

Dr Vladimir Kozar,
Privredna akademija u Novom Sadu

UDK: 336.717(497.11)+(4-12)
Originalni naučni rad

OBEZBEĐENJE POTRAŽIVANJA BANKARSKOM GARANCIJOM U REPUBLICI SRBIJI I ZEMLJAMA U REGIONU

U poslovanju privrednih subjekata pojmom "bankarska garancija" označavaju se različiti pravni instituti, koji imaju za cilj obezbeđenje ispunjenja ugovorom preuzetih obaveza bančinih komitenata. Reč je o različitim sredstvima obezbeđenja, kako personalnim (menično jemstvo, akceptiranje menice, dokumentarni akreditiv i sl.), tako i realnim, odnosno stvarno-pravnim (ručna zaloga, hipoteka, založno pravo na hartijama od vrednosti). Obezbeđenje ispunjenja ugovornih obaveza zajednička je odlika navedenih instituta koji u širem smislu predstavljaju "bankarske garancije" za ispunjenje ugovornih obaveza. Međutim, bankarska garancija u užem smislu je poseban pravni institut koji ima specifične karakteristike, a koje ga, i pored određenih dodirnih tačaka, bitno razlikuju od napred navedenih instituta.¹

Predmet ovog rada je obezbeđenje potraživanja bankarskom garancijom u Republici Srbiji i zemljama u regionu. Pored odredaba Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, posebno su analizirane odredbe novog Zakona o obligacionim odnosima iz 2008. godine, koji se primenjuje u Republici Crnoj Gori, kao i odredbe o bankarskoj garanciji na poziv iz Zakona o obveznim odnosima Republike Hrvatske, iz 2005. godine, sa docnijim novelama.

Takođe, ukazano je i na nova rešenja o bankarskoj garanciji u nacrtu Zakona o obligacionim odnosima Federacije BiH/Republike Srpske iz 2003. godine.

Odredbe o bankarskoj garanciji iz navedenih propisa koji važe ili su u nacrtu u zemljama u regionu imaju sličnosti, ali i velike razlike u odnosu na odredbe o bankarskoj garanciji iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine.

Ključne reči: bankarska garancija; obezbeđenje potraživanja; pisana forma; ništavost; kontragarancija; rok važenja; prenos prava.

¹ Vasiljević M., Trgovinsko pravo, Savremena administracija d.d, Beograd, 1995. godina, str. 730.

1. Bankarska garancija u Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine

1.1. Pojam i pravna priroda bankarske garancije

Bankarska garancija je bankarski uslužni posao kojim banka garantuje poveriocu da će dužnik uredno izvršiti svoju obavezu, tj. da će poveriocu izmiriti obavezu o dospelosti ako to dužnik ne učini. Banka se kod ovih poslova pojavljuje u ulozi jemca. Bankarska garancija regulisana je u čl. 1083. - 1087. Zakona o obligacionim odnosima.

Bankarskom garancijom obavezuje se banka prema primaocu garancije (korisniku) da će mu za slučaj da mu treće lice ne ispuní obavezu o dospelosti izmiriti obavezu ako budu ispunjeni uslovi navedeni u garanciji. Prema članu 1083. Zakona o obligacionim odnosima, garancija mora biti izdata u pismenoj formi. Iz izložene zakonske definicije pravna teorija je izvela zaključak da je bankarska garancija po svojoj pravnoj prirodi jednostrani pravni posao (jednostrani akt), a ne ugovor, jer obaveza banke prema korisniku garancije nastaje jednostranom izjavom volje banke izraženoj u datoj garanciji.²

Otuda se poverilac iz osnovnog pravnog posla (korisnik garancije) može koristiti garancijom i kada nije saglasan sa njenim uslovima.³

Međutim postoje i druga mišljenja prema kojima je bankarska garancija jednostrano-obavezni ugovor između banke i korisnika garancije, jer obaveza nastaje samo za banku. U prilog ovom drugom mišljenju govori i činjenica da je institut bankarske garancije sadržan u drugom delu Zakona o obligacionim odnosima koji nosi naslov "UGOVORI".

Iako postoje određene sličnosti sa ugovorom o jemstvu, bitna razlika se sastoji u tome što kod jemstva jemac odgovara za tuđu obavezu, dok god bankarske garancije banka odgovara za svoju obavezu i izvršava svoju obavezu a ne dužnikovu.⁴ Pravna zavisnost jemčeve obaveze u odnosu na obavezu glavnog dužnika iz osnovnog posla označava se kao akcesornost i prema shvatanju pravne teorije i prakse, predstavlja osnovni i glavni kriterijum razlikovanja jemstva od bankarskih garancija. Otuda jemstvo pruža poveriocu sigurnost samo protiv rizika insolventosti dužnika iz glavnog ugovora, ali ne i protiv rizika pravnog postojanja obaveze tog

² Ibidem, str. 733.-734.

³ Mićović M., Privredno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac, 2010. godina, strana 519.

⁴ Besarović I. Poslovno pravo, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Intermex, Beograd, 2010. godina, strana 225.

dužnika, npr. ako osnovni posao nije punovažno nastao, ili je kasnije prestao, ili postao nepunovažan.⁵

Bankarska garancija razlikuje se od naloga za plaćanje sa računa. Bankarska garancija je sredstvo obezbeđenja plaćanja u smislu člana 1083. Zakona o obligacionim odnosima. Bankarska garancija nije nalog za plaćanje sa računa u propisa o platnom prometu.⁶

1.2. Pravni odnosi povodom izdavanja garancije

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

Na osnovu osnovnog ugovora nastaje pravni odnos između poverioca i dužnika koji se posebnom finansijskom klauzulom obavezuje da pribavi garanciju određene banke radi obezbeđenja poveriočevog potraživanja. Neispunjenje ove obaveze daje poveriocu pravo da raskine ugovor i da od dužnika traži naknadu štete zbog neizvršenja ugovora. Osnovni ugovor može biti ugovor o kreditu, ugovor o prodaji robe ili nepokretnosti, ugovor o građenju, kao i mnoge druge vrste obligacionih ugovora. Poseban značaj imaju ugovori o privatizaciji, ugovori o javnim nabavkama, kao i ugovori o prodaji imovine stečajnog dužnika ili samog stečajnog dužnika kao pravnog lica.

Pravni odnos između nalogodavca (dužnika iz osnovnog pravnog posla), i banke koja izdaje garanciju nastaje zaključenjem ugovora o izdavanju bankarske garancije. Prema svojoj pravnoj prirodi ovo je ugovor o nalogu, a mogu postojati i elementi ugovora o kreditu. Naime, isplatom iznosa iz garancije korisniku, između banke i nalogodavca za čiji račun je izvršeno plaćanje uspostavlja se kreditni odnos. Izložena situacija nastaje kada nalogodavac na svom računu kod banke nema finansijsko pokriće za izvršenje takvog naloga.

Banka garant je u stvari osiguravač u pogledu određenih rizika.⁷ Samo davanje garancije (odnos između banke i nalogodavca) vezuje se za personalitet određene banke i reč je o ugovoru *intuitu personae*. Nakon prijema zahteva za izdavanje bankarske garancije banka vrši proveru

⁵ Vukadinović R., Pravna priroda bankarske garancije na prvi poziv, «Pravna riječ» časopis za pravnu teoriju i praksu, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2010. godina, broj 25, str. 45.

⁶ Iz rešenja Višeg privrednog suda u Beogradu Pž. 7393/96 od 8. oktobra 1996. godine, Petrović Z. - Kozar V., Mega zbirka sudske prakse iz obligacionog prava, Intermex, Beograd, 2009. godina, strana 1220.

⁷ Dukić-Mijatović M., Uskladenost bankarskog sistema Republike Srbije sa svetskim standardima - korporativno upravljanje i aktuelna korporativna praksa, Pravni život br.12, Beograd, 2008. godina, str. 761 -775.

boniteta nalagodavca i po pravilu, prihvata zahtev nalagodavca ukoliko je ta banka poslovna banka dužnika, te kao takva zna za ukupno poslovanje nalagodavca.⁸

Odnos između banke i korisnika garancije uspostavlja se izdavanjem garancije. Izdavanjem garancije za banku nastaje obaveza, da prema uslovima iz garancije, izvrši isplatu garantovanog iznosa. Na taj način nastaje samostalan obligaciono-pravni odnos između banke - garanta i korisnika garancije. Banka je, dakle, dužnik u obligaciji, a bankarska garancija je izvor obligacije, koja se u pravnoj teoriji definiše kao pravni odnos između dve određene strane na osnovu koga je jedna strana (poverilac, *creditor*) ovlašćena da zahteva od druge strane (dužnik, *debitor*) određeno davanje, činjenje ili uzdržavanje od nečega što bi inače imala prava da učini, a druga strana je dužna da to ispuni. Posmatrano sa stanovišta poverioca, obligacija predstavlja potraživanje, dok sa stanovišta dužnika, ona znači dug.⁹ Pored toga, neispunjenje obaveze iz garancije je osnov za odgovornost banke za štetu koju je korisnik usled toga pretrpeo.

Pored tri navedena odnosa koji uvek postoje, povodom izdavanja bankarske garancije mogu nastati i drugi pravni odnosi. Takvi odnosi nastaju između banke u zemlji korisnika garancije i banke nalagodavca (kontragarancija), ili između dve domaće banke u slučaju supergarancije.

Sudska praksa dala je odgovore na mnoga pitanja koja se tiču navedenih pravnih odnosa u koje stupaju banka - garant, nalagodavac i korisnik garancije.

2. Bankarska garancija u Republici Crnoj Gori

U Republici Crnoj Gori bankarska garancija uređena je odredbama čl. 1186 - 1190. Zakon o obligacionim odnosima („Službeni list Crne Gore“ br. 47/2008), gotovo na isti način kao i u Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine. U potpunosti su preuzete odredbe o pojmu bankarske garancije, izmirenju obaveze iz garancije u novcu, potvrdi garancije (supergaranciji), ustupanju prava iz garancije, kao i garanciji „bez prigovora“, iz čl. 1083. do 1087. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine.

Jedina razlika sastoji se u tome što je u članu 1186. Zakon o obligacionim odnosima, posle st. 1. i 2. kojima je na isti način definisan pojam bankarske garancije i propisana obavezna pisana forma, dodat treći stav koji predviđa da je ništava garancija koja nije izdata u pisanoj formi. Na ovaj način, zakonodavac u Republici Crnoj Gori izričito je propisao sankciju nedostatka propisane forme, a koja je na opšti način regulisana u član 64.

⁸ Iz presude Vrhovnog suda Srbije, Prev. 538/97 od 8. oktobra 1997. godine, Petrović Z. - Kozar V., navedeno delo, strana 1216.

⁹ Perović S., Obligaciono pravo, NIU "Službeni list SFRJ" Beograd, 1986, strana 7.

stav 1. istog zakona, u kome je predviđeno da ugovor koji nije zaključen u propisanoj formi nema pravno dejstvo ukoliko iz cilja propisa kojim je određena forma ne proizlazi što drugo. Dakle, ista pravna posledica – nevažnost, odnosno ništavost bankarske garancije koja nije izdata u pisanoj formi, nastupila bi po opštim pravilima o sankciji nedostatka propisane forme, i da nije navedene specijalne norme. Tome se mora dodati da je na opisani način zakonodavac u Republici Crnoj Gori preciznije odredio posledicu nedostatka forme, tako što je izričito propisao ništavost garancije, dok je opšta sankcija nedostatka forme da ugovor „nema pravno dejstvo“. Takvo rešenje je bolje, jer je načinjena razlika između ništavog pravnog posla i nepostojećih pravnih poslova, koji u Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine, nisu regulisani na opšti način, već se njihov pojam izvodi na posredan način – iz sadržaja pojedinih normi, a u praksi se svodi na apsolutnu ništavost. Tako npr. Kod zaključenja ugovora uz saglasnost ograna pravnog lica - ako saglasnost nije data, smatra se da ugovor nije ni zaključen¹⁰ ili kod zaključenja ugovora od strane neovlašćenog lica - ako neovlašćeno zastupani ni u ostavljenom roku ugovor ne odobri, smatra se da ugovor nije ni zaključen.¹¹

U Republici Crnoj Gori napravljen je i jedna terminološka izmena kada je u pitanju označavanje forme ugovora, tako što je umesto izraza „*pismena forma*“ koji se koristi u Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine, uveden termin „*pisana forma*“ koji je jezički pravilniji.

3. Bankarska garancija na poziv u Zakonu o obveznim odnosima Republike Hrvatske

Bankarska garancija na poziv regulisana je u Zakonu o obveznim odnosima Republike Hrvatske, iz 2005. godine, sa docnijim novelama, i to odredbama čl. 1039. do 1043.¹² Novelama je regulisana „bankarska garanciju na poziv“, čime je u osnovnom tekstu Zakona o obveznim odnosima iz 2005. godine, izmenjen deo koji je regulisao „*bankarsko jamstvo*“.

Bankarska garancija na poziv u Zakonu o obveznim odnosima Republike Hrvatske ima sličnosti i razlike za odredbama o bankarskoj garanciji iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine.

¹⁰ Član 55. Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine

¹¹ Član 88. Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine

¹² pročišćeni tekst zakona – „Narodne novine“ br. 35/05, 41/08

3.1. Sličnosti sa odredbama iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine

Sličnosti sa odredbama iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, ogledaju se pre svega u definiciji pojma garancije, propisivanju obavezne pisane forme i isplati određenog novčanog iznosa. Bankarska garancija na poziv je svaka pisana obveza na plaćanje, bez obzira kako je nazvana, kojom se banka (garant) obvezuje da će na pisani zahtjev korisnika ovome isplatiti određeni novčani iznos ako je udovoljeno uvjetima iz garancije. (Članak 1039. stav 1). Zakon o obveznim odnosima ne sadrži izričitu odredbu da "banka izmiruje obavezu iz garancije u novcu i u slučaju da se garancijom obezbeđuje nenovčana obaveza", kao što je to regulisano u članu 1084. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, ali takvo pravilo posredno proizlazi iz citiranog članka 1039. stav 1. u kome je određeno da se banka obavezuje da će korisniku "isplatiti određeni novčani iznos" ako je udovoljeno uvjetima iz garancije. Razlika je i u tome što se po odredbama iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine banka obavezuje da će korisniku izmiriti obavezu za slučaj da mu treće lice ne ispuni obavezu o dospelosti, što ima sličnosti sa jemstvom, dok je u Zakonu o obveznim odnosima novčana obaveza banke regulisana kao sopstvena obaveza banke, a ne garancija za tuđu obavezu.

Takođe slične su i odredbe o potvrđi garancije (supergaranciji): Ako druga banka potvrdi obvezu iz garancije, korisnik može svoje zahtjeve iz nje podnijeti bilo garantu bilo banci koja ju je potvrdila (Članak 1040).

3.2. Razlike u odnosu na odredbe iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine

Bitna razlika sastoji se u tome što Zakon o obveznim odnosima reguliše samo apstraktnu - samostalnu bankarsku garanciju, nazivajući je „*bankarska garancija na poziv*“ koja je u članu 1087. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine uređena pod nazivom garancija "bez prigovora" (koja sadrži klauzulu "bez prigovora", "na prvi poziv"). Međutim, Zakon o obveznim odnosima ne reguliše akcesornu bankarsku garanciju, koja je sadržana u opštem pojmu bankarske garancije iz člana 1083. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine. Kao posledica te bitne razlike nastale su i druge razlike između ova dva zakona.

Prema članku 1039. stav 2. Zakona o obveznim odnosima bankarska garancija je samostalna obveza neovisna o osnovnom poslu u vezi s kojim je izdana, pa i u slučaju da se taj posao u njoj spominje. Ova odredba, po svojim pravnim dejstvima, odgovara pravilu koje važi za garanciju "bez prigovora" iz člana 1087. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, u kome je predviđeno da „ako bankarska garancija sadrži klauzulu

"bez prigovora", "na prvi poziv" ili sadrži reči koje imaju isto značenje, banka ne može isticati prema korisniku prigovore koje nalogodavac kao dužnik može isticati prema korisniku po obezbeđenoj obavezi.“ Iz ovog pravila pravna teorija i sudska praksa izveli su pravilo o samostalnosti i nezavisnosti garancije "bez prigovora" u odnosu na osnovni pravni posao. Recepcija navedenih stavova izvršena je u Zakonu o obveznim odnosima, citiranjem odredbom da je bankarska garancija samostalna obveza neovisna o osnovnom poslu u vezi s kojim je izdana.

Zakon o obveznim odnosima (članak 1041) sadrži odredbe o kontragaranciji, koje ne postoje u Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine, iako je kontragarancija postojala u poslovnoj praksi banaka, pravnoj teoriji i sudskoj praksi, nastaloj u primeni toga zakona. Kontragarancija je pisana obveza na plaćanje, bez obzira kako je nazvana, kojom se banka (kontragarant) obvezuje prema garantu da će mu isplatiti novčani iznos po predloženju pisanog zahtjeva u skladu s uvjetima iz kontragarancije. Kontragarancija je odvojena od garancije i od osnovnog posla na koje se odnosi, pa i kada ih se spominje u kontragaranciji.

Zakon o obveznim odnosima (članak 1043. st. 1. i 2.) reguliše prijenos prava na plaćanje iz garancije. Pravo pozivanja na plaćanje iz garancije ne može se ustupiti trećemu osim ako to nije izričito predviđeno u garanciji ili u njezinim dodacima (stav 1). Time se ne utječe na pravo primiti iznos iz garancije koje bi u garanciji ili u njezinim dodacima bilo prenijeto na nekog drugog (stav 2). Navedene odredbe razlikuju se od ustupanja prava iz garancije iz člana 1086. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, koje je mogućnost ustupanja vezuje isključivo za ustupanje potraživanja koje je obezbeđeno garancijom, što znači da se prava iz garancije punovažno ne bi mogla ustupiti bez ustupanja obezbeđenog potraživanja, čak i da je tako predviđeno garancijom.

Zakon o obveznim odnosima zatim pod istim naslovom - *Prijenos prava na plaćanje iz garancije* (članak 1043. stav 3) predviđa da „korisnik jamstva dužuje nalogodavcu iznos primljen po osnovi jamstva na koji inače ne bi imao pravo zbog opravdanih prigovora nalogodavca.“ Nije jasno zašto zakonodavac umesto termina „bankarska garancija na poziv“ ovde upotrebljava termin „jamstvo“. U svakom slučaju, reč je o normi sa istom suštinom i pravnim posledicama, koje odgovaraju odredbi iz član 1087. stav 3. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, prema kojoj „korisnik garancije dužuje nalogodavcu iznos primljen po osnovu garancije na koji inače ne bi imao pravo zbog opravdanih prigovora nalogodavca.“ To pravilo posledica je pravila sadržanog u prethodnom stavu istog člana, koje predviđa da je „nalogodavac dužan platiti banci svaki iznos koji je banka platila po osnovu garancije izdate sa klauzulom iz prethodnog stava“, ¹³ a koje je

¹³ član 1087. stav 2 Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine,

izostavljeno iz dela Zakona o obveznim odnosima, koji reguliše bankarsku garanciju na poziv. Naime, s obzirom da je bankarska garancija samostalna obveza neovisna o osnovnom poslu u vezi s kojim je izdana, pa i u slučaju da se taj posao u njoj spominje, to znači da banka prema korisniku garancije ne može da ističe prigovore iz osnovnog pravnog posla (npr. prigovor na kvalitet isporučene robe, kada je isplata cene robe obezbeđena garancijom), pa ni prigovore koji se tiču punovažnosti osnovnog pravnog posla (npr. prigovor da je ugovor zaključilo neovlašćeno lice) i sl., već mora da korisniku isplati određeni novčani iznos ako je udovoljeno uvjetima iz garancije. Zatim je nalagodavac u obavezi da banci refundira isplaćeni iznos – po članu 1087. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine ili, u nedostatku posebnih odredaba, po opštijim odredbama o naknadi troškova koje važe za obaveze nalagodavca iz ugovora o nalogu - nalagodavac je dužan naknaditi nalogoprincu, čak i ako njegov trud bez njegove krivnje nije imao uspjeha, sve potrebne troškove što ih je učinio za izvršenje naloga, s kamatama od dana kad su učinjeni.¹⁴

Kada nalagodavac po jednom ili drugom pravnom osnovu plati banci iznos koji je korisniku banka platila po osnovu garancije, a ipak postoje valjani prigovor na kvalitet isporučene robe, punovažnost osnovnog pravnog posla ili drugi opravdani prigovori nalagodavca, tada je korisnik u obavezi da isplati nalagodavcu iznos primljen po osnovu garancije,¹⁵ odnosno „po osnovi jamstva na koji inače ne bi imao pravo zbog opravdanih prigovora nalagodavca.“¹⁶ Na ovaj način oba zakona uvode korekciju u pravni poredak, koja je posledica primene načela savesnosti i poštenja. S druge strane, garancija je obavila svoju funkciju obezbeđenja korisnika – poverioca iz osnovnog pravnog posla. Korisnik je primio novac, teret dokazivanja i vođenja je spora je obrnut. Tužbu za isplatu mora da podnese nalagodavac pred sudom nadležnim po sedištu tuženog korisnika garancije, mora da snosi troškove spora, kao i teret dokazivanja. Dok se ne okonča spor, novac se nalazi kod korisnika, koji isti može da koristi u svom poslovanju. Na taj način, ne samo teret dokazivanja, već i ekonomski teret spornog odnosa prevaljuje se na nalagodavca. Da nije bilo garancije, kao sredstva obezbeđenja plaćanja, situacija bi bila sasvim obrnuta, kao i stranačka uloga u sporu, nadležnost suda, teret dokazivanja itd.

¹⁴ Članak 773. stav 1. Zakona o obveznim odnosima

¹⁵ član 1087. stav 3. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine

¹⁶ članak 1043. stav 3. Zakona o obveznim odnosima

3.3. *Prestanak valjanosti garancije*

Prestanak valjanosti garancije uređen je u članku 1042. Zakona o obveznim odnosima. Rok valjanosti garancije može njome biti određen do određenog datuma ili do predočenja isprave kojom se potvrđuje nastup nekog događaja kao mjerodavnog za prestanak njezine valjanosti. Ako su u garanciji navedena oba roka za prestanak valjanosti garancije, njezina valjanost prestaje protekom prvog od tih rokova.

Odredbe o prestanku valjanosti garancije, odnosno roku važenja bankarske garancije nisu sadržane u Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine, ali su prihvaćene u poslovnoj praksi banaka i sudskoj praksi nastaloj u primeni toga zakona, koja rok važenja smatra bitnim elementom garancije.

3.3.1. *Rok važenja i aktiviranje bankarske garancije*

Po stanovištu sudske prakse, nastale u primeni Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, svaka garancija pa i garancija sa klauzulom "na prvi poziv" mora imati rok važnosti garancije i mora biti aktivirana do isteka roka važenja garancije. Sama činjenica da je za isto potraživanje izdata još jedna garancija, nema uticaja na punovažnost prvobitno izdate garancije.¹⁷

U obrazloženju ovog stava navodi se da u smislu člana 1087. Zakona o obligacionim odnosima ako bankarska garancija sadrži klauzulu "na prvi poziv" ili sadrži reči koje imaju isto značenje, banka ne može isticati prema korisniku prigovore koje je nalogodavac kao dužnik može isticati prema korisniku po obezbeđenoj obavezi. Svaka garancija pa i garancija "na prvi poziv" mora imati bitne elemente, a jedan od bitnih elemenata je rok važnosti garancije, jer nakon isteka roka važnosti garancije prestaju prava po osnovu garancije. U konkretnom slučaju rok važnosti garancije je određen do 28. avgusta 1995. godine. Sporno je da li je tužilac navedenu garanciju aktivirao u roku važnosti garancije, odnosno da li je garanciju dostavio na realizaciju. Iz izjave od 25. avgusta 1995. godine, pravilno je prvostepeni sud utvrdio da je tužilac obavestio tuženog da firma "U"MN iz S, nije izvršila obaveze po ugovoru, a za koje obaveze je izdata garancija broj 257/95. Istoga dana 25. avgusta 1995. godine, tužilac je dostavio dopis tuženom u kome je izričito naveo da je predmet dopisa garancija broj 257/95. U navedenom dopisu tužilac je obavestio tuženog da će aktivirati garanciju broj 257/95 dana 28. avgusta 1995. godine, iz razloga što nalogodavac nije ispoštovao uplatu po ugovoru i pored upozorenja da garancija ističe 28.

¹⁷ Iz presude Višeg privrednog suda u Beogradu Pž. 195/97 od 29. januara 1997. godine, Petrović Z. - Kozar V., navedeno delo, strana 1214

avgusta 1995. godine. Uz navedeni dopis tužilac je dostavio kopiju garancije i izjavu finansijskog direktora tužioca. Drugostepeni sud nalazi da je tužilac blagovremeno dostavio garanciju na realizaciju, jer je garanciju dostavio i obavestio tuženog o aktiviranju garancije dana 25. avgusta 1995. godine, dakle u vreme važenja bankarske garancije. Dosledno izloženom sud nalazi da je održan rok važnosti garancije, da je tužilac u roku važnosti garancije tražio od tuženog naplatu iznosa po garanciji, te da ne stoji navod prvostepenog suda da tužilac nije garanciju aktivirao u roku važnosti garancije. Činjenica da je tuženi izdao još jednu garanciju i na isti iznos i po istom ugovoru i to broj 281/95 od 28. avgusta 1995. godine ne utiče na obaveze tuženog po ovoj garanciji jer navedenom garancijom nije stavljena van snage garancija 257/95, niti su dati dokazi da je tuženi dostavio tužiocu garanciju 281/95, kao i da je tužilac dao svoju saglasnost da se stornira garancije 257/95. Prema tome, tužilac je blagovremeno aktivirao garanciju 257/95, te je tuženi dužan po osnovu navedene garancije da isplati garantovanu sumu u iznosu od 50.000,00 dinara.¹⁸

3.3.2. Tužba kao način aktiviranja bankarske garancije

Takođe, po stanovištu sudske prakse, nastale u primeni Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, ako je u pre isteka roka važnosti bankarske garancije korisnik garancije podneo tužbu protiv banke garanta za zahtevom za izmirenje obaveze i garancije, smatra se da je na taj način blagovremeno uputio poziv za plaćanje.

U konkretnom slučaju, prvostepenom presudom obavezan je prvotuženi DD "U." da tužiocu banci "A." AD isplati određeni novčan iznos na ime glavnog duga sa kamatom, s tim da se solidarno obavezuje i drugotužena banka "B." AD da tužiocu isplati određeni novčani iznos sa kamatom. Drugotužena banka u žalbi navodi da se radi o samostalnim bankarskim garancijama plativim na prvi poziv. Međutim, tužilac ovaj poziv nije uputio drugotuženom kao garantu, a što je i utvrđeno veštačenjem, tj. uvidom delovodnik dostavne knjige za 1994. godinu. Žalba nije osnovana. U toku prvostepenog postupka izvršeno je veštačenje. Na osnovu garancije koja je data po osnovu ugovora o investicionim kreditima, utvrđuje se da je drugotuženi kao garant solidarno obavezan sa prvotuženim a prema tužiocu da mu isplati određeni novčani iznos sa zakonskom zateznom kamatom. Na osnovu izveštaja veštaka zaključeno je da veštak uvidom u delovodno dostavnu knjigu za 1994. godinu ustanovio da drugotuženi nema evidencije da je primio opomene tužioca za plaćanje po garancijama. Kako je tužilac podneo predlog za izvršenje, odnosno tužbu u 1994. godini, to je i postavio

¹⁸ Iz presude Višeg privrednog suda u Beogradu Pž. 195/97 od 29. januara 1997. godine, Petrović Z. - Kozar V., navedeno delo, strana 1214

zahtev za naplatu spornih potraživanja od drugotuženog, pa prvostepeni sud pravilno zaključuje da je na ovaj način uputio poziv za plaćanje drugotuženom po osnovu datih garancija, a što je učinjeno u vreme kada su garancije važile, pa su neosnovani navodi žalbe da tužilac nije obavestio drugotuženog da ispuni obaveze po garancijama.¹⁹

4. Bankarska garancija u nacrtu Zakona o obligacionim odnosima Federacija BiH / Republika Srpska iz 2003. godine

Bankarska garancija bila je predviđena i u nacrtu Zakona o obligacionim odnosima Federacija BiH / Republika Srpska iz 2003

U odnosu na druge zakone zemalja u regionu, nacrt sadrži mnogo više normi, tako da je institut bankarske garancije detaljnije regulisan.

Nacrt reguliše garanciju „bez prigovora“ na sličan način kao i Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine. Nacrt predviđa i nove oblike garancije, kao što je indirektna garancija, gde učestvuju dve banke, od kojih prva banka po nalogu svog klijenta daje nalog drugoj banci da izda direktnu garanciju, ugovornom partneru klijenta prve banke.

Nacrt reguliše detaljno reguliše izmenu garancije uz prethodno ili naknadno odobrenje od strane korisnika. Izmjena garancije nema uticaja na prava i obaveze nalogodavca ili potvrdioca garancije, ako se on ne složi sa izmjenama. Kako u poslovnoj praksi postoji izmena garancija, npr. zbog produženja roka važnosti usled reprograma obaveza i kredita, koje su obezbeđene garancijom, i sl, smatramo da su predložene odredbe korisne.

Nacrt uređuje prenos prava korisnika da zahtijeva plaćanje, na sličan način kao Zakon o obveznim odnosima.

Novina u odnosu na postojeće zakone je asignacija odnosno mogućnost asigniranja prava. Ako nije drugačije određeno u garanciji ili na drugom mjestu ugovoreno između banke i korisnika, korisnik može drugom licu asignirati sva prava koja ima ili može imati na osnovu garancije. Ako je banka od korisnika primila obavijest o neopozivom asigniranju, isplata asigniranoj strani oslobađa banku do iznosa isplate daljnjih obaveza po osnovu garancije.

Nacrt detaljno uređuje prestanak prava da se zahtijeva isplata. Pravo korisnika da zahtijeva isplatu po osnovu garancije prestaje: 1. kada je banka primila izjavu korisnika o oslobađanju od obaveza u formi koja je predviđena za zasnivanje garancije; 2. kada su banka i korisnik dogovorili prestanak garancije u formi koja je predviđena u garanciji ili, ako u garanciji nije predviđena forma, u formi koja je predviđena za zasnivanje garancije; 3.

¹⁹ Iz rešenja Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 9410/97 od 23. januara 1998. godine, Petrović Z. - Kozar V., navedeno delo, strana 1212

kada je raspoloživi iznos po osnovu garancije isplaćen, ako garancija ne predviđa automatsko obnavljanje ili automatsko povećanje raspoloživog iznosa, ili na neki drugi način predviđa nastavak garancije; 4. kada je isteklo vrijeme važenja garancije. Način prestanka pod tačkom 3. može biti od značaja kada su u pitanju carinske garancije, kojima se obezbeđuju obaveze za određeni period, dok je prestanak zbog isteka vremena važenja uređen na sličan način kao u Zakonu o obveznim odnosima

Nacrt reguliše pravni odnos između banke i nalagodavca, tj. sadržinu garantnog naloga, dakle naloga za izdavanje garancije, u kome između ostalog mora biti naznačen ne samo korisnik, već i vrsta garancije (garancija ponude, isporuke, obezbjeđenja, ispunjenja ugovora), zatim iznos garancije i potpune podatke klauzule o plaćanju, i td

Obaveza otvaranja i plaćanja je takođe odredba, koju ne sadrže drugi zakoni. Banka je prema nalagodavcu obavezna neodložnim obavještenjem ovlaštenika o izdavanju garancije otvoriti garanciju. Za otvaranje ona može i bez posebnog ovlaštenja uključiti drugu banku (avis-banka). Ako je u otvaranje garancije uključena avis-banka, ona mora s primjerenom pažnjom provjeriti vidljivu vjerodostojnost garancije. Neovisno o samostalnoj obavezi plaćanja prema ovlašteniku, banka je i prema nalagodavcu ugovorno obavezna na plaćanje iznosa garancije ovlašteniku kod nastupanja slučaja garancije. Na ovaj način, jasno je napravljena razlika između ugovora o izdavanju garancije, u kome su ugovorne strane banka i nalagodavac, od same garancije gde je banka dužnik, a korisnik je poverilac.

Izuzeci od obaveze plaćanja, takođe su uređeni nacrtom. Naime, ako je nedvosmisleno i jasno utvrđeno 1. da neki od dokumenata nije vjerodostojan ili je krivotvoren; 2. da plaćanje nije dospjelo prema osnovu navedenom u zahtjevu i pratećim dokumentima, ili 3. da sudeći prema vrsti i namjeni garancije zahtjev nema razumnog osnova, banka postupajući u dobroj vjeri može odbiti plaćanje prema korisniku. Zatim se u nacrtu definišu situacije u kojima zahtjev nema razumnog osnova: 1. ako se slučaj ili rizik, protiv kojeg je garancija bila namijenjena da obezbijedi korisnika, nije nesumnjivo ostvario; 2. ako je obaveza nalagodavca proglašena nevažećom od strane suda ili arbitražnog tribunala, osim ako garancija indicira da takav slučaj predstavlja rizik pokriven garancijom; 3. ako je obaveza nesumnjivo ispunjena na zadovoljstvo korisnika; 4. ako je ispunjenje obaveze bilo jasno spriječeno namjernim službenim propustom korisnika.

ZAKLJUČAK

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

Pravni odnos između nalogodavca (dužnika iz osnovnog pravnog posla), i banke koja izdaje garanciju nastaje zaključenjem ugovora o izdavanju bankarske garancije. Prema svojoj pravnoj prirodi ovo je ugovor o nalogu, a mogu postojati i elementi ugovora o kreditu.

Prema članu 1083. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima bankarska garancija mora biti izdata u pismenoj formi, iz čega proizilazi da je bankarska garancija strogo formalni pravni posao jer je pismena forma uslov njene punovažnosti. Međutim, ugovor o izdavanju bankarske garancije koji se zaključuje između banke i nalogodavca ne mora biti zaključen u pismenoj formi, jer je reč o ugovoru o nalogu, za koji zakonom nije propisana forma.

U privrednom pravu postoje tri vrste bankarskih garancija s tim što je garant uvek platac. Reč je o garanciji "bez prigovora", garanciji uz dostavljanje dokumentacije i garanciji uz pružanje dokaza da je ugovorena obaveza ispunjena. Pored navedene podele u pravnoj teoriji postoje i klasifikacije na osnovu drugih raznih kriterijuma iz kojih proizilaze i druge vrste, odnosno tipovi bankarskih garancija

Ako bankarska garancija sadrži klauzulu "bez prigovora", "na prvi poziv" ili sadrži reči koje imaju isto značenje, banka ne može isticati prema korisniku prigovore koje nalogodavac kao dužnik može isticati prema korisniku po obezbeđenoj obavezi.

Da bi korisnik bankarske garancije ostvario svoja prava iz garancije on istu mora aktivirati u okviru roka važenja garancije. I na bankarsku garanciju "bez prigovora" primenjuje se ugovoreni rok važnosti garancije.

Po svojoj pravnoj prirodi ugovor o izdavanju bankarske garancije je ugovor o nalogu. Prema članu 749. stav 3. Zakona o obligacionim odnosima, nalogoprimac (u ovom slučaju banka - garant) ima pravo na naknadu (proviziju) za svoj trud, osim ako je drukčije ugovoreno ili proizilazi iz prirode međusobnog odnosa, što znači da zakon pravo banke - garanta na naknadu - proviziju pretpostavlja.

Isplatu dospelog iznosa po datoj bankarskoj garanciji može od garanta tražiti samo korisnik garancije, a ne i lice za čiju je obavezu banka garantovala.

Odredbe o bankarskoj garanciji iz navedenih propisa koji važe ili su u nacrtu u zemljama u regionu, imaju sličnosti, ali i velike razlike u odnosu

na odredbe o bankarskoj garanciji iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine.

Literatura

Besarović I. Poslovno pravo, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Intermex, Beograd, 2010. godina,

Dukić-Mijatović M., Usklađenost bankarskog sistema Republike Srbije sa svetskim standardima - korporativno upravljanje i aktuelna korporativna praksa, Pravni život br.12, Beograd, 2008. godina, str. 761 -775.

Mićović M., Privredno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac, 2010. godina

Perović S., Obligaciono pravo, NIU "Službeni list SFRJ" Beograd, 1986. godina.

Petrović Z. - Kozar V., Mega zbirka sudske prakse iz obligacionog prava, Intermex, Beograd, 2009. godina

Vasiljević M., Trgovinsko pravo, Savremena administracija d.d, Beograd, 1995. godina

Vukadinović R., Pravna priroda bankarske garancije na prvi poziv, «Pravna riječ» časopis za pravnu teoriju i praksu, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2010. godina, broj 25, str. 45.

Softverski paket za pravnike „Indok“, izdavač “Intermex”, Beograd, 2011.

Vladimir Kozar, Ph.D.,

Assistant Professor

Faculty of Law, University Business Academy Novi Sad,

Special Adviser, NLB banka AD, Beograd

PROVIDING CLAIMS THROUGH BANK GUARANTEE IN THE REPUBLIC OF SERBIA AND THE COUNTRIES IN THE REGION

The practice of business entities by the term "bank guarantee" means different legal institutes, aimed at ensuring the fulfillment of contract obligations the bank's clients. It is a different means of securing both personal (endorsement guarantee, acceptance bill, documentary credit, etc..) and the actual or the real (pledge, mortgage, lien on securities). Ensuring the fulfillment of contractual obligations is a common feature of these institutes in the wider sense of the "bank guarantee" for the fulfillment of contractual obligations. However, the bank guarantee in the narrow sense is a separate legal institution that has specific characteristics, and that it, in spite of certain common points, significantly different from the above mentioned institutes.

The subject of this paper is to provide a bank guarantee claims in the Republic of Serbia and the countries in the region. In addition to the provisions of the Law on Obligations of 1978. years, particularly in the analyzed provisions of the new Law of Obligations in 2008. year, which is applied in the Republic of Montenegro, as well as the provision of bank guarantee at the invitation of the Law on Obligations of the Republic of Croatia, in 2005. year, with the latter's novels. It is also emphasized and the new ruling on bank guarantee in the draft Law of Obligations of the Federation of BiH / Serbian Republic in 2003. year. The provisions on bank guarantee from these regulations in force or being drafted in the countries in the region have similarities but also significant differences in relation to the provision of bank guarantee of the Obligations Act of 1978. year

Key words: bank guarantee; collaterals; written form; nullity; counter-guarantees; validity; assignment;