

Др Бојан Л. Пајтић, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B.Pajtic@pf.uns.ac.rs

БАНКАРСКА ГАРАНЦИЈА У СРПСКОМ И ЕВРОПСКИМ ПРАВНИМ СИСТЕМИМА¹

Сажетак: Рад анализира банкарску гаранцију као институт изведен из уговора о јемству. Банкарском гаранцијом се банка обавезује према повериоцу да ће испуниће иуноважну и доспелу обавезу дужника, ако овај то не учини. Ово средство обезбеђења иоипраживања иоказује значајне иредности у односу на друга иерсонална средства, иоитоиво у смислу вишеї сиейена зашїиїе иовероїца у облиационом односу. Збої наведене иоїодности овај инстїиїуї се све чешиће ирїмењује у иравном ирометїу, како у нашем, иако и у друїим иравним сисїемима. У раду ћу указати на нормативна решења у иоїледу реїулисања банкарске гаранције као иосебної иравної иосла, у коме, за разлику од јемства, нема акцесорности. Истраживање је иосебан акценатї сїавило на иїоредноїравну анализу ової средства обезбеђења.

Кључне речи: банкарска гаранција, јемство, обезбеђење иоипраживања

Институт банкарске гаранције, иако представља неакцесорно средство обезбеђења, изведен је из јемства, класичног персоналног, односно личног средства обезбеђења облигационоправних потраживања, кога карактерише акцесорност. Наравно, начело диспозитивности одредаба Закона о облигационим односима оставља могућност да се и приликом издавања банкарске гаранције договори акцесорност обавезе. Јемство затичемо кроз готово целу историју грађанског права, од Закона дванаест таблица, преко великих грађанских кодификација, до српског грађанског законика и Закона о облигационим односима. Тако, ЗОО у члану 997. наводи да се уговором о јемству јемац обавезује према повериоцу да ће испунити пуно-

¹ Рад је настао као резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Новом Саду, „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија)“.

важну и доспелу обавезу дужника, ако овај то не учини. На сличан начин и друга европска законодавства третирају наведено средство обезбеђења.² Законодавац је и основне одредбе о банкарској гаранцији имплементирао у Закон о облигационим односима, а посебна правила су обухваћена другим законима – Царинским законом, Законом о девизном пословању и другим сродним правним прописима. Уколико о некоме од питања не постоји посебно правило трговачког облигационог права, примењују се одредбе Закона о облигационим односима.³

Наш законодавац је позиционирао основне одредбе о банкарској гаранцији у Закон о облигационим односима (док се посебна правила регулишу другим правним прописима као што су Закон о девизном пословању, Царински закон и слични закони партикуларног карактера), док се материја менице у основи регулише посебним Законом о меници. У овом раду је, због посебности поменутих института и фреквентности њихове употребе у платном промету, извршена и компаративна анализа, односно сагледане су сличности и разлике између јемства и банкарске гаранције, односно меничног јемства.

Банкарска гаранција представља веома фреквентно коришћено средство обезбеђења, јер обезбеђује виши степен сигурности повериоца у условима рецесије, односно приликом закључења правних послова велике вредности. Један од бенефита који произлазе из употребе овог средства је и могућност ефикасније наплате повериоачевог потраживања. Наравно, претпоставка за измирење је да су испуњени услови које је банка гарант навела у гаранцији.

Српски Закон о облигационим односима у члану 1083. даје дефиницију института банкарске гаранције. Законодавац истиче да се банкарском гаранцијом обавезује банка према примаоцу гаранције (кориснику) да ће му - за случај да му треће лице не испуни обавезу о доспелости - измирити обавезу ако буду испуњени услови наведени у гаранцији. Напомињем да издавању гаранције (иако овај институт спада у персонална средства обезбеђења потраживања), најчешће претходи уговор о хипотеци (који представља реално, односно стварно средство обезбеђења). Овај правни посао закључују дужник из основног правног посла и банка. Склапање уговора о хипотеци није сугерисано законом, нити другим правним прописом, већ

² Oxford dictionary of law, Oxford University press, Oxford, 2009, 224. – „јемство је секундарни споразум у коме особа (јемац) постаје одговорна за дуг главног дужника. Јемство представља посебан уговор и мора бити закључено у писменом облику. Јемац који је исплатио повериоца има право да тражи обештећење од главног дужника.“

³ Опширније о овоме погледати код: Салма Јожеф, Јемство, Правни живот, Београд, бр. 7-8/1993, стр. 716.

представља уобичајено понашање у правном промету. Банка са дужником из основног уговора, пре издавања гаранције, често, уместо уговора о хипотеци, склапа споразум о депоновању одређеног износа новца који припада дужнику.

Историјски развој института банкарске гаранције почиње средином прошлог века, када настаје ово средство обезбеђења, као последица интензивирања развоја индустрије и правног промета. Налазимо га у свим европским законодавствима. Регулисан је позитивним правним прописима, према томе, спада у категорију именованих уговора. Ово је једнострано обавезни правни посао. Издавањем гаранције конституише се обавеза само за банку. Формалан је уговор (писмена форма је обавезна), а измирење престације банке увек се врши у новцу, независно од природе обавезе која се обезбеђује датом гаранцијом. Кауза, односно правни циљ банкарске гаранције, састоји се у обезбеђењу повериоцевог потраживања из основног правног посла.⁴

Поменуо сам да код банкарске гаранције нема акцесорности. Овде препознајемо значајну разлику између овог средства обезбеђења и јемства, код кога је ово једно од основних начела. Институт банкарске гаранције доводи, пре свега, до одговорности банке за своју, а не за дужникову обавезу. Наплата банкарске гаранције не зависи од извршења или неизвршења дужникове престације према повериоцу.⁵ Банка гарант, издавањем гаранције преузима на себе обавезу која није увек, нити нужно, везана за основни уговор склопљен између повериоца и дужника, односно за правне последице њиховог контракта. Самим тим, банкарска гаранција обезбеђује повериоцу из основног правног посла виши степен сигурности у реализацији његовог потраживања, него што то чине друга персонална средства обезбеђења. Важно је напоменути да банкарска гаранција пружа повериоцу сигурност за случај да дужник постане инсолвентан, обавеза дужника

⁴ Детаљније о каузалности правних послова у српском праву види. Атила Дудаш, *Ајстирактивно дејство њравних њослова у евројском и домаћем њраву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, ISSN 0550-2179, бр. 2/2012, стр. 401-416; Атила Дудаш, *Кауза ујоворне обавезе њрема Закоњу о облијационим односима Рејублике Србије*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, ISSN 0550-2179, бр. 1/2010, стр. 145-170.

⁵ Погледај: Одвојено мишљење арбитра проф. др Миодрага Орлића у односу на Арбитражну одлуку Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије, у случају број Т-14/11, од 30. маја 2013. године. У њему се, у тачки 34, истиче: „Наиме, када дође до наплате банкарске гаранције, повериоцу се верује да је његово просуђивање о постојању права исправно и дужник се не може супротставити наплати гаранције тако што би истицао приговоре из основног уговора (изван оних наведених у гаранцији) и тако оспорио наплату. Чврсто правило у овој области гласи: „Erst zahlen, dann prozessieren” (прво платите, а потом оспоравајте), чиме се повериоцу омогућава да без обраћања суду наплати износ из банкарске гаранције.”

из главног уговора престане да постоји, или уколико основни правни посао буде поништен.⁶

Члан 1084. Закона о облигационим односима утврђује да се, код овог средства обезбеђења, без обзира на природу обавезе, престација извршава у новчаном износу, односно „банка измирује обавезу из гаранције у новцу и у случају да се гаранцијом обезбеђује неновчана обавеза.” Овакво опредељење законодавца не постоји када је у питању извршавање обавеза из уговора о јемству, из кога извире банкарска гаранција. Разлика између банкарске гаранције и јемства очигледна је и у погледу субјеката чија обавеза наступа на основу издавања гаранције, односно склапања уговора о јемству. За разлику од јемства, код кога гарант може бити и правно и пословно способно физичко лице, банкарску гаранцију може издати само банка која има лиценцу за рад на простору државе у којој се банкарска гаранција издаје.⁷

Члан 1085. Закона о облигационим односима уводи у наш правни систем и праксу још један вид банкарске гаранције, код које учествују две банке, а корисник, односно поверилац из основног правног посла има овлашћење да се обрати са захтевом за исплату гарантованог износа обема банкама под истим условима. Оној која је издала гаранцију, али и оној која је гаранцију потврдила, односно која је приступила дугу банке издаваоца гаранције. Овај институт назива се супергаранцијом. И овде је неопходно учешће две банке, с тим што се корисник може обратити са захтевом за исплату гарантованог износа како оној банци која је гаранцију издала, тако и оној која је исту потврдила.

Закон о облигационим односима у члану 1087. напомиње да „ако банкарска гаранција садржи клаузулу "без приговора", "на први позив"⁸ или

⁶ Опширније: Бијорац Радомир, Штете по основу банкарских гаранција – везано за „јемчење” банака у привреди, стр. 1611. – 1614.

⁷ Ова напомена посебно добија на значају када се узме у обзир да могућност наплате потраживања повериоца може зависити код јемства и од солвентности јемаца. Тако: Пајтић Бојан, Фидуцијарни споразуми као средство обезбеђења облигационоправних потраживања, магистарска теза, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад, 2000, стр. 21.

⁸ У одвојеном мишљењу арбитра проф. др Миодрага Орлића у односу на Арбитражну одлуку Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије, у случају број Т-14/11, од 30. маја 2013. године, у тачки 68. указује се на бенефите које оваква банкарска гаранција доноси повериоцу из основног правног посла. У мишљењу се истиче да: Банкарска гаранција на први позив означава изузетно ефикасно средство обезбеђења због своје апстрактне (аутоматске, безусловне или како се већ назива у разним системима) природе. Али, наплата банкарске гаранције има само провизоран (привремен карактер). Смисао и циљ (*Das sinn und Zweck*) гаранције је да обезбеди повериоцу могућност да се из наплаћене своте лако намири, ако успе са својим захтевом у спору.

садржи речи које имају исто значење, банка није у позицији да истиче према кориснику приговоре које налогодавац као дужник може истицати према кориснику по обезбеђеној обавези. Дакле, ни банка гарант ни дужник као налогодавац не могу истицати приговоре осим оних који су искључиво формалне природе.⁹ Овакво опредељење законодавца јасно примењује суд у Пресуди број Пж.5859/04 од 15. 04. 2004, указујући да корисник банкарске гаранције „на први позив” може непосредно издавањем налога за плаћање преко носиоца правног промета гаранта извршити наплату потраживања по овој гаранцији. Образложење пресуде јасно прецизира да је „правилно првостепени суд утврдио и то из гаранције број 089-757 да је иста издата од стране ‘Пољопривредне банке’ АД гаранта, на захтев тражиоца гаранције - дужника ДП ПК ‘Г’, Ц. кориснику гаранције - повериоцу Републичкој дирекцији за робне резерве дана 2.10.2001. године. Гаранција је издата на износ од 14.302.382 динара, са роком важења банкарске гаранције до 01.01.2003. године. Ова банкарска гаранција садржи клаузулу ‘на први позив’ и ‘без приговора’. Значи, у конкретном случају испуњени су услови из члана 1083 и 1087. 300 којим одредбама је прописано да се банкарском гаранцијом обавезује банка према примаоцу гаранције, да ће му за случај да му треће лице не испуни обавезу о доспелости, измирити обавезу ако буду испуњени услови наведени у гаранцији, да гаранција мора бити издата у писменој форми и да уколико банкарска гаранција садржи клаузулу ‘без приговора’, ‘на први позив’ или садржи речи које имају исто значење банка не може истицати према кориснику приговоре које налогодавац, као дужник може истицати према кориснику по обезбеђеној обавези. Даље је утврђено да је корисник гаранције дана 14.01.2003. године испоставио налог за плаћање на основу гаранције Управи за јавно плаћање - Филијала Палилула по гаранцији 089-758 коју је ‘А’ издала по уговору са ПК ‘Г’, С. Значи, корисник гаранције поступио је у складу са овлашћењем из гаранције да може извршити наплату потраживања по овој гаранцији. Подношењем гаранције на наплату одржан је рок важности гаранције у односу на гаранта. Стога се не могу прихватити наводи жалбе туженог да исти није у обавези на исплату траженог износа, опредељеног тужбеним захтевом, јер банка није примила захтев за исплату из гаранције и њена обавеза је престала на дан 14.01.2003. године. Имајући у виду изложено и неспорну чињеницу да обавеза за коју је тужени издао гаранцију од 14.302.382, 51 динар није измирен правилно је првостепени суд донео одлуку када је усвојио тужбени захтев”.

Европска законодавства веома касно прихватају институт банкарске гаранције на први позив. У правном промету развијених земаља, пре свега у ме-

⁹ Ibidem, тачка 67.

ђународној уговорној пракси, користи се од седме деценије двадесетог века. Постаје део позитивног законодавства једне земље тек у тренутку када га *Code civile* изменама законика 1982. године, регулише параграфом 2321.¹⁰

У упоредном праву и пракси сусрећемо институт банкарског јемства на први позив, који представља посебан правни институт у односу на банкарску гаранцију која садржи клаузулу „на први позив”. Тако, примера ради, у немачком правном систему банкарско јемство на први позив је доживело своју афирмацију¹¹. Њена примена је ограничена, јер је судска пракса стала на становиште да су одредбе општих услова пословања осигуравајућих друштава, које садрже могућност да се осигуравање врши издавањем банкарског јемства, у парничним поступцима проглашаване ништавим¹². Сврха клаузуле „на први позив” уговорене код банкарског јемства је обезбеђивање брзе наплате потраживања у корист повериоца. Дакле, банка, уколико је наведена клаузула део правног посла, одговара на исти начин као и јемац платац. То, практично, значи да ред првенства није релевантан, односно да поверилац из основног уговора може да се обрати банци као јемцу и пре него што је од главног дужника тражио испуњење престације. Овако установљено солидарно јемство показује предност пре свега у чињеници да су ризици наступања инсолвентности банке мањи у односу на друга правна или физичка лица, јер је пословање банака строго надзирано од централних банака, успостављене су и обавезне резерве, обавезно осигурање депозита, али, врло често и законска обавеза државе да, у случају стечаја банке, обезбеди одређена средства за намирење њених поверилаца. Тек након извршења обавезе, банка има право да покрене регресни, односно парнични поступак за оспоравање корисникове претензије.¹³ Институт банкарског јемства на први позив није регулисан нашим позитивноправним прописима. Међутим, нема препреке, с обзиром на начело слободе уговарања, да у пракси дође до уговарања примене овог средства обезбеђења потраживања. Ограничење се, наравно, односи на обавезу свих учесника у правном промету да закључује правне послове у складу са принудним правним прописима, моралом и јавним поретком.

Јасна је и видљива сличност између банкарске гаранције на први позив и банкарског јемства на први позив. Оба института обезбеђују висок

¹⁰ Опширније: Malinvaud Philippe, *Droit des obligations*, Litec, Paris, 2007.

¹¹ О генези развоја ове установе у немачком праву говори Ланг, у свом систематском делу: *Rückforderung des auf eine Bürgschaft auf erstes Anfordern Geleisteten im Urkundenprozess*, WM 1999, стр. 2329 – 2335.

¹² Опширније о овоме: Graf von Westphalen, Friedrich, *Unwirksamkeit der Bürgschaft auf erstes Anfordern – Wirksamkeit der Bankgarantie?* Zip 31/2004, стр. 1433.

¹³ Петар Миладин, *Банкарско јемство на први позив*, Зборник Правног факултета у Загребу, 2006, 341 и 342.

степен ефикасности обезбеђења потраживања, јер за оба важи обавеза банке да одмах плати дуговано, без могућности да се процесним средствима успротиви захтеву повериоца, а тек после да у судском поступку реализује своја права. Најважнија разлика између две установе препознаје се кроз принцип акцесорности. Назив банкарског јемства на први позив, као и правне консеквенце које производи, јасно указују на одређена одступања од начела акцесорности, иако се не може рећи да се ради о неакцесорном средству обезбеђења. Ово је, условно речено, средство обезбеђења које представља прелазни облик између јемства и гаранције. Јасно је да „обавеза преузета јемством зависи од дужникове основне обавезе према кориснику јемства. Насупрот томе, гарант одговара апстрактно, независно од тога постоји ли уопште основна обавеза трећег, најчешће налогодавца, према кориснику гаранције. Гарант ће стога одговорати кориснику и када трећи, за чију чинидбу кориснику банка као гарант гарантује, у стварности ништа не дугује кориснику. Због своје независности од основног односа, банкарском гаранцијом не осигурава се само намирење неког корисниковог постојећег потраживања, него се њоме кориснику прибавља ново, самостално потраживање према банци као гаранту којим се осигурава постојање неког корисниковог потраживања. Само од текста гаранције зависи колико је корисник приликом наплате упућен на основни однос између корисника и главног дужника.”¹⁴

Међународни правни промет и привредна пракса успоставили су још један вид банкарске гаранције, који дели основне особине са њом, није акцесоран, јер је обавеза банке независна од престација из основног правног посла. Суштина института је да једна финансијска организација даје гаранцију другој банци. Овај, у међународним трговинским односима веома популаран институт назива се контрагаранцијом. Суштина овог правног посла огледа се у томе да финансијска организација која је домицилна у држави у којој налогодавац има седиште, преузима обавезу у корист банке у држави корисника гаранције. Наиме, уколико корисник гаранције наплати гарантовани износ од банке у држави у којој има седиште, односно, пребивалиште (ако се ради о физичком лицу), финансијска организација која је домицилна у држави налогодавца ће јој исплатити уговорени износ новца. Напоменуо сам да обавеза банке не зависи од главног уговора, дакле, нема акцесорности, али она не зависи ни од гаранције коју је банка издала кориснику, на основу које је, накнадно, дошло до издавања контрагаранције.

¹⁴ Ibidem: стр. 342 и 343.

Bojan L. Pajtić, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Pajtic@pf.uns.ac.rs

Bank Guarantee in Serbian and European Legal Systems

Abstract: *the paper analyses a bank guarantee as an institute derived from a surety contract. By issuing a bank guarantee the bank commits to the creditor that it will fulfil valid and due liabilities of a debtor, in the event of default by the debtor. This collateral demonstrates significant advantages as compared to other personal assets, particularly with regards to a higher level of protection to creditors in contractual relations. Due to the aforementioned benefit the institute has been increasingly applied in legal dealings, both in our and other legal systems. In the paper, I will point out normative solutions in terms of regulation of a bank guarantee as a specific legal activity in which there is no accessoriness, which is not the case with security. This research particularly focuses on the comparative legal analysis of this collateral.*

Key words: *bank guarantee, security, securing the claims*

Датум пријема рада: 05.01.2016.