagoditi određena pravila koja su sadržana u UPUG 325.¹⁸ Krajnji rezultat te želje da se zadovolje nespojivi zahtjevi je činjenica da je UPUG 325 postao za praksu neprihvatljiv i neupotrebljiv. Takvo je stanje ostalo sve do danas.

PRAVILA ZA GARANCIJE NA POZIV

Zbog neprihvatanja i neprimjenjivanja UPUG 325 od poslovne prakse, s jedne strane, te kao posljedice nastojanja da se ipak formuliraju neka pravila za garancije na poziv, s druge strane, MTK je 1980-ih godina pristupio izradi Ujedačenih pravila za garancije na poziv.¹⁹ Radnoj grupi MTK koja je izrađivala ta pravila predsjedavao je prof. Roy Goode. Trebalo je proći punih 14 godina od donošenja UPUG 325 da se usuglase stajališta u vezi s tim garancijama. Ta su pravila objavljena tek 1992. i poznata su danas kao UPGP 458.

Razvoj i objavljivanje pravila UPUG 325 i UPGP 45, najbolje pokazuje utjecaj koji ima međunarodna trgovačka praksa na pravila o bankarskim garancijama. UPUG 325 iz 1978. godine nije naišao na razumijevanje i odobravanje korisnika (izvoznika i investitora), budući da mu je osnovna svrha bila zaštititi izdavatelje (banke) i nalogodavatelje protiv neopravdanih zahtjeva za naplatom garancija izdanih "na prvi poziv", a zanemario je interese investitora kao na-

¹⁸ Sve to proizlazi iz službenog pregovora JP 325 (str. 9).

¹⁹ U grupu publikacija povezanih s UPGP 458, možemo navesti još i sljedeće publikacije MTK-a: Model-formulari za bankarske garancije po pozivu (*Model Forms for Issuing Demand Guarantees* (publikacija MTK 503) i Vodič za Ujedačena pravila za garancije po pozivu (*The ICC Guide to the Uniform Rules for Demand Guarantees*) (publikacija MTK 510). Modeli garancija trebali bi poslužiti strankama da zadrže njihov dokumentarni karakter te da, nenamjerno, upotrebom raznih termina i formulacija, ne daju drugačiji karakter garanciji za koju žele da bude na prvi poziv.

ručitelja radova i korisnika tih garancija. Investitori, naime, nisu pristajali da za obveze izvođača dobiju samo garancije koje se mogu naplatiti tek nakon arbitražne ili sudske odluke, a ne na prvi poziv.

Možemo ustvrditi da pravila sadržana u UPGP 458 danas odražavaju ona shvaćanja koja u međunarodnoj trgovini prevladavaju u pogledu pravnih osobina bankarskih garancija te da pridonose razumijevanju razlika između jamstava i garancija. Kod tih je pravila izričito naglašeno da je riječ o garancijama koje su odvojene od temeljnog posla i da su dokumentarnog karaktera (čl. 2.). U tom smislu, garancije na poziv imaju mnogo sličnosti s akreditivima, s kojima dijele ista temeljna načela (apstraktnu prirodu obveze na plaćanje, nezavisnost garancije od temeljnog posla, dokumentarnu narav, strogu sukladnost, neopozivost). Istodobno, usprkos neuspjehu u praksi, UPUG 325 nije ukinut ili povučen iz upotrebe, već je ostavljeno ugovornim stranama da ta pravila mogu ugovoriti ako smatraju da su im u nekom poslu takve garancije poželjne.

Nema sumnje da je jedan od najvećih problema kod bankarskih garancija na prvi poziv opasnost da će biti bezrazložno pozvane na plaćanje. Dok, s jedne strane, bankarske garancije imaju veliku prednost zbog svoje funkcije likvidnosti, tj. tako su lako naplative kao da korisnik ima u ruci gotov novac, dotle je i sam institut bankarskih garancija ozbiljno ugrožen zbog opasnosti brzih, ali neopravdanih ili prijevarnih naplata. Međutim, očito je da su pravila UPUG 325 otišla predaleko u zaštiti prava izdavatelja (banaka) i nalogodavatelja (izvođača), a premalo su se brinula za prava korisnika bankarskih garancija (investitora). Nastojeći premostiti problem brze i neosnovane naplativosti bankarskih garancija, MTK je u tim prvim UPUG pretjerao u zaštiti nalogodavatelja, a na uštrb korisnika bankarskih garancija. Protivno pravilima UPUG 325, UPGP 458, za naplatu traže da korisnik podnese samo pismeni zahtjev, zajedno s izjavom, i da je nalogodavatelj prekršio svoje obveze s kratkim opisom u čemu se sastoji to kršenje obveza. Smatralo se, da bi i takva izjava mogla djelovati na korisnike da ne traže plaćanje bez opravdanog razloga.

Činjenica je, međutim, da ni pravila UPGP 458, iako su pružila bolji odraz međunarodno usvojenih običaja i prakse, nisu, kao pravila na koja se strane pozivaju, široko prihvaćena u praksi u smislu njihove neposredne primjene. Kao posljedica, relativno su rijetki slučajevi da ugovorne strane predviđaju podvrgavanje bankarskih garancija tim pravilima ili da se bankarske garancije izričito pozivaju na ta pravila i da ih čine sastavnim dijelom tih garancija. Razlozi za to suzdržavanje nisu potpuno jasni. Neki autori smatraju da bi razlog mogao ležati u strahu izdavatelja bankarskih garancija da UPGP ne bude u suprotnosti

sa standardnim formulacijama i sa sadržajem bankarskih garancija koje banke primjenjuju u svom poslovanju.²⁰ Činjenica je, naime, da se obveze iz bankarskih garancija procjenjuju samo prema onome što je sadržano u njihovom tekstu. To bi mogao biti razlog za strah izdavatelja takvih garancije, budući da smatraju da bi se pozivanjem na UPGP 458 i podvrgavanjem garancije tim pravilima dodali bankarskim garancijama uvjeti koje oni ne žele ili kojih nisu svjesni. Neki opet smatraju da ta pravila nisu dovoljno promovirana i da su često osporavana u zemljama tradicionalnih korisnika, a da su neke kontroverzne odredbe (kao npr. čl. 20.), posljedica političkih kompromisa koji nisu svuda jednako prihvaćeni.²¹ U nekim anketama iz 1998. godine, rezultati su pokazali da se prema mišljenju više od 60% ispitanika pravila UPGP 458 rijetko upotrebljavaju. To je nekima dalo povoda da predlože da ako UPGP 458 i nadalje nailazi na tako slabu primjenu, da mu MTK otkaže svoju podršku.²²

Iz navedenih razloga čini se da ni nalogodavatelji, a ni korisnici bankarskih garancija, u pravilu, ne traže od banaka da se u tekstu bankarskih garancija pozivaju na UPGP 458. U svakom slučaju, činjenica je da se bankarske garancije na prvi poziv daleko rjeđe pozivaju na UPGP 458 za bankarske garancije nego što je to slučaj s akreditivima, kod kojih je pozivanje na aktualno važeća Ujednačena pravila za akreditive univerzalno. Ipak, ne može se reći, da UPGP 458 nema utjecaj na praksu.²³ U tim je pravilima, naime, uloga bankarskih garancija kao pravnog instrumenta osiguranja izvršenja obveza realno opisana i ona očigledno odgovara međunarodnoj praksi prihvatljivoj i za nalogodavatelje,

²⁰ Bertrams I, op. cit., str. 29.

²¹ Smatra se da pravilo čl. 20. sadržava iznenađujući zahtjev, s obzirom na to da se od korisnika traži podnošenje pismenog zahtjeva zajedno s pismenom izjavom kojom se potvrđuje da je principal (nalogodavatelj) prekršio svoje obveze iz temeljnog ugovora i opis tog kršenja, iako se to u samoj garanciji uopće ne predviđa. Ta se odredba primjenjuje, osim ako je ugovorne strane nisu izričito isključile u samoj garanciji (UPGP 458, čl. 20 a. i. i ii.).

²² Affaki, G., *How do the ISP standby rules fit in with other uniform rules*, DCI 5 No. 1, Winter 1999, str. 9.

²³ Posljednji objavljeni podaci, međutim, pokazuju nešto bolju sliku upotrebe UPGP 458. Iz odgovora anketiranih bankarskih odjela, proizlazi da 46% banaka izdaju garancije koje podvrgavaju UPGP 458, a 50% se ne pozivaju na ta pravila, dok se 4% banaka ne bavi izdavanjem takvih garancija. Od anketiranih banaka, 66% banaka iz zapadne Europe izdaje garancije koje podvrgava UPGP 458, a to čini samo 43% iz Istočne Europe, 38% iz Azije i regije Pacifika te samo 7% banaka iz Sjeverne Amerike. Prema 2006 ASLC, str. 245.

za izdavatelje i za korisnike. Činjenica da se bankarske garancije ne pozivaju tako često na UPGP 458 kao što se akreditivi pozivaju na Ujednačene običaje i praksu za akreditive (UOP) 500, međutim, ne utječe na činjenicu da su u poslovnoj praksi načela i sadržaj izdanih bankarskih garancija pretežito u skladu s UPGP 458.

PREVARA KAO TEMELJ ZA OBUSTAVU PLAĆANJA

U pravu bankarskih garancija i akreditiva ne postoji drugi način da se zaustavi plaćanje iz neke garancije na poziv osim pozivanja na prevaru.²⁴ Postoji stalna tendencija da se proširi osnova za pozivanje bankarskih garancija na plaćanje, ali su sudovi veoma oprezni i suzdržani prema tim nastojanjima. Pravila za bankarske garancije 325 i 458 uopće ne sadržavaju odredbe kako postupati u slučaju prevara. Naime, sastavljači tih običaja, prakse i pravila smatrali su da prevare kod bankarskih garancija i akreditiva spadaju u nadležnost domaćih sudova, koji će takve situacije rješavati u skladu s domaćim pravom. Nacionalni pravni sustavi međusobno se razlikuju u tom području, kako u pogledu prava koje se primjenjuje, tako i u pogledu privremenih mjera zaštite koje oštećenima stoje na raspolaganju. Iz tih razloga nije moguće izložiti jedinstveno stajalište sudova o prevarama.

Temeljno pitanje kod prevara je pitanje na koju se transakciju prevara zato odnosi: misli li se pod time na prevaru u odnosu između korisnika i banke ili se misli na prevaru u temeljnoj transakciji. O tome ne postoji jedinstveno mišljenje.²⁵ Međutim, neki smatraju da je ta dilema neispravna, budući da ne

²⁴ U praksi se upotrebljavaju razne atribucije, kao što su “zloupotreba” (*abuse*), loša vjera (*bad faith*), prijevara (*fraud*) i sl. Sve su te oznake nepouzdana i neprecizna, a nisu stvorene u primjeni bankarskih garancija, već su preuzete iz unutarnjih pravnih poređaka. Mi ćemo upotrebljavati samo termin “prevara”. Razlika između *fraud* i *abuse* nije jednostavna, a i sudovi često upotrebljavaju oba termina zajedno, a da ne prave razliku između njih. Jedan autor smatra da *fraud* postoji kad postoji očigledna prevara, a *abuse* kad korisnik “očigledno” nema pravo na plaćanje. To će biti u slučaju kad je temeljni ugovor sudski proglašen okončanim ili ništavim zbog djelovanja korisnika, kad korisnik izjavi da ne bi izvršio ugovor i u sličnim slučajevima. “*Abuse*”, dakle, postoji kad je očigledno da korisnik nema pravo na plaćanje iz garancije. V. o tome, Pierce, Anthony, op. cit., str. 197-202.

²⁵ Za različita mišljenja o tome pitanju v. Barru, D., *How to Guarantee Contractor Performance*, u 2006 ASLC, op. cit., str. 46 i dalje.

može postojati samo prevara u prezentaciji dokumenata, a da istodobno ne postoji i prevara u samoj transakciji.²⁶ Prema sudskoj praksi, ne čini se razlika između prevare u temeljnom poslu ili u prezentaciji dokumenata. I jedna i druga vrsta prevare imaju kod sudova isti položaj i posljedice.²⁷ Drugo pitanje koje se postavlja u vezi s prevarama je pitanje koji je intenzitet prevare (*quantum of fraud*) potreban da bi sud obustavio isplatu. Novelirana odredba UCC (čl. 5-109.) traži da prevara bude "bitna" (*material*), a takvom se smatra ona koja je tako ozbiljna da korisnik bez nje ne bi imao mogućnosti naplatiti iznos.²⁸

U svakom slučaju, pri razmatranju "prevare" kao opravdanog temelja za obustavu plaćanja iz bankarske garancije, treba uzeti u obzir i temeljnu svrhu bankarskih garancija. Ona se u spremnosti i obvezi banke da plati garantirani iznos na temelju jednostavnog zahtjeva korisnika, bez obzira na razloge koje može imati nalogodavatelj da se protivi plaćanju. Plaćanje garantiranog iznosa daje korisniku mogućnost da barem privremeno nadoknadi štetu koju smatra da je pretrpio kao posljedicu ponašanja nalogodavatelja, a da ne dokazuje opravdanost i visinu štete. Iako se dopušta da očigledne prevare ne smiju imati zaštitu, ta se obrana može primijeniti samo iznimno i uz najveći mogući oprez. Nalogodavatelji, naime, da bi zaustavili plaćanje, imaju tendenciju da veoma često tvrde da je poziv na plaćanje "prijevarni". Prihvatljivo je stajalište da ako je očigledno da korisnik nema pravo na plaćanje iz garancije, sud ili arbitražno vijeće mogu zaustaviti plaćanje. Kad će to biti "očigledno", stvar je procjene u svakom pojedinom slučaju. Načelo prema kojemu bankarske garancije treba prvo platiti, a zatim dokazivati (*pay first, argue later* ili *pay first, sue later*) ne bi imalo smisla primjenjivati ako je očigledno da je korisnik dužan vratiti novac čim ga primi. Međutim, pri tome se ne bi smjela izgubiti iz vida temeljna svrha garancija na poziv, a to je da korisnicima pružaju garanciju da će dobiti garantirani iznos kad to zatraže u skladu s uvjetima iz garancije. Stoga smatramo da bi sudovi i arbitražna vijeća trebali takve razloge uvažavati samo u iznimnim slučajevima.

²⁶ Ibid., str. 48. Prema odredbama UCC (čl. 5.-109.), svejedno postoji li prevara samo u transakciji između korisnika i banke ili u temeljnom ugovoru. U oba slučaja može se pozivati na prevaru.

²⁷ Barru, op. cit., str. 48.

²⁸ Cit. prema: ibid., str. 49.

MJERE ZAŠTITE

Postoje dvije temeljne vrste mjera sudske zaštite protiv prevara: jedne se skupno nazivaju “ograničavajućim privremenim mjerama”, koje su u našem pravu poznate kao “privremene mjere” (eng. *injunctions, restraining orders* ili fr. *mesures provisoire* ili *mesures intérimaires*), dok su druge poznate kao mjere za očuvanje imovine ili nekog prava (eng. *conservatory attachments* ili fr. *mesures conservatoires*).²⁹ Prve od tih mjera, mogu biti usmjerene ili protiv korisnika ili banke koja je dužna platiti. Oštećeni može tražiti ili sudsku zabranu kojom se banci ili drugoj financijskoj instituciji zabranjuje isplata traženog iznosa ili se zabrana odnosi na primitak krivotvorenih ili lažnih dokumenata. Kako banke koje su izdale garanciju nisu stranke u arbitražnim ili sudskim postupcima te stoga mjere sudske ili arbitražne zaštite ne mogu uvijek biti usmjerene protiv njih, zabrane se usmjeruju na traženje da se korisniku, tj. onome tko treba primiti određeni iznos, zabranjuje da taj iznos primi odnosno da tim iznosom raspolaze. Druga vrsta mjera su ona koje nalažu dužniku da se ne koristi svojom imovinom odnosno kojima se nalaže banci da ne plati korisniku (dužniku).³⁰

Budući da nema jedinstvene sudske prakse u postupanja sa zahtjevima za zaštitu od prevara, a nema ni jedinstvene klasifikacije mjera koje se mogu tražiti, preostaje nam da razmotrimo razmišljanja i odluke koje su potaknule određene nacionalne sudove da poduzmu korake kako bi zaštitili stranke od prevara.

Razlozi postojanja prevare, kao temelja za obustavljanje plaćanja iz bankarske garancije, potpuno su opravdani. Pravni sustavi i sudovi zaista ne mogu dopustiti da se prevarama stječe materijalna korist. Međutim, tvrdnja da je posrijedi prevara i da zbog toga treba obustaviti isplatu iz neke bankarske garancije, sama po sebi, nije još dovoljna da opravda sudsku odluku kojom se zabranjuje takva isplata. U sudskoj praksi postoje mnoge sudske presude i slučajevi u

²⁹ U engleskom pravu postoji način kojim se nalogodavac garancije ili akreditiva može poslužiti u slučaju ako je banka platila na temelju tih instrumenata. Riječ je o privremenoj naredbi, kojom se zabranjuje korisniku ili da primi sredstva od banke (*conservatory attachment*) ili kojom se korisniku zabranjuje da sredstvima raspolaze. Taj je postupak u engleskom govornom području poznat pod imenom *Mareva injunction*, po engleskoj presudi u kojoj je takvom zahtjevu udovoljeno. U prvom slučaju (zabrana primanja) riječ je o zahtjevu *in rem*, a u drugom slučaju (zabrana raspolaganja) riječ je o zahtjevu *in personam*.

³⁰ V. o tome opširnije Bond, S. R., *La nature des mesures conservatoires et provisoires*, u zbirci *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, izd. Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1993. (ICC Publication 519), str. 8-21.

kojima su nalogodavatelji nastojali zaustaviti plaćanje zbog navodnih prevara. Velik broj takvih slučajeva najbolje pokazuje kako bankarske garancije mogu biti riskantne te kako nema drugog učinkovitog načina da se plaćanje zaustavi osim pokretanja sudskog postupka zbog prevare. Međutim, ističe se da i pored brojnih engleskih sudskih odluka o pitanjima prevara kod akreditiva nema niti jedne sudske odluke kojom je zaustavljeno plaćanje zbog prevare.³¹

Ipak, pozivanje na prevaru izravno je protivno načelima nezavisnosti akreditiva i bankarskih garancija. Kad bi sudovi dopustili obustavljanje isplate iz bankarskih garancija samo na temelju tvrdnji da je posrijedi prevara, to bi moglo ugroziti čitav sustav akreditiva i bankarskih garancija.

PROŠIRENJE OSNOVE ZA OBUSTAVU ISPLATE

Otkad postoje bankarske garancije, javljaju se i nastojanja da se proširi osnova za obustavu plaćanja iz bankarske garancije. S jedne strane, to su pokušaji da se prevari kao valjanoj osnovi za obustavu plaćanja pridoda i postojanje nezakonitosti u temeljnom poslu. S druge strane, tvrdi se da od časa kad započne arbitražni postupak odnosno od časa kad se strane u sporu slože oko *Terms of Reference* strane ne smiju pogoršavati međusobne odnose te stoga ne smiju niti pozivati bankarske garancije na plaćanje.

Zabilježena su nastojanja, da se prevarama priključi “nezakonitost” kao temelj za odbijanje plaćanja. U jednom nedavnom engleskom slučaju (*Mahonia Ltd. V. JPMorgan Chase Bank and West LB AG, 2004*), sud nije prihvatio zahtjev da odbije obranu zbog nezakonitosti prevare. Iz mišljenja suda mogu se kategorizirati stupnjeve prevare i posljedice, i to na sljedeći način: (1) kad je zahtjev postavljen, banka nije imala saznanja o prevari i na prvi pogled korisnik ima pravo na plaćanje; (2) kad dokazi u tijeku postupka postanu (a) jasni, sud neće donijeti presudu u korist korisnika; (b) kad su dokazi snažni, ali još uvijek nisu dovoljno jaki da se obustavi plaćanje, sud će zaustaviti plaćanje do rješenja spora, te (3) ako dokazi nisu uvjerljivi, sud će donijeti odluku u prilog korisnika.³² U konkretnom slučaju radilo se o Enronu, koji je putem fiktivnih akreditiva izbjegao prikazati zajam od 350 milijuna dolara u svojim knjigama kao dug i time je prekršio zakon o vrijednosnim papirima i druge propise SAD.

³¹ Barru, op. cit., str. 47.

³² Cit. Prema: Fung, K.T. *Leading Court Cases on Letters of Credit*, ICC publikacija br. 658, str. 180-184.

Takvo rezoniranje protivno je stajalištu da utvrđenje o nezakonnosti obveze iz temeljnog ugovora nije osnova za obustavljanje plaćanja iz akreditiva. U takvim slučajevima plaćanje se može pobijati tek u postupku nakon što je plaćanje obavljeno.³³ Međutim, sud je smatrao da se prevara ne može ignorirati, budući da načelo engleskog prava po kojem "prevara sve poništava" (*fraud unravels all*) ima uvijek prednost. Sudovi ne mogu dopuštati da legitimne instrumente upotrebljavaju nepoštene osobe. Sud je došao do zaključka da je nedvojbeno utvrđeno kako je temeljna transakcija nezakonita ili neizvršiva. Drugi, opet, upozoravaju da se to stajalište može primijeniti samo ako ga se tumači restriktivno.³⁴ Prije svega, kršenje nekog domaćeg propisa gospodarske prirode (kao npr. dobivanje dozvola i slični prekršaji), ne čini poziv na naplatu garancije prijevannim. Smatra se, da bi nezakonitost mogla biti opravdan razlog za obustavu plaćanja po garanciji samo ako je temeljni ugovor prema mjerodavnom pravu očigledno nezakonit te ako je, mjereno međunarodnim standardima, sama transakcija očigledno nezakonita. U takvim je slučajevima riječ i o tome da je i korisnik bio svjestan te nezakonitosti.³⁵

U jednom slučaju, presuđenom u Nevadi (*Hubbard Business Plaza v. Lincoln Liberty Life Insurance Co.*, 1986), sud je odbio isplatu iz jednog akreditiva kojim je trebalo pokriti iznos ugovorne kazne (*liquidated damages*) za slučaj da nalogodavatelj ne sklopi posao. Sud je utvrdio da je ugovorna kazna nezakonita prema zakonima Nevade. Budući da korisnik ne bi imao pravo na ugovornu kaznu po temeljnom ugovoru nema pravo ni na iznos iz akreditiva.³⁶

U posljednjih dvadesetak godina, uz prevaru kao temelj za odbijanje plaćanja, sve se češće javljaju pokušaji obustavljanja plaćanja iz bankarskih garancija u tijeku **arbitražnih postupaka**, i to ne zbog prevare, već zbog toga da se ne pogoršavaju odnosi između stranaka dok traje arbitražni postupak. Tvrdi se da kad je jednom otpočeo arbitražni postupak između stranaka u temeljnom poslu, više nema mjesta pozivanju bankarskih garancija na plaćanje. Također se tvrdi da u takvim slučajevima treba sačuvati *status quo* ili da se ne smije dopustiti da se odnosi među stranama u tijeku arbitraže pogoršavaju. Mnogi zahtjevi, da bi dobili na uvjerrljivosti, obrazloženi su i tvrdnjama da je riječ o prevannim traženjima te ih stoga i iz tog razloga treba zaustaviti.

³³ Barnes, J., "Illegality" as Excusing Dishonour of LC Obligations, u 2006 ASLC, str. 23-25.

³⁴ Bertrams1, op. cit., str. 380.

³⁵ Ibid, str. 381.

³⁶ Prema: B. V. McCullough, *Letters of Credit*, 2002, § 5.05 3) (h).

Neki autori smatraju da ugovorni karakter međusobnih odnosa stranaka u arbitraži opravdava pozivanje na recipročne obveze stranaka. Ističe se da parnične stranke imaju obvezu da ne dopuste povećanje štete, da ništa ne čine što bi moglo pogoršati njihove međusobne odnose i otežati rješenje spora te da, općenito govoreći, imaju dužnost zadržati *status quo* za vrijeme dok traje arbitražni postupak.³⁷ Da bi se spriječilo povećanje štete, citirani se autor zalaže da se arbitrima dadu veće nadležnosti u izricanju privremenih mjera. Taj autor, također, smatra da činjenica da arbitri nemaju mogućnosti prisilnog izvršavanja svojih odluka ne znači da arbitri ne mogu izricati takve odluke.³⁸ Smatra da proširenje nadležnosti arbitraža u smjeru izričitog davanja prava na izricanje privremenih mjera izravno onemogućuje izbjegavanje ugovornih obveza te nameće ugovornim stranama dužnost da međusobno surađuju i da ne čine ništa što može pogoršati njihov spor.³⁹ Ističe, da se međunarodne arbitraže sve češće pozivaju na prava i obveze ugovornih strana, kao i na opću dužnost da strane ne čine ništa što može povećati štetu. Uspostavljanje ugovorne ravnoteže ima cilj da se strane nađu u istom položaju u kojem su bile prije početka arbitraže.⁴⁰

Vidimo, dakle, da se nastavljaju naponi da za proširenjem osnova za zaustavljanje isplate iz bankarskih garancija i da se neki autori zalažu za obustavljanje isplate iz bankarskih garancija pozvanih na naplatu za vrijeme dok traje arbitražni postupak između stranaka u sporu. U prilog takvom razvoju postoji već i nekoliko arbitražnih odluka koja otvaraju vrata mogućnosti obustave isplate kad se isplata traži u tijeku arbitražnog postupka. Mnogi od onih koji se zalažu za takav razvoj, pozivaju se na odluku arbitražnog vijeća MTK-u iz 1982., poznatu pod brojem 3896.⁴¹ Okolnosti tog slučaja bile su slijedeće:

Jedno europsko poduzeće kao tužitelj započelo je arbitražu protiv jednog naručitelja iz Azije, u predmetu vezanom uz izgradnju i isporuku opreme za proizvodnju nuklearne energije, obrazlažući to neplaćanjem od strane naručitelja. Tužitelj je prvo obustavio radove, a na kraju je i raskinuo

³⁷ Reiner, Andreas, *Les mesure provisoire et conservatoire et L'arbitrage international, notamment l'Arbitrage CCI*, Arbitrage international, J.D.I., 4, 1998, str. 859.

³⁸ Ibid., str. 860.

³⁹ Ibid., str. 903.

⁴⁰ Ibid., str. 897.

⁴¹ U tom je predmetu arbitražno vijeće bilo sastavljeno od veoma uglednih pravnika. To su bili prof. Pierre Lalive (predsjednik), prof. Jacques Robert i prof. Berthold Goldman. Odluka je objavljena u *Journal du droit international (Clunet)*, 110, 1983., str. 914-919.

ugovor. Nalogodavatelj (tuženi) obratio se arbitraži, koja je imala sjedište u Švicarskoj, sa zahtjevom da se bankarske garancije na koje se tužitelj pozivao proglase ništavima, smatrajući da je poziv na plaćanje “prevarni i zloupotrebljavajući”.⁴² Još i prije nego što je arbitražni sud donio svoju odluku, jedan državni sud izdao je privremenu mjeru zabrane isplate banci sve dok nadležni arbitražni sud ne donese arbitražnu odluku. Arbitražni sud je donio međuodluku u kojoj je odbio donijeti odluku o obustavi isplate. Međutim, arbitražni je sud predložio da korisnik garancije, u cilju očuvanja *status quo*, odustane od zahtjeva za naplatom bankarske garancije, dok se tuženom predlaže da povuče svoje tvrdnje da je riječ o prevarnom i zloupotrebljavajućem zahtjevu.

U ovom predmetu sud je jasno stavio do znanja parničarima da se ne namjerava baviti sporovima vezanim uz bankarsku garanciju, ali je istodobno ustvrdio da to ne znači da se vijeće ne može baviti pitanjem je li garancija još uvijek valjana ili je neutjeriva. Vijeće jer ustvrdilo da se ono ne želi baviti ispitivanjem uvjeta pod kojima garant, prema uvjetima iz garancije, mora utvrditi svoje obveze da poštuje zahtjev za plaćanjem. Međutim, vijeće u okviru arbitraže u kojoj suprotstavljene strane imaju drugačija stajališta, može prosuđivati je li zahtjev za plaćanjem osnovan ili nije. Vijeće smatra da je pitanje “garancije” koja postoji između davatelja garancije i korisnika potpuno izvan dosega i nadležnosti arbitraže, ali da to nije slučaj s odnosima stranaka u ovom arbitražnom postupku. Po svojoj prirodi, to pitanje nije nezavisno i ne može nikada biti potpuno odvojeno od pitanja izvršenja ili neizvršenja obveza prema ugovoru. Naprotiv, riječ je o sporednom pitanju vezanom uz to pitanje.

U pogledu samog ugovora, moguće je da on ne predviđa nikakva ograničenja za pozivanje garancije na plaćanje, ali i da zabranjuje, na primjer, prevarni i zlonamjerni poziv na plaćanje. U takvom slučaju, moguće je da ta posljednja zabrana ispravi “automatsku” prirodu pozivanja na plaćanje u odnosu prema garantu, stvarajući odgovornost koju korisnik garancije može imati prema nalogodavatelju, ako je poziv na plaćanje neosnovan. Imajući to u vidu, vijeće je smatralo da je nadležno očitovati se o tim pitanjima između parničara. Ono što je vijeće smatralo bitnim, to je da garancija i dalje ostaje

⁴² Upotrijebljeni termini su *frauduleux et abusif* (*abusive or fraudulent*). Termin *abusif* ili *abusive* ima više značenja, od kojih u hrvatskom dolaze u obzir “zloupotrebljavajući” ili “uvredljiv”. V. *supra*, bilješka 24.

na snazi, da se može isplatiti kad za to dođe vrijeme i u skladu s uvjetima iz ugovora. Time što bi korisnik odustao od zahtjeva za plaćanjem u ovome času, ne bi ugrozio svoj položaj. Budući da arbitražni postupak nije dovršen, nitko ne može sa sigurnošću ustvrditi da nalogodavatelj nije izvršio svoje obveze odnosno da ih je izvršio manjkavo, ili da izvršitelj nije izvršio svoje obveze jer je bio spriječen višom silom te je li ugovor zaista bio raskinut. Uzimajući u obzir složenost pravnih pitanja, posebno posljedica ugovornih obveza na davanje garancije te bankarskih garancija koje su dane, nije moguće u ovom stadiju postupka odlučiti je li, u skladu s ugovorom i uzimajući u obzir odnose između stranaka poziv na plaćanje opravdan ili nije. Zbog svih tih razloga, Vijeće smatra, da je održavanje *status quo ante*, a to je odnos koji je postojao u času dogovora oko *Terms of Reference* na samom početku arbitražnog postupka. Vijeće smatra, da su objede o prijevernom i zloupotrebljavajućem pozivu na plaćanje preozbiljne, a da bi mogle i dalje postojati. Vijeće, na kraju, smatra da postoji mogućnost da naplatom garancije spor između stranaka postane još zamršeniji i teži te da bi bilo najbolje kad bi se strane, u duhu dogovora koji su iskazale kad su dogovorile *Terms of Reference*, učine ono što im je Vijeće predložilo, a to je da korisnik povuče zahtjev za plaćanjem iz garancije, a da nalogodavatelj odustane od tvrdnje da je pozivanje na naplatu prijeverno.

Po našem mišljenju, ta odluka i razlozi za njezino donošenje nisu opravdani. Bankarska je garancija, po svojoj prirodi i temeljnoj namjeni, garancija banke da će platiti korisniku određeni iznos kad bude pozvana na plaćanje, i to na način koji je predviđen u samoj garanciji. Činjenica da je među strankama započet spor koji još nije dovršen ništa ne mijenja na obvezi banke da plati, a niti na razlozima koji su postojali u času izdavanja garancije. Razlozi koje je arbitražno vijeće navelo na donošenje te odluke, a riječ je o nekim pitanjima u pogledu izvršenja ugovora koja su neizvjesna i o kojima odluka još nije donesena, prisutni su gotovo uvijek kad se neka bankarska garancija poziva na plaćanje, i to bez obzira na to je li već započet arbitražni spor ili još nije. Činjenica da se korisnik garancije upustio u arbitražni spor samo pokazuje ozbiljnost njegovih odštetnih zahtjeva.

S druge strane, nalogodavatelji će uvijek kad žele spriječiti plaćanje iz garancije, tvrditi da je pozivanje na plaćanje neopravdano i prijeverno te da se naplatom garancije ne smiju pogoršavati odnosi između stranaka u sporu. Međutim, pri tome valja imati u vidu da se bankarska garancija izdaje korisniku kako bi mu se omogućilo da dobije brzu naknadu za štetu koja mu je nanesena,

bez dokazivanja krivnje nalogodavatelja. Je li neko pozivanje “prevarno” ili “zloupotrebljavajuće” (*fraudulent or abusive*), nije moguće utvrditi prije nego što se ispitaju sve okolnosti nekog slučaja i prije nego što se donese konačna sudska ili arbitražna odluka u tom slučaju. Iz same prirode bankarske garancije na poziv proizlazi da opravdanost pozivanja na plaćanje nije potrebno opravdavati u času pozivanja. Ako među stranama teče arbitražni spor, tada ima još manje razloga utvrđivati opravdanost nekog pozivanja na plaćanje prije donošenja konačne odluke, budući da će se u konačnoj odluci i o tom pitanju odlučivati i da će sve relevantne okolnosti tada biti u cijelosti utvrđene.

Arbitražno vijeće je u gornjoj odluci navelo da time što korisnik ne bi naplatio garanciju nakon početka spora ne bi ugrozio svoje interese, budući da garancija i nadalje ostaje na snazi i će se moći naplatiti ako tako bude odlučeno arbitražnom odlukom. Pri tome, vijeće ne uzima u obzir mogućnost da je korisniku već nanesena šteta koje ima pravo naplatiti, bez čekanja na okončanje spora, jer mu je upravo u tom cilju i izdana bankarska garancija. Ako se arbitražnom odlukom utvrdi da je naplata iz garancije neopravdana, arbitražna će odluka odrediti da korisnik garancije ima dužnost vratiti naplaćeni iznos, djelomično ili u cijelosti.

U drugom slučaju arbitražno je vijeće otišlo korak dalje i proglasilo garancije nevažećima zbog toga jer je i **temeljni ugovor prestao biti valjan**. Riječ je o MTK slučaju br. 5721 (1990), u kojem su stranke ovlastile vijeće da djeluje kao *amiable compositeur*.⁴³

U danom slučaju radilo se o pozivu na plaćanje jedne kontragarancije. Vijeće je istaknuo, kako je nedvojbeno da između nalogodavatelja i kontragaranta nema arbitražne klauzule, jer se ta klauzula iz ugovora ne odnosi na strane kod bankarskih garancija. Ugovor o garanciji nezavisan je od temeljnih ugovora između stranaka. Dosljedno tome, Vijeće nije nadležno da izda nalog bankama. Međutim, vijeće je nadležno da utvrdi ima li korisnik garancije pravo poslužiti se zahtjevom za plaćanje u odnosu prema tužitelju. Isto tako, vijeće smatra da je nadležno da utvrdi jesu li garancije valjane u odnosu između nalogodavatelja i korisnika. Garancije imaju temelj u ugovorima sklopljenim između stranaka te su stoga i vezane na valjanost temeljnog ugovora. Činjenica da je riječ o apstraktnoj bankarskoj garanciji ne znači da ta garancija nema svoje ishodište u temeljnom ugovoru s kojim je vezana. Budući da se garancijom jamči izvršenje temeljnog ugovora, Vijeće

⁴³ ICC Arbitration Awards (1986-1990), t. II, p. 400-409.

je nadležno izjasniti se o pravu korisnika da se posluži svojim pravom iz garancije. Dosljedno tome, vijeće smatra da je nadležno razmatrati je li poziv na plaćanje iz garancije dopušten ili nije.

Ako se uzme kao činjenica da je temeljni ugovor raskinut, vijeće smatra da iz toga slijedi i da su bankarske garancije postale nevažeće, jer da bi pozvao garancije na plaćanje, korisnik mora imati važeće potraživanje protiv nalogodavatelja. Time što je u konkretnom slučaju tražio naplatu iz garancije premda je temeljni ugovor prestao biti valjan, korisnik je postupio protupravno.

Ni obrazloženje vijeća u ovom sporu nije uvjerljivo. Neki smatraju da raskid temeljnog ugovora od bilo koje ugovorne strane ima kao posljedicu i prestanak valjanosti bankarske garancije izdane na temelju tog temeljnog ugovora. Međutim, smatramo da raskid nekog ugovora nije, sam po sebi, dokaz da je garancija postala nevažeća i da je poziv na plaćanje prijevarne naravi. To posebno nije slučaj ako samo jedna strana tvrdi da je ugovor prestao valjati, a druga to osporava ili ako je ugovor zaista prestao biti valjan, ali ako krivnju za to snosi nalogodavatelj, a ne korisnik. Garancije i pravni odnosi koji se na njoj osnivaju, potpuno su odvojeni od temeljnog ugovora i izdana se garancija, načelno govoreći, mora promatrati kao samostalni pravni odnos. Raskid temeljnog ugovora neće učiniti samu garanciju nevažećom, i to zbog njezine autonomne prirode. Drugo je pitanje je li opravdano pozivanje na plaćanje na temelju takve garancije. Konačno, prestanak nekog ugovora također može biti sporan i upravo je arbitraža nadležna utvrditi je li zaista došlo do opravdanog prestanka ugovora ili nije te tko od parničara snosi krivnju za prestanak ugovora. Takva odluka može se donijeti samo na kraju arbitražnog postupka.

Ovisno o okolnostima slučaja, istina je da poziv na plaćanje na temelju garancije koja je izgubila opravdanje zbog poništenja kauza na temelju koje je izdana može učiniti poziv na plaćanje prijevarnim.⁴⁴ Raskid ugovora i poziv na plaćanje od strane korisnika, mogao bi biti prijevarni ako nalogodavatelj dokaže da raskid predstavlja "materijalnu povredu ugovora" te ako nalogodavatelj nije dao korisniku povod za raskid ugovora. S druge strane, ako je temeljni ugovor raskinuo nalogodavatelj, na prijevaru se može pozivati samo ako se dokaže da je korisnik povrijedio neku fundamentalnu obvezu ili da je ugovor raskinut zbog više sile u skladu s odgovarajućim ugovornim odredbama, a bez odgovornosti nalogodavatelja. Ako su se obje strane složile o raskidu temeljnog ugovora i ako se time deklarira da nalogodavatelj nije više odgovoran korisniku, pozivanje ga-

⁴⁴ Bertrams1, op. cit., str. 381.

rancije na plaćanje nakon toga očigledno je prijevarno. Isti zaključak vrijedi i ako su se sud ili arbitražno vijeće već izjasnili da nalogodavatelj nije odgovoran.⁴⁵

U sporu MTK (br. 7388 od 10. veljače 1993)⁴⁶ arbitražno je vijeće naredilo povrat iznosa naplaćenih iz dviju bankarskih garancija, smatrajući da uspostava *status quo ante* ima domašaj samo za vrijeme arbitražnog postupka i ne predstavlja prejudiciranje konačnog rješenja spora, već omogućuje arbitražnom vijeću da osnaži dogovoreni ugovorni mehanizam. Vijeće ističe da ta odluka arbitraže nije konačna presuda, već samo privremena mjera, u trajanju ograničena trajanjem arbitraže, i da je stoga opravdano suzdržati se od naplate garancije dok traje taj postupak.⁴⁷

Nakon što je vijeće došlo do zaključka da je nadležno izricati privremene mjere, posebno imajući u vidu činjenicu da je arbitražno rješavanje sporova nesumnjivo usmjereno proširenju nadležnosti arbitraže. Budući da su garancije pozvane na plaćanje, tužiteljica (nalogodavatelj) tražila je da se strane u sporu vrate u stanje u kojem su bila u početku arbitražnog postupka. To je mjera za očuvanje istog položaja i ona odražava želju stranaka za uspostavljanjem ugovorne ravnoteže, a koja neće prejudicirati konačni ishod arbitraže. Vijeće smatra da se privremene mjere mogu izricati ne samo da bi se spriječilo nastajanje štete već i da se izbjegne pogoršanje spora o kojem arbitraža treba tek odlučiti. Riječ je, dakle, o ponovnom uspostavljanju ugovorne ravnoteže do koje je došlo zbog preuranjenog poziva garancija na plaćanje. Da je vijeće bilo upoznato s namjerom tuženog da poziva garancije na plaćanje, sigurno je da bi to zabranilo iz navedenih razloga. Konačno, nastojanje da se očuva *status quo ante* prije poziva garancija na plaćanje, vrijedi samo za vrijeme trajanja arbitražnog postupka i ne prejudicira konačno rješenje. Upravo protivno, takva mjera omogućuje vijeću da osigura konačni obračun između stranaka u skladu s ugovornim mehanizmom. Strane su se, naime, složile da sve njihove sporove rješavaju putem arbitraže.

Tvrđnja tužene da je takvo stajalište vijeća protivno apstraktnom karakteru garancija na poziv pripada u razmatranja između korisnika i banke, a ne u odnose između korisnika i nalogodavatelja. Ovaj posljednji ima pravo

⁴⁵ Ibid., str. 382 i 386.

⁴⁶ CCI, *Sentences Arbitrales* (J.D.I. 4, 2000), str. 1107-1119. Zapravo, radilo se o tri bankarske garancije, od kojih je vijeće smatralo da za dvije nema temelja da budu plaćene i stoga je naredilo povrat već plaćenih iznosa.

⁴⁷ Ibid., str. 1115.

prema korisniku pozvati se na uvjete ugovora na temelju kojeg su garancije izdane. Stoga se vijeće može ograničiti samo na odnose između stranaka, bez pozivanja na šire razloge i argumentaciju koja je sadržana u prijašnjoj odluci vijeća u predmetu pod brojem 3896, koje tužena osporava. S tog stajališta, vijeće je naredilo tuženoj povrat primljenih iznosa i ponovno oživljavanje garancije za taj iznos. Ta je odluka vijeća donesena većinom glasova članova vijeća.

Bankarska garancija, osim što korisniku daje pravo da pozove banku na plaćanje bez dokaza o krivnji nalogodavatelja, i veoma je važan čimbenik u ravnoteži prava ugovornih strana u nekom ugovornom odnosu. Činjenica da korisnik može pozvati u svako doba garanciju na plaćanje predstavlja i sredstvo pritiska koje je nalogodavatelj svjesno dao korisniku garancije u času sklapanja ugovora, i to kao dio ugovorne ravnoteže. Konačno, i sam arbitražni postupak dio je tih unaprijed dogovorenih pritisaka, koje pripada objema ugovornim stranama. Time što neko arbitražno vijeće zabranjuje isplatu iz bankarske garancije dok traje arbitražni postupak, bez opravdanja se upleće u ravnotežu o kojoj su se same ugovorne strane dogovorile u času sklapanja ugovora. Zbog iznesenih razloga, smatramo da zabrana isplate bankarske garancije za vrijeme trajanja arbitražnog postupka nije opravdana.

ZAKLJUČAK

Tendencije prema kojima arbitražna vijeća trebaju zabranjivati isplatu iz bankarskih garancija za vrijeme trajanja arbitražnih postupaka ne smatramo opravdanima. Bankarske garancije izdaju se korisnicima kako bi se zaštitili njihovi interesi. Jedan od najvažnijih takvih interesa sastoji se u mogućnosti korisnika garancije da može brzo i bez puno dokazivanja na učinkovit način naknaditi štetu za koju smatraju da im je učinio nalogodavatelj. Hoće li opseg pretrpljene štete biti u cijelosti poznat i prije započinjanja arbitražnog postupka ili će određivanje njezine visine ovisiti o ishodu tog postupka, nije odlučno za obvezu banke da plati iznos iz garancije u onom času kad je se pozove na plaćanje. Nema sumnje da je postojanje naplative bankarske garancije i veoma važno sredstvo pritiska na nalogodavatelja. To sredstvo pritiska je legitimno jer je dano dobrovoljno i s punim razumijevanjem njegovih posljedica. Upravo kao sredstvo pritiska, ono u danome času može imati veoma velik utjecaj na sporazumno ili kompromisno rješenje nekog spora. Zabraniti plaćanje neke

bankarske garancije samo zbog toga što je među stranama arbitraža u tijeku, znači lišiti korisnika garancije jednog važnog elementa u ugovornoj ravnoteži prava i dužnosti o kojoj su se same ugovorne strane dogovorile prilikom skla-panja ugovora.

Summary

Branko Vukmir

REASONS FOR REFUSAL OF PAYMENT OF FIRST DEMAND BANK GUARANTEES

Ever since the first demand bank guarantees were accepted as an instrument of international trade transactions, they were met with resistance from those who were primarily exposed to the risks connected with their issuance. The reasons for the resistance were in the fact that banks were obliged to pay the amount of such guarantees on the first and simple demand of the beneficiaries, regardless of the justification of such demands. The only justified reasons for the refusal to pay was fraud, but no other possible reasons and facts from the underlying transactions were accepted. As a consequence of this resistance, the International Chamber of Commerce in Paris issued the Uniform Rules for Contract Guarantees in 1978. The purpose of the Uniform Rules was to change the commercial practice of first demand guarantees and replace it with payment on the basis of an arbitral or judicial award. However, this attempt did not succeed and the commercial practice has never accepted these Uniform Rules. Nevertheless, the attempts to weaken the payment obligation of the first demand guarantees were not discontinued. In the last two decades, a few arbitral awards took the position that the beneficiaries should be prevented from calling on the first demand guarantees starting from the moment when the arbitral proceedings between the beneficiaries and applicants were initiated. These decisions were supported by writings of certain scholars. The author believes that there is no justification for such course of action, since the first demand guarantees were given to the beneficiaries as an assurance of the relief for possible costs and damages they have incurred as a result of applicants' actions, regardless of the time when they decide to call on the guarantees.

Key words: first demand bank guarantees, Uniform Rules for Contract Guarantees, arbitration

Zusammenfassung

Branko Vukmir

GRÜNDE FÜR DIE AUSSETZUNG DER ZAHLUNG VON
BANKGARANTIEN AUF ERSTES ANFORDERN

Seit ihrer Einführung als Instrument internationaler Handelsgeschäfte stoßen Bankgarantien auf erstes Anfordern auf den Widerstand jener, die von den mit ihrer Ausstellung verbundenen Risiken am meisten betroffen sind. Die Gründe für diesen Widerstand liegen in der Tatsache, dass die Banken den Garantiebetrug auf einfache Anforderung des Begünstigten, ungeachtet der Berechtigung seiner Forderungen, ohne Einrede zahlen mussten. Der einzige zulässige Grund für die Zahlungsverweigerung war nachweislicher Betrug, nicht aber andere Gründe und Tatsachen aus dem Grundgeschäft. Als Folge dieser Widerstände wurde 1978 durch die Internationale Handelskammer in Paris die Einheitliche Richtlinie für Vertragsgarantien erlassen, deren Zweck es war, die Handelspraxis der unwiderruflichen Zahlung auf erstes Anfordern abzuändern und durch die Zahlung auf Grund eines Schiedsspruches oder gerichtlichen Urteils zu ersetzen. Der Versuch scheiterte, die Richtlinie hat sich in der Praxis nie durchgesetzt. Dennoch haben die Bestrebungen, die Rolle der Garantien auf erstes Anfordern zu schwächen, nie aufgehört. In den vergangenen zwei Jahrzehnten wurde in mehreren Schiedssprüchen der Standpunkt bezogen, Begünstigte sollten Bankgarantien auf erstes Anfordern nicht schon in Anspruch nehmen dürfen, sobald das Schiedsverfahren zwischen Auftraggeber und Begünstigtem aufgenommen ist. Diese Entscheidungen wurden von einigen Autoren begrüßt. Nach Ansicht des Autors dieser Arbeit ist ein solcher Standpunkt nicht gerechtfertigt, da die Garantien auf erstes Anfordern den Begünstigten zur Sicherung ihrer Kosten und ihnen als Folge von Handlungen des Auftraggebers entstandener Schäden dienen sollen, gleich wann sie sich entschließen, letzteren zur Zahlung aufzufordern.

Schlüsselwörter: Bankgarantien auf erstes Anfordern, Einheitliche Richtlinie für Vertragsgarantien, Schiedsspruch

