

BANKARSKE GARANCIJE PREMA ODREDBAMA NOVOG ZAKONA O OBVEZNIM ODNOSIMA (U POREDBENOPRAVNOM KONTEKSTU)

Dr. sc. Zvonimir Slakoper,
izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.768::347.4(497.5)(094.5)
Ur.: 26. rujna 2006.
Pr.: 14. studenog 2005.
Izvorni znanstveni članak

Novi Zakon o obveznim odnosima promijenio je naziv instituta bankarske garancije u bankarsko jamstvo i pojam tog instituta izložen u čl. 1039. st. 1. i 2. (tako da se sada pod nazivom bankarskog jamstva pojavljuje samostalna bankarska garancija), dok ostale odredbe ranijeg ZOO-a sadržajno nisu promijenjene. Promjena naziva i pojma ovog instituta predstavljaju vrlo važne sadržajne promjene, pa se u radu analizira utjecaj tih promjena na dosadašnja stajališta pravne znanosti i prakse o ovom institutu. Polazi se od dosadašnje terminologije u domaćem i poredbenom pravu i značenja pojedinih pojmova, a potom se obrađuje problematika primjene odredbi ZOO-a, s obzirom na prvenstvo trgovačkih običaja (čl. 12. ZOO-a). Imajući oboje u vidu, rad slijedi i obrađuje pitanja uređena odredbama ZOO-a i to uzimajući u obzir dosadašnja stajališta literature i sudske prakse glede svakog pojedinog obrađenog pitanja, a uvijek izlažući mogući utjecaj uvodno navedenih promjena na buduća stajališta i praksu. Izlažu se pitanja u svezi s oblikom garancije, kvalifikacijom i nastankom bančine obveze prema korisniku, pretpostavkama isplate, prenosivošću i potvrdom garancije.

Ključne riječi: *Zakon o obveznim odnosima, bankarska garancija, bankarsko jamstvo, samostalna garancija, akcesorna garancija, primjena odredbi Zakona o obveznim odnosima o bankarskim garancijama (bankarskom jamstvu).*

1. Uvod

Raniji Zakon o obveznim odnosima (dalje: ZOO)¹ u čl. 1083. – 1087. uređivao je jedan institut koji je poglavito dio autonomnog trgovačkog odnosno bankarskog prava i naslovljavao je taj institut kao bankarsku garanciju. Odredbe čl. 1083. st. 2. i čl. 1084. – 1087. prenesene su u novi ZOO² kao čl. 1039. st. 3. i čl. 1040. – 1043. skoro bez ikakvih sadržajnih izmjena, a izmijenjeni su pojam instituta iz ranijeg čl. 1083. st. 1., koji je sad opisan u čl. 1039. st. 1. i 2., i sam naziv tog instituta, koji se više ne zove bankarska garancija nego bankarsko jamstvo.³

Promjena naziva i pojma ovog instituta, uz zadržavanje istog sadržaja ostalih odredbi koje uređuju taj institut, toliko su značajni da mogu izazvati dvojbe glede samog instituta koji je uređen, a posljedično i glede pravnih pravila koja treba primijeniti na taj institut.

Dosad su se, naime, u hrvatskom pravnom nazivlju pretežno rabili izrazi “jamstvo” – što je institut građanskog i trgovačkog prava uređen odredbama čl. 104. - 126. novog ZOO – i “bankarska garancija” – koja je institut trgovačkog prava uređena odredbama čl. 1083. – 1087. ranijeg ZOO – dok izraza “bankarsko jamstvo” u ovom Zakonu nije bilo, a u literaturi se rabio u manjoj mjeri.

Stoga je potrebno prikazati i raščlaniti promjene koje su nastale uvođenjem naziva bankarsko jamstvo i novim definiranjem pojma tog instituta. Pri tome je posebnu pozornost potrebno posvetiti primjeni odredbi koje donosi ZOO, što proizlazi iz činjenice da su bankarske garancije u prvom redu institut autonomnog trgovačkog prava⁴ te da se na njih vrlo često primjenjuju Ujedinjena pravila za garancije na zahtjev Međunarodne trgovačke komore⁵ (dalje: UP MTK). Drugim riječima, potrebno je istražiti i odnos primjene odredbi ZOO i UP MTK prema novom ZOO. Odredbe što ih donosi ZOO i stajališta hrvatskog prava potrebno je prikazati i općenito u poredbeno pravnom kontekstu zato što su bankarske garancije u prvom redu prisutne u odnosima s međunarodnim obilježjem. Polazište prikaza predstavljat će odredbe ZOO, a obradit će se ona pitanja koja su uređena odredbama ZOO.

¹ NN 53/91., 73/91., 3/94., 7/96.

² NN 35/05.

³ Prema Barbić, Jakša: Bankarsko jamstvo, u Novi Zakon o obveznim odnosima, 2005. (dalje: Barbić), s. 195.: “zbog neodgovorne intervencije jezičnih stručnjaka učinjene bez konzultacije s pravničkom strukom, pogrešno (je) izraz garancija zamijenjen izrazom jamstvo”.

⁴ Tako i Vukmir u Gorenc i drugi: Komentar Zakona o obveznim odnosima, 2005., (dalje: Vukmir u Gorenc i drugi), s. 1602.

⁵ Uniform Rules for demand Guarantees ICC, Publikacija br. 458. (dalje: UP MTK). O UP MTK v. detaljnije u Maurović, Ljiljana: Kodifikacija prava bankarskih garancija - jedinstvena pravila MTK, Pravo u gospodarstvu, 3-4/94., i Maurović, Ljiljana: Obilježja kodifikacija prava bankarskih garancija, Hrvatska pravna revija, 9/2001.

Koristit će se domaća i poredbena literatura, a u onom dijelu u kojem sadržaj odredbi koje donosi ZOO nije izmijenjen, pomoći će i dosadašnja sudska praksa.

2. Terminologija i pojmovi bankarske garancije i bankarskog jamstva

1. Još prije donošenja ranijeg ZOO hrvatska pravna književnost razlikovala je bankovno jamstvo i bankovnu garanciju, odnosno bankovne garancije izdane s naslova jamstva (akcesorne, sporedne) i bankovne garancije izdane s naslova samostalnih garancijskih ugovora (samostalne).

Temelj razlikovanja tih instituta jest u postojanju odnosno nepostojanju pravne veze između obveze koja se osigurava i obveze iz bankovnog jamstva, odnosno bankovne garancije. Iako i u jednom i u drugom slučaju postoji (osnovna) obveza treće osobe prema korisniku bankovnog jamstva odnosno bankovne garancije, čije se ispunjenje osigurava, u slučaju bankovnog jamstva banka ne ispunjava svoju obvezu nego obvezu glavnog dužnika, a njena je obveza akcesorna ili sporedna u odnosu na obvezu glavnog dužnika. Dosljedno tome, korisnikovu zahtjevu banka se može suprotstaviti i prigovorima koje korisniku može istaći glavni dužnik iz osnovnog pravnog posla koji je bio povod bankovnom jamstvu. Bitno različito od toga, u slučaju bankovne garancije nastaje vlastita bančina obveza koja nije akcesorna nego samostalna prema obvezi korisnikova dužnika, pa se korisnikovu zahtjevu za isplatu garancije banka ne može suprotstaviti prigovorima kojima se dužnik može suprotstaviti korisniku garancije temeljem pravnog posla s korisnikom, nego samo prigovorima koji proizlaze iz bankarske garancije.⁶

Ova stajališta hrvatske literature bila su – i ostala - u skladu i s ranijim i s današnjim stavovima u poredbenom pravu.

Najprije treba uočiti kako poredbena literatura ne ističe samostalnost bankarske garancije pri njenom imenovanju, nego je u pravilu jednostavno imenuje kao bankarsku garanciju, a njenu samostalnost u odnosu s drugim pravnim poslovima s kojima je faktički povezana, podrazumijeva i opisuje kao bitno obilježje.⁷ Ponekad se uz ili umjesto izraza bankarska garancija rabe i izrazi “čista” garancija,⁸ “garancija na zahtjev”,⁹ “garancija na prvi

⁶ Rosenberg, Ljudevit: Pravo međunarodnih plaćanja u poslovnim transakcijama, drugi svezak, 1975. (dalje: Rosenberg), s. 135. – 142.

⁷ Bannier, F.A.W.: Bank Guarantees and Documentary Credit, u Hague-Zagreb Essays 6 (dalje: Bannier), s. 68. i 80., Palandt: Buergerliches Gesetzbuch, 62. izdanje, (dalje: Palandt) s. 1134., Schwintowski/Schaeffer: Bankrecht, 1997. (dalje: Schwintowski/Schaeffer), s. 752. i 755., Avancini/Iro/Koziol: Oesterreichisches Bankvertragsrecht, Bd. II, 1993. (dalje: Avancini/Iro/Koziol), s. 246. i dalje.

⁸ Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3. izdanje, (dalje: Basler I), s. 616.

⁹ “Demand guarantees”, UP MTK, Schmitthoff’s Export Trade, 10. izdanje, (dalje: Schmitthoff’s) s. 217. i dalje.

zahtjev”,¹⁰ ali i “jamstvo na prvi poziv”¹¹. Bankarska garancija samostalna je - a to točnije govoreći znači da je odnos banke i korisnika pravno neovisan - i o osnovnom odnosu između bančina nalagodavatelja i korisnika garancije, ali i o odnosu nalagodavatelja i banke.¹² Središnji aspekt samostalnosti sastoji se u bančinoj nemogućnosti da se zahtjevu korisnika za isplatu suprotstavi prigovorima iz osnovnog odnosa ili odnosa s nalagodavateljem.¹³

Bitno različito, sami izrazi “garancija” i “ugovor o garanciji” u *common law* označavaju jamstvo odnosno ugovor o jamstvu, koji podrazumijeva akcesornost obveze i njenu povezanost s obvezom glavnog dužnika i onda kad takvu garanciju izda odnosno ugovor o garanciji sklopi i banka.¹⁴ Za takve garancije u švicarskoj literaturi rabi se izraz “garancije slične jamstvu”,¹⁵ katkad se rabi i izraz “uvjetne” garancije,¹⁶ a katkad jednostavno “jamstvo”.¹⁷

2. Raniji ZOO u čl. 1083. st. 1. pod pojmom bankarske garancije definirao je bankovno jamstvo, odnosno bankarsku garanciju izdanu s naslova jamstva, tj. akcesornu bankarsku garanciju, na koju se primjenjuju odgovarajuće odredbe o jamstvu jer je ta odredba upućivala na bančino obvezivanje korisniku “za slučaj da mu treća osoba ne ispuni obvezu o dospjelosti”.¹⁸ Uz to u čl. 1087. st. 1. iznio je i pojam samostalne bankarske garancije i izrijekom naznačio kako se u slučaju izdavanja takve garancije banka korisnikovu zahtjevu za isplatu ne može suprotstaviti prigovorima “koje nalagodavac kao dužnik može isticati prema korisniku po osiguranoj obvezi”.¹⁹

Raniji ZOO poznavao je, dakle, i razlikovao dvije bitno različite vrste garancija: akcesorne – koje se mogu uzeti kao posebna vrsta jamstva i na koje se primjenjuju odredbe o jamstvu pri čemu se banka nalazi u pravnom položaju jamca – i samostalne – koje nisu posebna vrsta jamstva i na koje se odredbe o jamstvu ne mogu primijeniti, nego je bančina obveza njena vlastita i samostalna obveza prema korisniku i ravna se samo prema pravilima koja se primjenjuju na samostalne bankarske garancije. No, neprikladno je obje

¹⁰ Palandt, s. 1134.

¹¹ Schwintowski/Schaeffer, s. 755.

¹² Za englesko pravo Odluka u sporu Bolivinter Oil SA v. Chase Manhattan Bank NA, 1984 2 Lloyd’s Law Report 251. DC., a za austrijsko pravo Avancini/Iro/Koziol, s. 255. I s. 298., za njemačko pravo Schwintowski/Schaeffer, s. 758., za švicarsko pravo Basler I, s. 621.

¹³ V. literaturu navedenu u bilješki 7.

¹⁴ Schmitthoff’s Export Trade, 10. izdanje, s. 214. Slično Paget’s Law of Banking, 11. izdanje, s. 647.

¹⁵ Basler I, s. 616.

¹⁶ Schmitthoff’s, s. 215.

¹⁷ Avancini/Iro/Koziol, s. 255. i Schwintowski/Schaeffer, s. 755.

¹⁸ Tako i Gorenc, Vilim: Zakon o obveznim odnosima s komentarom, 1998. (dalje: Gorenc), s. 1324.

¹⁹ Potpuni tekst st. 1. čl. 1087. ranijeg ZOO glasi: “Ako bankarska garancija sadrži klauzulu “bez prigovora”, “na prvi poziv” ili sadrži riječi koje imaju isto značenje, banka ne može isticati prema korisniku prigovore koje nalagodavac kao dužnik može isticati prema korisniku po osiguranoj obvezi”.

te posve različite vrste nazivao “bankarskim garancijama” i time odstupao od izloženih standarda izražavanja u poredbenoj literaturi. Umjesto toga, sadržaj odredbi čl. 1083. – 1087. raniji ZOO bolje je odražavao naslov “Bankarsko jamstvo i bankarska garancija”.

Institut uređen odredbama čl. 1039. – 1043. novi ZOO naziva “bankarskim jamstvom”. Prema čl. 1039. st. 1. (novi ZOO) bankarsko jamstvo je “svaka obveza na plaćanje određenoga novčanog iznosa, bez obzira na to kako je nazvana, na pisani zahtjev korisnika i uz podnošenje banci dokumenata, ako su navedeni u jamstvu”, a za čl. 1039. st. 2. (novi ZOO) “bankarsko jamstvo je samostalna obveza banke neovisna o osnovnom poslu”. Definicija “bankarskog jamstva” koju smo citirali preuzeti je dio pojma bankarske garancije kako taj pojam definiraju UP MTK, prema kojima “garancija na zahtjev ... znači svaku garanciju ... ili drugo obvezivanje ... banke, osiguravajućeg društva ili bilo kojeg drugog tijela ili osobe ... učinjeno u pisanom obliku, na plaćanje novca po podnošenju u suglasnosti s uvjetima obvezivanja, pisanog zahtjeva za plaćanje ili takvog drugog dokumenta ... kakav može biti specificiran u garanciji...”.²⁰

Takve garancije prema čl. 2b. UP MTK samostalne su u odnosu prema osnovnom poslu između korisnika i bančina nalogodavatelja, odnosno prema obvezi čije se ispunjenje osigurava izdavanjem bankarske garancije, jednako kao i “bankarska jamstva” prema čl. 1039. st. 2., ZOO.

Prema tome, pod pojmom “bankarskog jamstva” ZOO iznosi pojam (samostalne) bankarske garancije, a ne garancije koja bi se zbog pravne povezanosti s osnovnim poslom i podredne primjene odredbi o jamstvu na tu garanciju mogla opravdano nazvati bankarskim jamstvom.

Iz toga proizlazi kako se razlika između naziva instituta i čl. 1083. st. 1. ranijeg i čl. 1039. st. 1. i 2. novog ZOO sastoji u tome što je raniji pod nazivom bankarske garancije izložio pojam bankovnog jamstva, tj. akcesorne bankarske garancije, a novi pod nazivom bankovnog jamstva, tj. akcesorne bankovne garancije izložio pojam samostalne bankarske garancije.²¹ Kad se k tome uzme u obzir sadržajno neizmijenjena odredba ranijeg čl. 1087. st. 1. koja je ustanovljavala pojam (samostalne) bankarske garancije – tj. sadašnja odredba čl. 1043. st. 1. – proizlazi da je raniji ZOO poznavao i akcesorne i samostalne garancije,²² a novi ZOO da poznaje samo samostalne.²³ Istovremeno i dosljedno, bankarsko jamstvo, tj. akcesorna garancija na prvi pogled više ne bi bili predmet zasebnog uređenja, nego bi se izravno primjenjivale odredbe o jamstvu.

Ipak ovu tezu pokušat će se provjeriti u ovom radu.

²⁰ Čl. 2a. UP MTK, potpuni tekst v. u Gorenc/Schwank/Slakoper: *Međunarodna pravila za kupoprodaje plaćanja i arbitraže*, 1996.

²¹ Tako i Barbić, s. 196.

²² Tako i Vukmir u Gorenc i drugi, s. 1605.

²³ Imajući ovo u vidu za institut uređen odredbama čl. 1039. – 1043. ZOO u radu će se rabiti izraz “bankarska garancija”, a ne “bankarsko jamstvo”.

3. Primjena odredbi ZOO

3.1. Uvod

Problematiku primjene odredbi ZOO o bankarskim garancijama izložit će se s tri motrišta.

S motrišta pitanja primjenjuju li se te odredbe samo na samostalne garancije ili i na akcesorne, tj. bankarska jamstva dio literature i sudska praksa uz raniji ZOO upućivali su na to da bi se odredbe čl. 1083. – 1086. primjenjivale na akcesornu garanciju, tj. bankarsko jamstvo, jer je čl. 1083. definirao takvu garanciju, a odredbe čl. 1087. na samostalnu garanciju.²⁴ Kako pitanje primjene odredbi ZOO s tog motrišta držimo složenijim, te kako novi ZOO u čl. 1039. definira samostalnu garanciju, problematiku primjene odredbi ZOO s tog motrišta prikazat ćemo pri prikazu i usporedbi pojedinih odredbi s odredbama UP MTK.

Pitanje na koji se pravni odnos – od tri pravna odnosa koja postoje u svezi s bankarskim garancijama – odredbe ZOO primjenjuju, bit će obrađeno u nastavku teksta, a pitanje primjene tih odredbi s obzirom na prvenstvo trgovačkih običaja pred dispozitivnim odredbama ZOO bit će načelno obrađeno u nastavku, ali i pri obradi pojedinih odredbi.

3.2. Koja odredba ZOO se primjenjuje na koji pravni odnos

1. U trenutku kad banka izda garanciju njenom korisniku, između tih strana nastaje pravni odnos. No, u tom trenutku već postoje još dva pravna odnosa koja stoje samo u faktičnoj ili i pravnoj svezi s pravnim odnosom između banke garanta i korisnika garancije. To su pravni odnos između korisnika garancije i treće osobe koja je u tom odnosu korisnikov dužnik te pravni odnos između te treće osobe i banke garanta. (Osnovni) pravni odnos između korisnika garancije i trećeg najčešće je ugovor kojim se treći kao dužnik ugovorne obveze, obvezao korisniku pribaviti bankarsku garanciju kao sredstvo za osiguranje ispunjenja te obveze. Pravni odnos između tog trećeg i banke garanta također je ugovor kojim se banka, kao nalogoprimateľ, trećem, kao svom nalogodavatelju, obvezala izdati garanciju u korist njegova vjerovnika, tj. korisnika garancije.²⁵

2. Iz već izloženog pojma bankarske garancije iz čl. 1039. ZOO vidljivo je kako se on odnosi samo na odnos između banke garanta i korisnika bankarske garancije. Na taj odnos primjenjuju se i odredbe čl. 1040.

²⁴ Gorenc, op. cit., a to proizlazi i iz odluka VTSRH Pž-754/92 od 7. travnja 1992. i VSRH Rev 44/1998 od 28. travnja 1999. i Gzz 17/1998 od 28. travnja 1999., koje v. pod br. 1383 i 1375 u Slakoper Zvonimir i sur.: *Sudska praksa 1980. – 2005.* i bibliografija radova uz Zakon o obveznim odnosima, 2005. (dalje: *Sudska praksa*).

²⁵ Ovaj odnos kao ugovor o nalogu kvalificiraju Rosenberg, s. 152. i odluka VSRH, Revt 65/02, od 24. ožujka 2004. u *Sudska praksa*, br. 1396.

– 1043. st. 1. ZOO, što je vidljivo iz njihova izričaja, dok se odredba čl. 1043. st. 2. primjenjuje na odnos između banke garanta i trećeg, tj. njenog nalagodavatelja, a odredba čl. 1043. st. 3. na (osnovni) odnos između korisnika garancije i trećeg, tj. njegova dužnika.

3. Odredba čl. 1043. st. 2. izrijekom određuje da je nalagodavatelj “dužan platiti banci svaki iznos koji je banka platila” na temelju samostalne bankarske garancije. Ova je odredba korisna stoga što otklanja potrebu složenijih tumačenja odredbi o ugovoru o nalogu i njihove primjene na odnos nalagodavatelja i banke i predstavlja jednostavan i jasan pravni temelj bančinog zahtjeva za naknadu svote isplaćene korisniku garancije, te time štiti banku.²⁶ Ipak, tu se odredbu ne smije uzeti doslovno, nego je potrebno protumačiti je u okviru postojećih pravnih odnosa.

Banka garant izdaje garanciju u ispunjenju svoje obveze preuzete prema nalagodavatelju ugovorom o izdavanju bankarske garancije, koji ima karakter ugovora o nalogu, a banka prava i obveze nalogoprimateља. Stoga se ne može doslovno shvatiti da bi nalagodavatelj bio dužan naknaditi banci “svaku” svotu koju je banka platila korisniku temeljem garancije, nego svaku svotu koju je ona platila uredno ispunjavajući svoje obveze prema nalagodavatelju.²⁷ Primjerice, ako bi banka izdala garanciju na svotu veću od svote naznačene u ugovoru o nalogu, ona bi korisniku bila dužna isplatiti je, ali od nalagodavatelja ne bi mogla zahtijevati veću svotu od ugovorene s nalagodavateljem. Ili, ako bi ugovor o izdavanju garancije naznačivao neki uvjet isplate garancije, a banka propustila taj uvjet unijeti u garanciju te izdala bezuvjetnu garanciju, onda bi korisniku bila dužna isplatiti garanciju bezuvjetno, ali od nalagodavatelja ne bi mogla zahtijevati naknadu isplaćenog, osim ako je uvjet ispunjen.

Uz to može se naglasiti kako je isplata garancije korisniku pretpostavka bančinog zahtjeva za naknadu isplaćenog od nalagodavatelja, ali i od njegovih jamaca, odnosno kako ona “stječe regresno pravo ... tek kad obavi isplatu vjerovniku (korisniku garancije)”.²⁸

4. Odredba čl. 1043. st. 3. predstavlja pravno logički nastavak st. 2. istog članka jer u situaciji kad je banka garant najprije isplatila korisniku samostalnu garanciju, a potom je temeljem st. 2. istog članka nalagodavatelj toj banci naknadio isplaćenu svotu, nalagodavatelj koji je ispunio obvezu iz osnovnog odnosa osiguranu garancijom, ili se zbog bilo kojeg drugog razloga u osnovnom odnosu mogao suprotstaviti korisnikovu zahtjevu za ispunjenje, nalazi se u situaciji u kojoj je zbog samostalnosti izdane garancije bio dužan banci naknaditi ono što u osnovnom odnosu nije bio dužan ispuniti korisniku kao svom vjerovniku.

U takvoj faktičnoj situaciji pravni položaj bančinog nalagodavatelja (tj. korisnikova dužnika iz osnovnog odnosa) bio bi vrlo složen i težak

²⁶ Tako odluka VSRH Rev 93/1997. u Sudska praksa, br. 1398.

²⁷ Slično i Vukmir u Gorenc i drugi, s. 1612.

²⁸ Odluka VSH Rev-88/85, od 29. 10. 1985., u Sudska praksa, br. 1377.

zbog pravne odvojenosti tri pravna odnosa koja podrazumijeva izdavanje bankarske garancije. Zbog toga, odnosno zbog poteškoća pri uspostavljanju pravne sveze između osnovnog odnosa i odnosa banke garanta s korisnikom, nalogodavatelj garancije – u situaciji u kojoj je banka isplatila garanciju, a nalogodavatelj bi se korisnikovu zahtjevu mogao suprotstaviti utemeljenim prigovorom – nalogodavatelju bi prema korisniku (kad ne bi postojao st. 3. čl. 1043.) mogao pripadati jedino zahtjev za vraćanjem prema pravilima o stjecanju bez osnove. No, kako nije potpuno sigurno da mu taj zahtjev pripada,²⁹ odredba st. 3. čl. 1043. vrlo je dobrodošla jer izrijeком ustanovljava obvezu korisnika garancije da nalogodavatelju isplati čitavu svotu ili dio svote koju je primio temeljem samostalne garancije, a koji banka ne bi bila dužna isplatiti da se banka zahtjevu za isplatu mogla suprotstaviti onim prigovorima kojima se u osnovnom odnosu nalogodavatelj mogao suprotstaviti korisnikovu zahtjevu za ispunjenje obveze osigurane garancijom.³⁰

Ova odredba, prema stajalištu Vrhovnog suda RH, ustvari onemogućuje stjecanje bez osnove na strani korisnika, koje bi bilo posljedica “dvostruke naplate njegovog potraživanja, jedan put od strane njegovog dužnika iz osnovnog posla, a drugi put temeljem isplate po bankarskoj garanciji”.³¹ Takvo stajalište podržavamo jer bi korisnik garancije u naznačenoj situaciji mogao imati obilježja neosnovano obogaćenog, a nalogodavatelj osiromašenog, ali ističemo kako ne bi bila riječ o dvostrukoj naplati iste tražbine jer je bančina obveza temeljem samostalne garancije njena vlastita obveza koja izvire iz same garancije, pa je i korisnikova tražbina prema banci druga tražbina u odnosu prema tražbini iz osnovnog odnosa koju ima prema bančinom nalogodavatelju.

5. Zaključak o tome na koje se pravne odnose u svezi s bankarskom garancijom primjenjuju odredbe st. 2. i 3. čl. 1043. već smo iznijeli, a izloženo to potvrđuje.

Iz izloženog ujedno proizlazi kako se odredbe čl. 1043. st. 2. i 3. primjenjuju samo u slučajevima izdavanja samostalne bankarske garancije, a ne i u slučajevima izdavanja akcesorne bankarske garancije, tj. bankarskog jamstva. K tome, te odredbe primijenit će se i onda kad se na garanciju primjenjuju UP MTK jer ona ne sadrže odredbe koje bi drukčije uređivale predmet uređenja čl. 1043. st. 2. i st. 3.

²⁹ Nepotpuna sigurnost pripada li nalogodavatelju ovaj zahtjev proizlazi iz okolnosti što je postojala bančina obveza isplate, te iz okolnosti što veza između nalogodavateljeva osiromašenja i korisnikova (neosnovanog) obogaćenja nije izravna.

³⁰ Čl. 1043. st. 3. glasi: “Korisnik jamstva duguje nalogodavcu iznos primljen po osnovi jamstva na koji inače ne bi imao pravo zbog opravdanih prigovora nalogodavca”.

³¹ Odluka VSRH Rev 93/1997.

3.3. Kad se primjenjuju čl. 1039. – 1043. ZOO, a kad UP MTK

Jednu od vrlo značajnih novosti koje je donio novi ZOO predstavljaju odredbe čl. 12. st. 1. – 3. kojima je – sažeto govoreći – za odnose između trgovaca određena prvenstvena primjena trgovačkih običaja i prakse koju su trgovci međusobno razvili, i to čak i onda kad su običaji i praksa suprotni dispozitivnim odredbama ZOO.³² Novost se sastoji u tome što je raniji ZOO u čl. 1107. st. 3. određivao upravo suprotni redoslijed primjene.³³

Strane koje sudjeluju u garantnom poslu redovito imaju svojstvo trgovaca jer su to poglavito pravne – ali i fizičke osobe – koje obrtimice obavljaju gospodarsku djelatnost radi stjecanja dobitka.³⁴ Uz to, one postaju strane u garantnom poslu u obavljanju svojih djelatnosti ili u svezi s obavljanjem njihovih djelatnosti, pa pravni poslovi od kojih se sastoji garantni posao imaju karakter trgovačkih pravnih poslova.³⁵

Godine 1992. Međunarodna trgovačka komora u Publikaciji br. 458 objavila je UP MTK, koja u 28 članaka uređuju značajan broj pitanja u svezi sa samostalnim bankarskim garancijama.³⁶ Tijekom trinaest godina proteklih od objave, primjena UP MTK nije postala široko učestala i proširena³⁷ tako da bi se bez ograde moglo reći kako ta pravila sadrže trgovačke običaje, te da ih stoga treba uzeti i primijeniti kao trgovački običaj. Istovremeno držimo da ta pravila sadrže i odražavaju postojeće trgovačke običaje, te da ih je kao takve moguće primijeniti.

Ako se UP MTK uzmu kao trgovački običaj na prvi pogled – temeljem čl. 12. st. 1. – 3. ZOO – moglo bi se reći kako postojanje UP MTK isključuje primjenu odredbi čl. 1039. – 1043. ZOO i općenito govoreći točno je da

³² Članak 12. st. 1. – 3. novog ZOO glase: (1) U obveznim odnosima među trgovcima primjenjuju se trgovački običaji čiju su primjenu ugovorili i praksa koju su međusobno razvili. (2) U obveznim odnosima iz stavka 1. ovoga članka primjenjuju se i trgovački običaji koje trgovci redovito primjenjuju u istim takvim odnosima, ako sudionici u njima nisu izriječno ili prešutno isključili njihovu primjenu. (3) Trgovački običaji i praksa koju su trgovci međusobno razvili, za čiju su primjenu ispunjene pretpostavke iz ovoga Zakona, primjenjuju se i ako su suprotni dispozitivnom propisu.

³³ Čl. 1107. st. 3. ranijeg ZOO glasi: “Ako su opće ili posebne uzance ili drugi trgovinski poslovni običaji suprotni dispozitivnim normama ovog zakona, primjenjivat će se odredbe ovog zakona, osim ako su strane izričito ugovorile primjenu uzanci odnosno drugih trgovinskih običaja”.

³⁴ Za pojam trgovca v. Filipović/Gorenc/Slakoper: Komentar Zakona o trgovačkim društvima, III izdanje, s. 3. i dalje.

³⁵ Prema odredbi čl. 14. st. 2. ZOO “trgovački ugovori ... jesu ugovori što ih sklapaju trgovci među sobom u obavljanju djelatnosti koje čine predmet poslovanja barem jednoga od njih ili su u vezi s obavljanjem tih djelatnosti”, ali autor govori o pravnim poslovima stoga što drži da ovu odredbu treba primijeniti ne samo na ugovore nego i na jednostrane pravne poslove koji ispunjavaju odredbom utvrđene pretpostavke.

³⁶ Potpuni tekst u engleskom izvorniku i usporednom prijevodu na hrvatski jezik v. u Gorenc/Schwank/Slakoper: Međunarodna pravila za kupoprodaje, plaćanja i arbitraže, 1996. s. 298. – 307.

³⁷ Tako Vukmir u Gorenc i drugi, s. 1601.

UP MTK (ako sadrže trgovačke običaje) imaju prvenstvo pred suprotnim dispozitivnim odredbama koje donosi ZOO. No, trgovački običaji i praksa razvijena među stranama mogu se primijeniti samo ako postoje, a 28 članaka UP MTK neizbježno ostavlja više pravnih praznina koje je nužno popuniti.

Te pravne praznine popunit će odredbe čl. 1039. – 1043. st. 1. ZOO onda kad odnos između banke garanta i korisnika garancije nema međunarodno obilježje, nego ostaje unutar hrvatskog pravnog poretka, i onda kad taj odnos ima međunarodno obilježje, ali pravila međunarodnog privatnog prava upućuju na primjenu hrvatskog prava.

Ova opća pravila o odnosu primjene odredbi koje donosi ZOO i odredbi UP MTK pri obradi pojedinih odredbi ZOO nastojat će se detaljnije prikazati tako da se točno utvrde pravne praznine UP MTK koje se popunjavaju promatranim – ali i drugim - odredbama ZOO, ali i odredbe ZOO suprotne UP MTK koje se neće primijeniti zbog prvenstvene primjene odredbi UP MTK.

Pri tome polazimo od teze da UP MTK zaista sadrže trgovačke običaje i da se stoga trebaju primijeniti.

4. Pisani oblik i posljedice njegove obvezatnosti

1. Bankarske garancije izdaju se u pisanom obliku, te se ponekad pod izrazom “bankarska garancija” ne podrazumijeva pravni odnos između banke garanta i korisnika garancije, nego upravo isprava – najčešće i imenovana kao bankarska garancija - koju banka dostavlja korisniku. Pisani oblik bankarske garancije podrazumijevaju odredbe čl. 2a. i 2d. UP MTK, a strože od toga odredba čl. 1039. st. 3. ZOO – istovjetno kao i odredba čl. 1083. st. 2. ranijeg ZOO – nalaže pisani oblik bankarske garancije. Ta je odredba prisilna, što proizlazi iz uporabe riječi “mora” u njenom izričaju,³⁸ pa nije potrebno posebno obrazlagati potvrdu prisilnosti te odredbe u sudskoj praksi. U odlukama br. Pž-3353/90 od 4. veljače 1992.³⁹ i br. Pž-864/94 od 29. ožujka 1994.⁴⁰ Visoki trgovački sud Republike Hrvatske konstatirao je kako bankarska garancija “mora biti izdana u pisanoj formi” upućujući pritom na citiranu odredbu ZOO, a u bitnom istovjetno i u odlukama Pž-1332/97 od 3. ožujka 1998. i Pž-1768/97 od 1. prosinca 1998.⁴¹

Okolnost što je ova odredba prisilna isključuje prvenstvenu primjenu trgovačkih običaja i ona će se primijeniti neovisno o tome je li se u nekom konkretnom slučaju na bankarsku garanciju primjenjuju UP MTK ili ne primjenjuju.

³⁸ Čl. 1039. st. 3., ZOO: “Jamstvo mora biti izdano u pisanom obliku”.

³⁹ Praxis Iuridica Mercatoria br. 1, Odluka br. 107.

⁴⁰ Informator br. 4204-4205.

⁴¹ Sudska praksa, br. 1387. i 1388.

2. Prema čl. 2d. JP izrazi “pisanje” i “pisani” uključit će vjerodostojnu teletransmisiju ili provjerenu elektronsku razmjenu podataka (“EDI”), poruku koja joj je ekvivalent, dok odredbe ZOO o “bankarskom jamstvu” takve potankosti ne sadrže.

No, ipak i hrvatski pravni poredak dopušta ovakav oblik i načelno ne drži pravni posao ništavim zbog nedostatka oblika ako je poduzet pomoću elektroničkih sredstava komuniciranja, jer se ugovoru sklopljenom očitovanjem volja u obliku elektroničkih poruka tj. elektroničkim putem dane ponude i prihvata, ne može osporiti pravna valjanost samo na temelju činjenice što su ponuda ili prihvata ponude ili oboje očitovani u obliku elektroničkih poruka.⁴² Kako se ova odredba nalazi u dijelu Zakona o elektroničkoj trgovini koji je naslovljen kao “isprave u elektroničkom obliku”, proizlazi da je elektroničkim oblikom sklapanja ugovora udovoljeno zahtjevu pisanog oblika formalnih ugovora.

Isto proizlazi i iz Zakona o elektroničkom potpisu koji izriječno navodi da se “ne može se odbiti prihvaćanje dokumenta samo zbog toga što je sačinjen i izdan u elektroničkom obliku s elektroničkim potpisom ili naprednim elektroničkim potpisom”.⁴³

Stoga je načelno zahtjev pisanog oblika ispunjen i u slučaju očitovanja volja ugovornih strana elektroničkim putem, a isprava u elektroničkom obliku izjednačena s ispravom u tradicionalnom materijalnom obliku. Ujedno pitanju sigurnosti glede postojanja volje, glede sadržaja volje i njenog očitovanja i glede identiteta davatelja izjave treba pristupati na isti način kao i u slučajevima očitovanja volje na sve druge – uključujući i najtradicionalnije – načine.

3. Dosljedno okolnosti što je pisani oblik obvezatan, na bankarske garancije primjenjivat će se pravila ZOO o obvezatnom pisanom obliku pravnih poslova iz čl. 286. – 294. ZOO.

S tim u vezi treba naglasiti kako predmnjeva potpunosti isprave iz čl. 291. st. 1. ZOO, odnosno okolnost što vrijedi samo ono što je u pisanom obliku, dovodi do toga da se sadržaj pravnog odnosa, a napose bančine obveze prema korisniku, određuje isključivo prema tekstu bankarske garancije, te posredno i do toga da nije neumjesno tekst garancije (isprave) poistovjetiti s garancijom.

U ranijoj hrvatskoj sudskoj praksi bilo je kolebanja glede izloženog stava, jer se pri određivanju radi li se o samostalnoj ili akcesornoj garanciji, i dosljedno bančina pravnog položaja, nije polazilo od teksta isprave (garancije) nego od zakonskog pojma prema ranijem ZOO.⁴⁴ No kasnije su

⁴² To proizlazi iz odredbe čl. 9. st. 3. Zakona o elektroničkoj trgovini (NN, 173/03.) koji glasi: “(3) Kada se elektronička poruka, odnosno elektronički oblik koristi kao oblik u sklapanju ugovora, takvu ugovoru neće se osporiti pravna valjanost samo na temelju činjenice da je sastavljen u obliku elektroničke poruke, odnosno u elektroničkom obliku.

⁴³ Čl. 6. Zakona o elektroničkom potpisu (NN, 10/02.).

⁴⁴ Odluka VTSRH Pž-3172/94. od 25. listopada 1994., u Informator br. 4249.

se ta kolebanja smanjila te se može reći kako suvremena hrvatska sudska praksa čvrsto polazi od teksta isprave (garancije) kao mjerodavnog za odluku o vrsti garancije, a time mjerodavnog i za sadržaj odnosa između banke i korisnika. Sudovi tako navode kako se “obveza banke u svakom slučaju cijeni samo prema uvjetima navedenim u garanciji”,⁴⁵ kako je “tuženik preuzeo obvezu prema korisniku garancije isključivo onako kako je to navedeno u ispravi o garanciji”, kako “tuženik kao garant odgovara onoliko i onako kako je preuzeo obvezu u garanciji”, kako se “sama obveza davatelja garancije ... ocjenjuje prema sadržaju isprave o garanciji”,⁴⁶ te kako se “sadržaj i opseg obveze banke prosuđuje isključivo prema tekstu garancije, koji je banka dostavila korisniku”.⁴⁷

S obzirom na predmnjevu potpunosti isprave za nastanak obveze iz garancije nije dovoljno ni preuzimanje obveze na izdavanje garancije, nego je nužno postojanje isprave (garancije).⁴⁸

Druga važna posljedica obvezatnosti pisanog oblika proizlazi iz odredbe čl. 292. st. 1. ZOO prema kojoj “kad je za sklapanje ugovora potrebno sastaviti ispravu, ugovor je sklopljen kad ispravu potpišu ugovorne strane”, iz čega proizlazi da je potpis konstitutivni element isprave (garancije), a kako garancije izdaju pravne osobe, bit će nužan potpis osobe koja je ovlaštena za zastupanje te pravne osobe, tj. banke izdatnika garancije.

I u svezi s ovlaštenjem potpisnika garancije za zastupanje banke izdatnika postoji značajna sudska praksa.

Najstarije autoru poznato stajalište jest da samo interno ovlaštenje osoba “da potpisuju određene akte pa čak i ako su im potpisi deponirani kod SDK⁴⁹ ne daje ujedno i ovlast za zastupanje pri izdavanju bankarske garancije, pa dosljedno s potpisima tih osoba “bankarske garancije ne bi bile pravovaljane”.⁵⁰ Umjesto toga “pravovaljana je bankarska garancija koja je izdana u pisanom obliku, te koja je potpisana od ovlaštene osobe za zastupanje banke” a “bankarska garancija koju nije potpisao zakonski zastupnik niti punomoćnik ne obvezuje banku garanta” jer “potpis ovlaštene osobe je bitan element valjanosti bankarske garancije”.⁵¹

⁴⁵ Odluka VTSRH Pž-2948/92. od 8. prosinca 1992., u Sudska praksa, br. 1373.

⁴⁶ Odluka VTSRH Pž-3067/94. od 15. studeni 1994., u Sudska praksa, br. 1385.

⁴⁷ Odluka VSRH, Revt 65/02. od 24. ožujka 2004.

⁴⁸ Odluka VSRH, Rev 1976/00. od 20. studenoga 2003., u Sudska praksa, br. 1390.

⁴⁹ U vrijeme pisanja ovog rada potpisi ovlaštenika za raspolaganje sredstvima s računa pravne osobe deponiraju se kod banke s kojom je ta osoba sklopila ugovor o obavljanju platnog prometa, a u vrijeme na koje se odnosi odluka to se činilo kod Službe društvenog knjigovodstva tj. SDK.

⁵⁰ Odluka VSH Rev 48/85. od 23. prosinca 1986., u Sudska praksa, br. 1379., a identično i odluke VTSRH Pž-3353/90. od 4. veljače 1992., Pž-864/94. od 29. ožujka 1994. i Pž-1768/97. od 1. prosinca 1998.

⁵¹ Odluka VTSRH, Pž-1768/97. od 1. prosinca 1998.

Jedno posebno pitanje u svezi s ovlašću za zastupanje pojavilo se u sporu u kojem je bankarsku garanciju potpisao upravitelj bančine ekspoziture u čiji djelokrug rada ne ulazi izdavanje bankarskih garancija. Povodom pitanja je li on punomoćnik po zaposlenju, sud je utvrdio kako “upravitelj ekspoziture može se smatrati punomoćnikom po zaposlenju za poslove iz djelokruga poslovanja ekspoziture, a kako u djelokrug poslovanja ekspoziture ne spada i davanje garancije, on za ovaj posao nije punomoćnik po zaposlenju”.⁵²

4. Kako su odredbe ZOO o obvezatnom pisanom obliku, o predmnjevi potpunosti isprave i o potpisivanju isprave u novom ZOO neizmijenjene u odnosu na raniji, u stajalištima sudske prakse ne mogu se očekivati promjene koje bi bile potrebne da su te odredbe promijenjene. Istovremeno praksa će morati početi uzimati u obzir okolnost što se elektroničkom obliku pravnog posla i elektroničkom potpisu ne može odreći valjanost zbog oblika poradi same okolnosti što je posao poduzet, odnosno potpis dan u tom obliku.

5. Kvalifikacija i nastanak bančine obveze prema korisniku

1. Na pitanje trenutka u kojem nastaje bančina obveza prema korisniku odredbe ZOO o “bankarskom jamstvu” ne odgovaraju izrijekom, dok čl. 6. UP MTK sadrži odredbu koju treba shvatiti kao odredbu koja određuje trenutak nastanka obveze iz bankarske garancije i prema toj odredbi obveza u pravilu nastaje od dana izdavanja garancije.⁵³

S njom u vezi treba uočiti kako za nastanak učinaka odredba ne zahtjeva prihvata ili suglasnost ili slično sadržajno istovjetno očitovanje korisnika garancije, što bi upućivalo na potrebu kvalificiranja odnosa banke i korisnika prema UP MTK kao jednostranog pravnog posla. No, kvalificiranje tog odnosa ipak je potrebno obaviti prema odgovarajućem nacionalnom mjerodavnom materijalnom pravu, jer ovo pitanje UP MTK ostavlja otvorenim i time otvara prostor primjeni tog prava. Kako ovaj rad problematiku izlaže sa stajališta hrvatskog prava pitanje kvalifikacije odnosa banke i korisnika bit će obrađeno sa stajališta tog prava, a to znači poglavito sa stajališta ZOO.

2. Prema ZOO za nastanak ugovora nužno je suglasno i uzajamno očitovanje volje dviju strana, koje redovito nastaje tako što očitovanje volje jedne strane ima obilježja ponude, a očitovanje volje druge strane obilježja prihvata.⁵⁴

⁵² Odluka VSRH Rev 58/92. od 12. kolovoza 1992., u Izbor odluka Vrhovnog suda Hrvatske br. 5, odluka br. 9.

⁵³ Čl. 6a. u izvorniku glasi: “Guarantee enters into effect as from the date of its issue unless its terms expressly provide that such entry into effect is to be at a later date or is to be subject to conditions specified in the Guarantee and determinable by the Guarantor on the basis of any documents therein specified”.

⁵⁴ Čl. 247. i 252. st. 1. ZOO.

Prije no što banka korisniku dostavi tekst garancije, najčešće ne postoji njihova uzajamno očitovana suglasnost o točnom sadržaju bančine obveze, jer banka u pravilu ne sudjeluje u sklapanju osnovnog ugovora, a ujedno osnovni ugovor često i ne sadrži točan opis obveze koju će banka kasnije preuzeti garancijom. Nakon sklapanja osnovnog ugovora, povodom sklopljenog ugovora (o nalogu) s korisnikovim dužnikom kao njenim nalogodavateljem, banka garant izrađuje tekst garancije i dostavlja ga korisniku, što bi - u okviru shvaćanja odnosa banke i korisnika kao ugovora – predstavljalo bančinu ponudu korisniku. Dosljedno tom shvaćanju, “ugovor” između banke i korisnika i bančina obveza prema korisniku nastali bi tek u trenutku korisnikova prihvata ponude, njegovim očitovanjem danim banci ili njegovom šutnjom.

Kako banka i korisnik redovito nisu u stalnoj poslovnoj svezi glede iste vrste posla, te kako korisnik nije osoba koja se javno nudi za izvršavanje naloga, niti to pripada u njegovu djelatnost, o prihvatu ponude šutnjom ne može biti riječi.⁵⁵ Svoju volju za prihvata garancije (“ponude”) korisnik redovito uopće ne očituje banci ni na jedan od valjanih načina očitovanja volje. Umjesto toga – budući da je sa stajališta osnovnog ugovora izdavanje bankarske garancije redovito pretpostavka korisnikova započinjanja s ispunjenjem obveza prema njegovu suugovaratelju, tj. bančinom nalogodavatelju – korisnik započinje s ispunjenjem obveza iz osnovnog ugovora.

Ove njegove radnje mogle bi se na prvi pogled uzeti kao konkludentne radnje kojima korisnik očituje prihvata “ponude”, ali podrobnija raščlamba ipak pokazuje kako i dalje izostaje element uzajamnosti jer svoju volju on ne očituje “ponuditelju” (banci) nego trećoj osobi (svom dužniku iz osnovnog odnosa), dok “ponuditelj” (banka) za to očitovanje uopće nužno ne mora saznati. Zbog ove posljednje okolnosti prihvaćanje ugovorne teorije odnosa banke i korisnika dovelo bi to toga da banka uopće ne mora znati je li “ugovor” s korisnikom sklopljen ili nije, odnosno je li njena obveza nastala ili nije, a to bi izazivalo neprihvatljivu pravnu nesigurnost.

Naročito kod samostalnih bankarskih garancija, prihvaćanje teze da korisnikova radnja prema njegovu suugovaratelju iz osnovnog ugovora dovodi do nastanka bančine obveze iz bankarske garancije, predstavljalo bi negaciju samostalnosti pravnog odnosa između banke i korisnika.

S druge strane, obveze iz jednostranih pravnih poslova nastaju obvezivanjem jedne strane, bez potrebe da se druga s time suglasi, i to u pravilu u trenutku kad druga strana primi očitovanje volje za obvezivanjem prve strane. Primjeri za to su ponuda i prihvata ponude, koji su jednostrani pravni poslovi i proizvode učinke čim druga strana primi očitovanje tj. ponudu odnosno prihvata ponude.

⁵⁵ Sažeto govoreći, prema odredbama čl. 265. st. 3. – 5. ZOO šutnja predstavlja prihvata ponude kad postoji stalna poslovna sveza između ponuditelja i ponudenog, te kad se ponudeni javno nudi za izvršavanje naloga ili to pripada u njegovu djelatnost.

Imajući u vidu prvo nepostojanje suglasnog i uzajamnog očitovanja između banke i korisnika, zatim udovoljavanje bankarske garancije pretpostavkama postojanja jednostranog pravnog posla, te konačno i odredbu čl. 6. UP MTK, zaključujemo da odnos banke i korisnika prema pravilima hrvatskog obveznog prava treba kvalificirati kao jednostrani pravni posao.

3. Različito od autorove raščlambe, poredbena literatura pretežno zastupa gledište kako bi odnos banke i korisnika bio ugovor,⁵⁶ pri čemu se izriječom navodi i kako to ne bi bio jednostrani pravni posao,⁵⁷ kako i u tom odnosu postoje ponuda i prihvata, te kako bančina obveza nastaje u trenutku kad korisnik prihvati garanciju.⁵⁸ No, navodi se i kako belgijska pravna književnost ovaj odnos vidi kao jednostrani pravni posao, te kako je nizozemska pravna književnost podijeljena.⁵⁹

4. U hrvatskom obveznom pravu za nastanak učinaka očitovanja volje, npr. za nastanak obveze, u pravilu je potreban primitak očitovanja, a prema odredbi čl. 6 UP MTK garancija stupa na snagu njenim "izdavanjem",⁶⁰ što bi moglo biti shvaćeno kao da obveza iz garancije nastaje već u trenutku kad je banka izradila, a njen ovlaštenu zastupnik potpisao, tekst garancije odnosno ispravu koju će tek dostaviti korisniku.

Jedinu iznimku od spomenutog pravila o nužnosti primanja očitovanja o obvezivanju u hrvatskom obveznom pravu predstavljaju vrijednosni papiri na donositelja, i to samo u odnosu na savjesnog stjecatelja, jer savjesni stjecatelj stječe pravo iz papira i "kad je vrijednosni papir izašao iz ruku njegova izdavatelja, odnosno njegova prijašnjeg imatelja i bez njegove volje".⁶¹ Ali kako bankarska garancija nije vrijednosni papir, ova se iznimka ne odnosi na nju i potrebno je primijeniti opće pravilo.

K tome, i u dijelu literature se izraz "izdavanje" rabi na način koji može podrazumijevati priopćavanje, tj. dostavu isprave (garancije) korisniku.⁶²

Zbog toga držimo kako treba stati na stajalište da bančina obveza prema korisniku nastaje u trenutku kad korisnik primi garanciju (ispravu).

⁵⁶ Bannier s. 79 i tamo navedena literatura, Palandt s. 1134, i Avancini/Iro/Koziol II, s. 282

⁵⁷ Avancini/Iro/Koziol II, s. 282

⁵⁸ Bannier, s. 77.

⁵⁹ Bertrams, R. I. V. F.: *Bank Guarantees in International Trade*, 1990. (dalje: Bertrams), s. 183. , a tamo v. i iscrpnu argumentaciju u prilog oba stajališta o pravnoj prirodi odnosa banke i korisnika.

⁶⁰ "Issue"

⁶¹ Čl. 1140. st. 4. ZOO. Podrobnije v. Slakoper u Gorenc i drugi, s. 1792. i dalje.

⁶² Bertrams, s. 84.

6. Sadržaj i obilježja bančine obveze prema korisniku

6.1. Uvod

Bančina obveza prema korisniku (samostalne) bankarske garancije jest novčana, samostalna, apstraktna, vremenski ograničena raskidnim rokom i strogo osobna prema korisniku, a može biti uvjetna.

Prva četiri obilježja izložit će se u nastavku, mogućnost da bančina obveza bude uvjetna izložit će se u okviru izlaganja o pretpostavkama isplate, a okolnost da je ta obveza strogo osobna obveza prema korisniku proizlazi iz pravila o neprenosivosti bankarskih garancija, te će se izložiti u okviru izlaganja o njihovoj prenosivosti.

6.2. Novčani karakter obveze

Obveza iz (samostalne) bankarske garancije novčana je obveza banke prema korisniku garancije i prvo je potrebno konstatirati okolnost da je određena ili određiva novčana obveza banke garanta bitan sastojak (samostalne) bankarske garancije. To neprijeporno proizlazi iz spominjanja novčane svote u čl. 1039. st. 1. ZOO i čl. 2a. i 3. UP MTK. Bančina novčana obveza redovito će biti određena – a ne samo određiva – jer bankarske garancije u praksi sadrže određenu najvišu svotu i valutu tj. novčanu jedinicu u kojoj je izražena novčana svota koju se banka obvezuje isplatiti korisniku.

Bančina obveza iz bankarske garancije uvijek je novčana obveza, i to neovisno o vrsti obveze čije se ispunjenje osigurava izdavanjem bankarske garancije.⁶³ Ovo je potrebno naznačiti s obzirom na okolnost što se bankarske garancije prema svrsi izdavanja redovito dijele na garancije za ozbiljnost ponude, garancije za dobro izvršenje posla i garancije plaćanja, pa bi manje upućeni mogli povezati vrstu obveze čije se ispunjenje osigurava garancijom s bančinom obvezom iz garancije. Dakle, neovisno o vrsti obveze čije ispunjenje se garancijom osigurava, bančina obveza iz bankarske garancije uvijek je novčana obveza, a nikad nenovčana.

To podjednako proizlazi iz odredbe čl. 1040. ZOO⁶⁴ – koja je sadržajno istovjetna odredbi čl. 1084. ranijeg ZOO – i odredbe čl. 2a. UP MTK, tako da se ovdje povodom donošenja novog ZOO ne mogu očekivati promjene. Također se s obzirom na bitnu istovjetnost odredbi ZOO i UP MTK ne otvara pitanje prvenstva primjene ovih pravnih izvora. K tome držimo da izložena pravila treba primijeniti na (samostalne) bankarske garancije uvijek (jer iz odredbe čl. 1039. st. 1. proizlazi da je novčana svota njihov bitni sastojak),

⁶³ Tako i Vukmir u Gorenc i drugi, s. 1606. – 1607. i Avancini/Iro/Koziol, s. 289.

⁶⁴ Čl. 1040. ZOO glasi: "Banka namiruje obvezu iz jamstva u novcu i u slučaju da se jamstvom osigurava nenovčana obveza."

a na bankarska jamstva (akcesorne garancije) u svim slučajevima u kojima je bančina obveza izražena u novčanom iznosu.

S druge strane, ako bančina obveza iz bankarskog jamstva ne bi bila određena u novcu – nego primjerice upućivanjem na nenovčanu obvezu iz osnovnog ugovora za čije ispunjenje banka jamči – bila bi otvorena pitanja valjanosti jamstva i primjene čl. 1040.

Pitanje valjanosti jamstva bilo bi otvoreno zbog okolnosti što iz čl. 1039. st. 1. proizlazi da je novčana obveza bitan sastojak, a pitanje primjene čl. 1040. zbog okolnosti što čl. 1039. st. 1. i 2. definiraju (samostalnu) bankarsku garanciju, a ne bankarsko jamstvo. Polazeći od načela *favor negotii*, dužne pozornosti banke i savjesnosti i poštenja, držimo da bi i u tom slučaju bančina obveza prema korisniku bila valjana. Zbog istih razloga držimo da bi odredbu čl. 1040. trebalo primijeniti uvijek kad je moguće utvrditi novčani ekvivalent osigurane nenovčane obveze, a ako to ne bi bilo moguće, da bi umjesto te odredbe trebalo primijeniti odredbe o obvezi jamca⁶⁵ i opće odredbe o određenosti obveze.

6.3. Samostalnost (neovisnost) obveze

1. Prema odredbi čl. 1039. st. 2. ZOO bankarska je garancija “samostalna obveza banke neovisna o osnovnom poslu”, a bitno istovjetno rješenje sadrži i čl. 2b. UP MTK. No, dok ZOO u čl. 1039. st. 2. ne sadrži daljnje objašnjenje pojma samostalnosti odnosno neovisnosti o osnovnom poslu, čl. 2b. UP MTK u nastavku pojam samostalnosti bančine obveze prema korisniku opisuje kroz položaj banaka kojih “se ni na koji način ne tiču niti ih obvezuju” osnovni ugovori ili uvjeti natječaja povodom kojih su one izdane i to čak ni onda kad se garancije na njih pozivaju. “Obveza garanta je platiti navedenu svotu ili svote po podnošenju pisanog zahtjeva za plaćanje i drugih dokumenata navedenih u garanciji koji su izgledom u skladu s uvjetima garancije”,⁶⁶ a takav položaj potvrđuje i odredba čl. 16. UP MTK koja sukladno citiranom navodi kako je banka garant “odgovorna korisniku samo sukladno pretpostavkama navedenim u garanciji”.⁶⁷

⁶⁵ Npr. Čl. 108. i 109. ZOO.

⁶⁶ Odredba čl. 2b. UP MTK u izvorniku glasi: “Guarantees by their nature are separate transactions from the contract(s) or tender conditions on which they may be based, and Guarantors are in no way concerned with or bound by such contract(s), or tender conditions, despite the inclusion of a reference to them in the Guarantee. The duty of a Guarantor under a Guarantee is to pay the sum or sums therein stated on the presentation of a written demand for payment and other documents specified in the Guarantee which appear on their face to be in accordance with the terms of the Guarantee”.

⁶⁷ Odredba čl. 16. UP MTK u izvorniku glasi: “Guarantor is liable to the Beneficiary only in accordance with the terms specified in the Guarantee and any amendment(s) thereto and in these Rules, and up to an amount not exceeding that stated in the Guarantee and any amendment(s) thereto”.

Široki opis samostalnosti, odnosno neovisnosti bančine obveze prema korisniku, u odnosu prema osnovnom pravnom poslu ukazuje na nepostojanje pravne veze između tog posla i odnosa banke s korisnikom, te izričito naznačuje kako su jedino “uvjeti” - odnosno bolje rečeno pretpostavke isplate - navedeni u tekstu isprave (garancije) relevantni za ocjenu odnosa banke i korisnika.⁶⁸

2. Iako raniji ZOO nije sadržavao pojam (samostalne) bankarske garancije, ni opću naznaku o njenoj samostalnosti, takve su garancije postojale, a pojam takve garancije izvodio se iz čl. 1087. st. 1. - kojem je sadržajno identičan sadašnji čl. 1043. st. 1. – i pravne literature. Stoga su sadržaj pojma samostalnosti hrvatski sudovi opisivali na različite načine, od kojih su neki već citirani u izlaganju o posljedicama obvezatnosti pisanog oblika garancije. Tim stajalištima treba dodati još neka stajališta, a naročito ona koja ukazuju na razlike između samostalne garancije i akcesorne garancije tj. bankarskog jamstva.

Samostalnost znači da “banka na osnovi bankarske garancije ispunjava svoju obvezu iz garancije. Obveza banke iz bankarske garancije je onolika koliko je to u pismenoj ispravi o garanciji naznačeno, bez obzira na to je li u međuvremenu došlo do povećanja duga dužnikovom krivnjom ili njegovim zakašnjenjem”.⁶⁹ Ona također znači ako su samostalne garancije “pravno neovisne od postojanja i pravovaljanosti osnovnih ugovora”,⁷⁰ “pa za njihovo ostvarenje nije potrebno ispitivati prigovore koje nalagodavac kao dužnik može isticati prema korisniku iz osnovnog posla”,⁷¹ odnosno “u parnici između korisnika garancije i banke dužnikovo ispunjenje obveze nije relevantna činjenica”.⁷²

Samostalnost bankarske garancije na istovjetan način vidi i literatura.⁷³

3. Do samostalnosti izdane bankarske garancije prema odredbi čl. 1087. st. 1. ranijeg ZOO dovođila je uporaba izraza “bez prigovora”, “na prvi poziv” ili riječi istog značenja u ispravi (garanciji). Ta dva izraza preuzeta su iz poslovne prakse, te su bila i ostala (u čl. 1043. st. 1.) navedena samo primjerice, a isti učinak proizvodile su i proizvode i druge “riječi koje imaju isto značenje”.⁷⁴

⁶⁸ V. bilj. 7.

⁶⁹ Odluka VSRH Rev 29/1994., u Sudska praksa, br. 1395, a gotovo posve identično odluka VTSRH Pž-2948/92., od 8. prosinca 1992.

⁷⁰ Odluka VTSRH Pž-3266/94. od 8. travnja 1997., u Sudska praksa, br. 1386.

⁷¹ Odluka VSRH Rev 93/1997. i odluka VTSRH, Pž-3266/94. od 8. travnja 1997., u Sudska praksa, br. 1386.

⁷² Odluka PS, Pž-3239/90. od 5. ožujka 1991., u Sudska praksa, br. 1382.

⁷³ Bertrams, s. 17., Rosenberg, s. 140., i s. 142., Gorenc, s. 1325.

⁷⁴ Prema odluci austrijskog Vrhovnog suda od 28. 09. 1998. u Nobbe, Gerd: Bankrecht – Aktuelle hoechst- und obergerichtliche Rechtsprechung, 1999. (dalje: Nobbe), s. 409., da bi garancija imala karakter samostalne tj. garancije na prvi poziv ne mora se u tekstu tako nazivati, nego je dovoljno da iz sadržaja jednoznačno proizlazi da će banka sama platiti povodom traženja korisnika.

Isto značenje kao ovi izrazi, prema stajalištima hrvatskih sudova imaju izrazi “bezuvjetno”,⁷⁵ “bezuvjetno i neopozivo na prvi pismeni poziv korisnika garancije”⁷⁶ i “neopozivo”.⁷⁷ Izraz “bezuvjetno” u poslovnoj se praksi često rabi za označavanje samostalnosti garancije, ali je u arbitražnoj praksi moguće pronaći i stajalište kako samo uvrštenje tog izraza u garanciju “nije dovoljno za dokazati apstraktnu prirodu garancije.”⁷⁸

Za stajalište kako isti smisao ima izraz “neopoziv” VTS RH iznio je dva razloga. Radilo se o garanciji “koja je sklopljena na unaprijed odštampanim sadržajem, na kojem su samo naknadno unijeti strojem naziv korisnika... i drugi relevantni elementi”. Okolnost što se radilo o slučaju kad je ugovor sklopljen prema unaprijed odštampanom sadržaju zahtijevala je primjenu odredbe čl. 100. ZOO o tumačenju ugovora u takvom slučaju. Budući će se prema toj odredbi u takvom slučaju “nejasne odredbe tumačiti ... u korist druge strane”, riječ “neopozivo” valjalo je protumačiti u korist korisnika bankarske garancije. Uz to sud je držao “da se radi o riječi koja standardno znači da se radi o garanciji “bez prigovora”, budući da ona (riječ “neopozivo” - op. a.) u protivnom ne bi imala nikakve svrhe”.⁷⁹

U svezi s tim razlozima prvo treba uočiti kako sud nije obrazložio propuštanje primjene odredbe čl. 101. o tumačenju nejasnih odredbi u ugovoru bez naknade, koja bi se mogla ocijeniti kao *lex specialis* u odnosu prema odredbi čl. 100. Nadalje treba uočiti kako - posve suprotno stavu da izraz neopozivo ne bi imao nikakve svrhe osim naznačivanja samostalnosti garancije – UP MTK taj izraz uzima posve drukčije jer navodi kako su “sve garancije i protugarancije ... neopozive osim ako je drukčije naznačeno”.⁸⁰ To znači da bankarske garancije mogu biti neopozive ili opozive, tj. da banka garant pri izdavanju svoju obvezu prema korisnikom može učiniti opozivom, a ako ona to ne učini, da će garancija biti neopoziva.

Kako su garancije uređene UP MTK i onako samostalne, neopozivost nikako ne može značiti samostalnost garancije, nego nemogućnost banke da opozove garanciju, tj. da jednostranom izjavom volje izazove prestanak vlastite obveze iz garancije. Stav UP MTK o neopozivosti garancije – osim ako je drukčije naznačeno – k tome je sukladan pravilu o neopozivosti valjanog očitovanja volje kojim je nastala obveza – osim ako primatelj očitovanja najkasnije s očitovanjem ne bi primio izjavu o opozivosti odnosno neobvezatnosti očitovanja, koje je pravilo jednostavno izvesti iz pravila o neopozivosti ponude i prihvata ponude.⁸¹

⁷⁵ Odluka PS Pž-3239/90. od 5. 3. 1991.

⁷⁶ Odluka VTSRH, Pž-3266/94. od 8. travnja 1997. i Odluka VSRH Rev 93/1997.

⁷⁷ Odluka VTSRH Pž-1682/93. od 23. studenog 1993.

⁷⁸ Odluka arbitraže MTK br. 3316. od 23. listopada 1979., prema Collection of ICC Arbitral Awards 1974 – 1985, s. 90.

⁷⁹ Odluka VTSRH Pž-1682/93. od 23. studenog 1993., u Sudska praksa, br. 1397.

⁸⁰ Čl. 5. UP MTK.

⁸¹ Čl. 257. I čl. 262. st. 3. ZOO.

Stoga autor ne može prihvatiti stajalište da bi izraz “neopoziv” u tekstu garancije, imao isto značenje kao izrazi “bez prigovora” i “na prvi poziv”, nego taj izraz treba shvatiti kao naglasak nemogućnosti banke da jednostrano opozove odnosno izazove prestanak svoje obveze iz garancije.

4. Bitno je drukčije od samostalne bankarske garancije, akcesorna garancija, tj. bankarsko jamstvo “samo specijalni oblik jamstva” pa se na nju “imaju primjenjivati odredbe o jamstvu, ukoliko neki odnos ne može biti razriješen (nije regulirano) odredbama glave XXXVIII. ranijeg ZOO”,⁸² odnosno “pravni odnos koji nastaje izdavanjem bankarske garancije jeste po svojoj pravnoj prirodi ugovor o jamstvu”.⁸³ Dok izdatnik samostalne garancije ispunjava svoju vlastitu obvezu izdatnik akcesorne garancije tj. bankarskog jamstva kao “jamac ispunjava tuđu (dužnikovu) obvezu”⁸⁴ i to “obvezu dužnika iz osnovnog posla i stupa u njegov položaj”.⁸⁵ Stoga “akcesorna garancija je ovisna o postojanju obveze dužnika iz osnovnog ugovora (nastaje, traje i prestaje s nastankom, postojanjem i prestankom obveze dužnika iz osnovnog ugovora)”,⁸⁶ a dosljedno podrednoj primjeni odredbi o jamstvu, korisnik akcesorne garancije u slučaju dužnikova stečaja dužan je “prijaviti svoje potraživanje u stečaj ... kako tuženiku (garantu) ne bi odgovarao za štetu”⁸⁷ prema odredbi čl. 1007. st. 1. ranijeg ZOO. Okolnost što je akcesorna garancija poseban oblik jamstva dovodi i do odgovornosti banke garanta ne samo za glavnica nego i za kamate,⁸⁸ a za obveze glavnog dužnika banka odgovara solidarno jer “prema odredbi st. 4. čl. 1004. (ranijeg – op. a.) Zakona o obveznim odnosima jamac za obvezu nastalu iz ugovora u privredi ... odgovara kao jamac platac...”.⁸⁹

Ova obilježja akcesorne garancije, tj. bankarskog jamstva sustavno su izložena i uspoređena s obilježjima samostalnih garancija i u hrvatskoj literaturi.⁹⁰

5. Iz izloženoga vidljivo je kako su opisi sadržaja pojma samostalnosti bankarske garancije u hrvatskoj sudskoj praksi i posljedice njezine samostalnosti, sukladni sadržaju i posljedicama samostalnosti kako je vide poredbena literatura i sudska praksa. Zbog toga, kao i zbog toga što je svemu tome sukladna sadašnja definicija (samostalne) bankarske garancije iz čl. 1039. st. 1. i 2. ZOO – uz potporu čl. 1043. st. 1. – ne postavlja se pitanje prvenstva ZOO ili UP MTK u ovom pogledu.

⁸² Odluka VTSRH Pž-754/92. od 7. travnja 1992., a gotovo posve identično i odluke VSRH Rev 44/1998. od 28. travnja 1999. i Gzz 17/1998. od 28. travnja 1999.

⁸³ Odluka VTSRH Pž-1268/93. od 15. lipnja 1993. u Sudska praksa, br. 1374.

⁸⁴ Odluka VSRH Rev 29/1994. u Sudska praksa, br. 1395.

⁸⁵ Odluka VTSRH Pž-2948/92. od 8. prosinca 1992.

⁸⁶ Odluka VSRH, Revt 65/02. od 24. ožujka 2004.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Odluka VTSRH Pž-1268/93. od 15. lipnja 1993.

⁸⁹ Odluka VTSRH Pž-3172/94. od 25. listopada 1994.

⁹⁰ Rosenberg, s. 142.

6. Međutim, pogrešno imenovanje (samostalne) bankarske garancije kao bankarskog jamstva, uz zadržavanje sadržaja ranijeg čl. 1087. st. 1. (sad čl. 1043. st. 1.) otvaraju određena pitanja u svezi s bankarskim jamstvima, tj. akcesornim bankarskim garancijama.

Jednostavno govoreći, tumačenje odredbe čl. 1043. st. 1. *a contrario* dovodilo bi do zaključka kako isprava (garancija) koja odgovara opisu “bankarskog jamstva” iz čl. 1039. st. 1., ali bez naznake “na prvi poziv”, “bez prigovora” ili bitno istovjetnog, nije samostalna nego akcesorna bankarska garancija, tj. bankarsko jamstvo. Ali takav bi zaključak istovremeno bio protivan izričitoj naznaci st. 2. čl. 1039. prema kojoj su “bankarska jamstva” samostalna (sic!).

Je li time novi ZOO doveo do toga da svaka isprava kojom se banka obvezuje na plaćanje određenoga novčanog iznosa, bez obzira na to kako je nazvana, i bez naznake “bez prigovora” ili “na prvi poziv”, na pisani zahtjev korisnika, predstavlja samostalnu bankarsku garanciju?⁹¹

Svaka isprava koja sadrži elemente iz čl. 1039. st. 1., a izda je banka i dostavi vjerovniku svog nalogodavatelja, ne može samo zbog svojeg pisanog oblika i sadržaja biti proglašena samostalnom bankarskom garancijom, jer bi to u značajnoj mjeri isključilo mogućnost da banka bude jamac, nego bankarsko jamstvo kao oblik jamstva treba postojati i dalje.

K tome, bilo da se radi o bankarskom jamstvu ili (samostalnoj) bankarskoj garanciji, banka od svog vjerovnika u tom odnosu ne prima protučinidbu zauzvrat svoje obveze, pa na tumačenje isprave treba primijeniti odredbu o tumačenju nejasnih odredbi besplatnih ugovora prema kojoj “nejasne odredbe u besplatnom ugovoru treba tumačiti u smislu koji je manje tegotan za dužnika”.⁹² Kako se u slučaju izdavanja bankarskog jamstva, tj. akcesorne bankarske garancije zahtjevu vjerovnika može suprotstaviti i prigovorima iz osnovnog odnosa – a u slučaju izdavanja samostalne bankarske garancije ne može – tumačenje, odnosno shvaćanje izdane isprave kao bankarskog jamstva, tj. akcesorne garancije očito je manje “tegotno” za banku i stoga ga u načelu treba prihvatiti.

Takvo tumačenje posebno treba prihvatiti kad bi isprava bila naslovljena kao bankarsko jamstvo, i to zato što banke imaju svojstvo trgovca i u pravilu posjeduju pravno obrazovanje potrebno kako bi se pretpostavilo da izrazi koje rabe u poslovanju odgovaraju njihovoj pravoj namjeri ne samo s ekonomskog nego i pravnog stajališta.

Sve to, razumljivo, pod pretpostavkom da isprava ne sadrži naznaku “bez prigovora”, “na prvi poziv” ili sličnu bitno istovjetnu.

Ukratko dakle, ako isprava kojom se banka obvezuje na plaćanje određenog novčanog iznosa na pisani zahtjev korisnika sadrži naznaku “bez prigovora”, “na prvi poziv” ili sličnu sadržajno bitno istovjetnu, radi se o

⁹¹ Isti problem uočava i Vukmir u Gorenc i drugi, s. 1603. – 1604.

⁹² Čl. 320. st. 2. ZOO.

samostalnoj bankarskoj garanciji. Suprotno, ako isprava ne sadrži takvu naznaku – a posebno ako je naslovljena kao bankarsko jamstvo – a cjelokupne okolnosti slučaja ne upućuju na drukčiji zaključak, temeljem čl. 320. st. 2. ZOO ispravu treba tumačiti odnosno uzeti kao bankarsko jamstvo tj. kao akcesornu bankarsku garanciju.

7. Iako se samostalnost (nezavisnost) odnosa banke i korisnika promatra i iscrpno obrađuje u odnosu prema osnovnom pravnom poslu, ne smije se izostaviti ni činjenica kako samostalnost postoji i u odnosu prema ugovoru između nalagodavatelja i banke.

Iako to izrijeckom ne spominje ni ZOO ni čl. 2b. UP MTK, literatura i sudska praksa stoje na tom stajalištu.⁹³

Korisnik garancije niti zna niti može ili treba znati za sadržaj ugovora između nalagodavatelja i banke garanta, nego znade samo za tekst bankarske garancije koji je primio. K tome, pravila o učincima obvezatnog pisanog oblika pravnog posla u svezi s nužnošću da se volja očituje drugoj strani pravnog posla, a ne nekom trećem, dovode do zaključka kako se u odnosu između banke garanta i korisnika sadržaj bančine obveze može utvrđivati jedino iz teksta bankarske garancije koji je dostavljen korisniku. Zbog toga je obveza iz bankarske garancije neovisna ne samo o osnovnom poslu, nego i o ugovoru (o izdavanju garancije) između nalagodavatelja i banke garanta.

6.4. Apstraktnost obveze

Jedna od više podjela pravnih poslova jest podjela na kauzalne i apstraktne pravne poslove. Pojam kauzalnih pravnih poslova proizlazi iz pojma kauze koja bi bila “pravno izražena gospodarska svrha koja se ostvaruje izvršenjem ugovornih obveza”,⁹⁴ odnosno “objektivno postavljena i pravno oblikovana gospodarska svrha”.⁹⁵ Polazeći od takvog shvaćanja kauze, kauzalni pravni poslovi bili bi oni iz čijeg je sadržaja vidljiva i u kojima se nalazi kauza,⁹⁶ a apstraktni oni u čijem sadržaju se kauza ne nalazi, odnosno u kojima ona nije vidljiva. Primjeri apstraktnih pravnih poslova su mjenični i čekovni poslovi.⁹⁷

⁹³ Prema odluci njemačkog Saveznog suda, od 10. 11. 1998., (u Nobbe, s. 407. i s. 409.) “pravni odnos između nalagodavatelja i banke (odnos valute) ima značenje za odnos između banke i korisnika samo onda kad to proizlazi iz garancijskog ugovora između banke i korisnika”, pa “prijeporna pravna i činjenična pitanja iz odnosa valute trebaju biti isključena iz odnosa banke i korisnika”.

⁹⁴ Vedriš/Klarić: *Gradansko pravo*, 4. izdanje, s. 140.

⁹⁵ Gorenc, s. 69.

⁹⁶ Usp. Vuković, Mihajlo: *Opći dio gradanskog prava*, knjiga II, 1960., s. 238., Palandt, s. 74., Schwenger, Ingeborg: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2003. (dalje: Schwenger), s. 15. – 18.

⁹⁷ Schwenger, s. 16.

Bančina obveza prema korisniku apstraktna⁹⁸ je upravo zato što garancija – isprava koja sadrži bančinu obvezu - u sebi ne sadrži kauzu⁹⁹ na isti način kao što kauzu ne sadrže ni mjenični niti čekovni poslovi. Iz garancije (isprave) razvidan je jedino sadržaj bančine obveze, ali ne i gospodarska svrha obvezivanja. Okolnost što je ta svrha (kauza) vidljiva onda kad se promotre i preostali pravni odnosi koji postoje u svezi s bankarskom garancijom, nije odlučujuća jer u promatranom pravnom odnosu između banke i korisnika kauza i dalje nije sadržana ni vidljiva.

Pravni odnos između banke i korisnika samostalne garancije čini apstraktnim upravo pravna samostalnost tog odnosa prema ostalim pravnim odnosima koji postoje u svezi s bankarskom garancijom, a kad bi međusobna pravna veza postojala, onda bi i pravni odnos banke i korisnika bio kauzalan jer bi sadržavao kauzu i ona bi bila vidljiva.

6.5. Vremenski ograničena raskidnim rokom

1. Bančina obveza prema korisniku nastaje u trenutku kad korisnik primi garanciju (ispravu) prema stajalištu autora, odnosno u trenutku kad korisnik prihvati garanciju kao ponudu za sklapanje ugovora koji nastaje između njih prema drukčijem stajalištu zastupljenom u korištenoj literaturi, a to proizlazi i iz općih pravila ZOO o vremenu nastanka obveza iz pravnih poslova.

Odredbe ZOO o bankarskoj garanciji ne sadrže naznaku o trajanju bančine garantne obveze prema korisniku, ali u poslovnoj praksi bankarske garancije redovito sadrže odredbu o nadnevku čijim istekom ili o događaju čijim nastupom garancija istječe, a unošenje takve odredbe u bankarske garancije nalaže čl. 3. UP MTK. Rok koji istječe na dan naznačen u garanciji ima karakter raskidnog roka, a događaj karakter raskidnog uvjeta, jer samim istekom tog roka odnosno nastupom tog događaja prestaju postojati pravni učinci izdane garancije odnosno bančina garantna obveza.¹⁰⁰

Rok čijim istekom prestaju pravni učinci odnosno bančina obveza u poslovnoj praksi i UP MTK naziva se “nadnevak isteka”,¹⁰¹ a događaj koji stvara isti učinak naziva se “događaj isteka”,¹⁰² te UP MTK i poslovna praksa dosljedno rabe izraz “istek garancije” za označavanje isteka raskidnog roka i prestanak pravnih učinaka, odnosno bančine obveze prema korisniku. Dapače, UP MTK u čl. 22. – 26. sadrže odredbe koje iscrpno uređuju više pitanja u svezi s nadnevcima odnosno događajima čijim istekom odnosno nastupom prestaju učinci garancija.

⁹⁸ Avancini/Iro/Koziol, s. 247., Schwintowski/Schaeffer, s. 758., Vukmir, s. 56., Rosenberg, s. 147.

⁹⁹ Avancini/Iro/Koziol, *ibid.*

¹⁰⁰ Čl. 297. st. 3. i čl. 301. ZOO.

¹⁰¹ “Expiry date”.

¹⁰² “Expiry event”.

Kako ZOO ne sadrži takve odredbe, i na pitanje roka valjanosti i isteka bankarske garancije, primijenit će se odredbe UP MTK kao trgovački običaj, ako se ocijeni da takav trgovački običaj postoji i da ga odredbe UP MTK točno izražavaju.

Sažeto govoreći, to znači da će garancija koja sadrži i naznaku nadnevka isteka i događaja isteka, isteći u trenutku kad nastupi prvo od toga.¹⁰³ Učinak prestanka bančine obveze imat će i vraćanje garancije banci, a i korisnikovo pisano očitovanje o odricanju od prava iz garancije odnosno oslobođenju banke od garantne obveze, s time što u ovom slučaju za postizanje spomenutog učinka nije potrebno vraćanje isprave banci.¹⁰⁴ Važno je naglasiti i kako za prestanak bančine obveze u slučajevima isteka garancije, isplate garancije ili na drugi način, sama činjenica što je korisnik zadržao ispravu ne znači očuvanje bilo kojeg njegovog prava iz garancije,¹⁰⁵ a važnost toga proizlazi iz dvojbi koje u poslovnoj praksi ponekad postoje. Naime, garancije (isprave) često sadrže naznaku o dužnosti korisnika da po isteku garancije ispravu vrati banci garantu, pa poslovna praksa znade postaviti pitanje ne bi li zadržavanje isprave značilo očuvanje prava. Kao što je rečeno, ne bi.

2. Rok valjanosti bankarskih garancija predstavljao je prijeporno pitanje u slučaju kad je bankarska garancija izdana s rokom valjanosti do dana kad je dospijevala obveza bančina nalogodavatelja prema korisniku iz osnovnog odnosa, a sud je zauzeo stajalište kako se radi o nemogućem raskidnom roku na koji treba primijeniti pravilo o nemogućem raskidnom uvjetu – koji se smatra nepostojećim prema čl. 75. st. 2. ranijeg ZOO - te dosljedno izrekao kako “klauzula unesena u bankarsku garanciju po kojoj važnost garancije prestaje na dan dospelosti obveze glavnog dužnika ne proizvodi pravne učinke”, a “tužitelj svoja prava iz ugovora o garanciji može ostvarivati u istom roku kao što bi mogao prema svom dužniku iz pravnog posla za koji je garancija izdana”.¹⁰⁶

Po mišljenju autora takav stav bio bi neutemeljen ako bi se radilo o samostalnoj bankarskoj garanciji, a ako bi se radilo o akcesornoj, tj. o bankarskom jamstvu, takav bi stav mogao biti opravdan ako bi se utvrdilo da je unošenje takvog roka garancije bilo protivno načelu savjesnosti i poštenja i svrsi pravnog posla.

¹⁰³ Čl. 22. UP MTK.

¹⁰⁴ Čl. 23. UP MTK.

¹⁰⁵ Čl. 24. UP MTK.

¹⁰⁶ Odluka VTSRH Pž-1096/90. od 11. rujna 1990. O tome iscrpnije v. u Slakoper, Zvonimir: Rok važenja akcesorne bankovne garancije, u Računovodstvo, revizija i financije, br. 4/94. i Slakoper, Zvonimir: Recent Cases on Bank Guarantees in Croatian Courts, u Review of Central and East European Law, 1996, no. 6.

7. *Pretpostavke isplate*

7.1. *Pisani zahtjev korisnika*

1. Prema tekstu čl. 1039. st. 1. bankarskom garancijom banka se obvezuje isplatiti garantiranu svotu “na pisani zahtjev korisnika garancije”, a pisani zahtjev korisnika bit će pretpostavka bančine obveze isplate i prema čl. 20. UP MTK.¹⁰⁷ Nužnost pisanog zahtjeva za isplatu držimo unapređenjem odredbi ZOO, jer takve odredbe u ranijem ZOO nije bilo, a unaprijeđenje postoji zato što pisani zahtjev korisnika predstavlja jednostavniji i pouzdaniji dokaz o podnošenju zahtjeva, koji može biti potreban u više slučajeva. Ipak, ujedno žalimo što je novi ZOO stao na pola puta između ranijeg nepostojanja zahtjeva za pisanim oblikom zahtjeva i zahtjeva za postojanjem čvršćeg dokaza o savjesnosti korisnika u vidu izjave o nalogodavateljevom neispunjenju osigurane obveze iz osnovnog odnosa.

Naime, prema čl. 20. UP MTK pisani zahtjev za isplatu garancije mora – u tekstu ili odvojenom dokumentu - sadržavati izjavu korisnika o tome da nalogodavatelj nije ispunio odnosno da je povrijedio obvezu osiguranu garancijom i opis načina na koji on svoju obvezu povrijedio.^{108, 109} Takva izjava u značajnom broju slučajeva predstavlja čvrsti dokaz o savjesnosti odnosno nesavjesnosti korisnika garancije u trenutku podnošenja zahtjeva za isplatu, te u slučajevima prijevarnog podnošenja zahtjeva za isplatu ponekad daje dokaz o takvom postupku korisnika, dok sam pisani zahtjev za isplatu bez tvrdnje o nalogodavateljevoj povredi i naznake u čemu se ona sastoji ne predstavlja dokaz o prijevarnom podnošenju zahtjeva.

Kako ZOO ne traži izjavu korisnika o nalogodavateljevu neispunjenju, konstatirali smo kako je on stao na polovici puta između ranijeg stanja i zahtjeva koje postavlja UP MTK.

Ipak, ovaj nedostatak prenesen iz ranijeg ZOO sudska je praksa već otklonila, jer je stala na stajalište kako je za dospijeće bančine obveze isplate garancije dovoljan sam zahtjev korisnika koji sadrži izjavu o tome da dužnik iz osnovnog ugovora nije ispunio svoju obvezu iz tog ugovora.¹¹⁰

¹⁰⁷ Za austrijsko pravo identično prema Avancini/Iro/Koziol, s. 295., a za englesko prema Paget's, s. 647.

¹⁰⁸ Čl. 20a. UP MTK glasi: “Svaki zahtjev za plaćanje prema garanciji bit će u pisanom obliku i bit će (dodatno takvim drugim dokumentima kakvi mogu biti specificirani u garanciji) popraćen pisanom izjavom (bilo u samom zahtjevu ili u posebnom dokumentu ili dokumentima pridruženim zahtjevu i na koje zahtjev upućuje) koja navodi: (i) da je principal povrijedio svoju obvezu (obveze) prema ugovoru (ugovorima) povodom kojih je garancija izdana ili, u slučaju garancije za ozbiljnost ponude, prema uvjetima natječaja; i (ii) način na koji je svoju obvezu (obveze) principal povrijedio.”

¹⁰⁹ Za austrijsko pravo identično odluka Vrhovnog suda Austrije u Juristische Blätter 1990, 177.

¹¹⁰ Tako i odluke VTSRH, Pž-3266/94., od 8. travnja 1997. i VSRH Rev 93/1997.

Sam zahtjev za isplatu – bez izjave o nalogodavateljevu neispunjenju – bio bi dovoljan u slučajevima u kojima se ne primjenjuju UP MTK, a mjerodavno nacionalno materijalno pravo također ne zahtijeva tu izjavu. Takve garancije u literaturi nazivaju se “jednostavne garancije na zahtjev” i – ako se zahtjev za isplatu ne vidi kao uvjet nego kao pretpostavka – to bi bile jedine, u doslovnom smislu te riječi, “bezuvjetne” garancije.¹¹¹

2. Korisnikov zahtjev za isplatu – s izjavom o nalogodavateljevu neispunjenju osigurane obveze iz osnovnog posla – može imati karakter obične pretpostavke dospijeca bančine obveze iz garancije ili karakter uvjeta u smislu uvjeta iz čl. 297. – 299. ZOO, a poredbena literatura o tome nema jedinstvenog stajališta.¹¹² Po mišljenju autora stajalište kako je zahtjev uvjet isplate u navedenom smislu, značilo bi da je bankarska garancija odnosno bančina obveza do trenutka postavljanja zahtjeva pendentna, a tek u trenutku postavljanja zahtjeva ona bi se uzela nastalom od trenutka kad je korisniku dostavljena isprava (garancija)¹¹³ i ujedno dospjelom. Suprotno, stajalište kako je zahtjev za isplatu samo pretpostavka dospijeca – određena od strane banke pri njenom obvezivanju – podrazumijevalo bi da je bančina obveza nastala već u trenutku kad je korisniku dostavljena garancija (isprava).

Bilo da se stane na jedno ili drugo stajalište, ne bi se moglo prihvatiti gledište izraženo u sudskoj praksi “da je već samim pozivom korisnika garancije - tužitelja, na plaćanje onoga što je u garanciji navedeno, nastala ... garantova obveza”,¹¹⁴ jer i ako se poziv korisnika uzme kao uvjet iz čl. 297. – 299. ZOO, garantova obveza ne nastaje u trenutku zahtijevanja isplate, nego se uzima nastalom ranije.

3. Istovremeno, ne može biti prijeporno kako zahtjev za isplatu – s izjavom o neispunjenju – predstavlja poziv vjerovnika dužniku na ispunjenje obveze, koji izaziva njeno dospijecje, a u slučaju bančina neispunjenja, njen pad u dužničko zakašnjenje. Naime, naznačivanje korisnikova zahtjeva kao uvjeta ili pretpostavke isplate u tekstu garancije (isprave) može se shvatiti kao ugovaranje uvjeta ili pretpostavke isplate, a to isključuje primjenu općih pravila o vremenu ispunjenja obveze kad ono nije ugovoreno. Stoga će bančina obveza isplate dospjeti kad zahtijeva ispunjenje, a ujedno će njeno eventualno neispunjenje izazvati bančin pad u zakašnjenje¹¹⁵ i izazvati posljedice dužničkog zakašnjenja.

3. Glede sadržaja korisnikova zahtjeva treba istaknuti kako on mora biti strogo suglasan odredbama garancije na isti način kao što dokumenti po-

¹¹¹ Usp. Bertrams, s. 37.

¹¹² Zahtjev kao uvjet isplate vide Bannier, s. 80 i Schmitthoffs Export Trade s. 218. i 220., dok Palandt, s. 1134. zahtjev vidi kao pretpostavku isplate .

¹¹³ Tu treba primijeniti čl. 74. st. 2. ranijeg ZOO o učincima ispunjenja odgodnih uvjeta.

¹¹⁴ Odluka PS Pž-3239/90. od 5. ožujka 1991.

¹¹⁵ To proizlazi iz odredbi čl. 173. st. 1. u svezi s čl. 183. ZOO.

dneseni prema akreditivu moraju biti strogo suglasni odredbama akreditiva,¹¹⁶ a isto vrijedi i glede načina postavljanja zahtjeva.¹¹⁷

4. Iz okolnosti što garancija i obveza banke garanta postoje do isteka raskidnog roka naznačenog u garanciji, neprijeporno proizlazi kako korisnik treba staviti zahtjev za isplatu prije isteka tog roka.¹¹⁸ Na pitanje pravovremenosti zahtijevanja isplate držimo da treba primijeniti teoriju primitka, a ne teoriju odašiljanja odnosno očitovanja jer se u obveznom pravu u većini slučajeva primjenjuje upravo teorija primitka, te jer na to upućuju poredbena literatura i sudska praksa.¹¹⁹

Mjerodavan je upravo primitak, a ne saznanje, a to bi – iako ne posve sigurno – proizlazilo iz odluke Vrhovnog suda Hrvatske u slučaju u kojem je “tuženik prije isteka navedenog roka preporučenom pošiljkom pozvao tuženika na plaćanje, koja pošiljka je vraćena pošiljaocu s napomenom da primatelj “više ne postoji”, pri čemu “okolnost što pismeno nije bilo uručeno tuženom samo zbog toga što se pismeno vratilo s klauzulom ‘ne postoji više’, pada na teret tuženoga”.¹²⁰

5. Ujedno je dovoljno da korisnik do isteka roka zahtijeva isplatu, a nije potrebno da u tom istom roku podigne tužbu, i to je stajalište zauzeto u hrvatskoj sudskoj praksi.¹²¹ Autor je s time posve suglasan. Umjesto toga, korisnik eventualnu tužbu treba podići u odgovarajućem zastarnom roku.

7.2. Podnošenje drugih dokumenata

1. Podnošenje drugih dokumenata banci garantu, kao pretpostavka njene obveze isplate garancije, u stvarnosti nije često. Ipak i čl. 1039. st. 1. ZOO i čl. 2.a. UP MTK naznačuju mogućnost da bankarska garancija navede neki dokument ili neke dokumente kao pretpostavku obveze isplate.

Ova mogućnost daje povoda razlikovanju bezuvjetnih od uvjetnih garancija, što bi bila podjela garancija samo s obzirom na pitanje je li podnošenje nekih dokumenata pretpostavka bančine obveze isplate garancije, a nikako s obzirom na moguće druge kriterije podjele bankarskih garancija. Prema tome bi bezuvjetne garancije bile one koje ne sadrže nikakve druge pretpostavke bančine obveze isplate osim pisanog zahtjeva korisnika¹²² s izjavom o na-

¹¹⁶ Odluka u sporu IE Contractors Ltd v. Lloyds Bank plc, 1989 2 Lloyd’s Law Report, 205, s. 207.

¹¹⁷ Prema odluci njemačkog Saveznog suda, od 23. siječnja 1996., (u Nobbe, s. 410.) zahtjev za isplatu samostalne garancije mora biti postavljen na način kako je određeno garancijom.

¹¹⁸ Tako i Avancini/Iro/Koziol, s. 296. i odluka Vrhovnog suda Austrije u Oesterrichisches Bank-Archiv 1989, 1026.

¹¹⁹ Avancini/Iro/Koziol, ibid. i odluka Vrhovnog suda Austrije u Oesterrichisches Bank-Archiv 1987, 263.

¹²⁰ Odluka VSRH, Revt-13/03. od 2. rujna 2003., u Sudska praksa, br. 1393.

¹²¹ Odluka VTSRH Pž-417/93. od 15. veljače 1994., u Sudska praksa, br. 1384.

¹²² Schmitthoff’s, s. 215.

logodavateljevu neispunjenju, a uvjetne one koje uz to kao pretpostavku obveze isplate naznačuju i podnošenje jednog ili više dokumenata.

I na ove dokumente treba na odgovarajući način primijeniti pravila izložena u prikazu zahtjeva za isplatu pod br. 2. – 5.

2. U hrvatskoj sudskoj praksi zabilježen je slučaj u kojem je garancijom zahtijevano podnošenje virmanskog naloga kao dokaza o tome kad je i koliko kredita korisnik isplatio nalogodavatelju.¹²³ Budući je podnošenje tog dokumenta jedan od uvjeta navedenih u garanciji, te budući korisnik taj uvjet nije ispunio, njegov je tužbeni zahtjev odbijen.

7.3. *Nepostojanje utemeljenih prigovora banke*

1. Pravni položaj banke koja je izdala garanciju i primila korisnikov zahtjev za isplatu, odredbe ZOO o bankarskoj garanciji ne uređuju izravno. Ali iz obilježja bankarske garancije i odnosa banke garanta i korisnika garancije, te iz obveza koje banka ima prema nalogodavatelju garancije, proizlaze njena prava i obveze u trenutku primanja zahtjeva za isplatu.

Kao nalogoprimatelj u odnosu prema svom nalogodavatelju banka je dužna ispuniti nalog “prema primljenim uputama, s pažnjom dobrog gospodarstvenika, odnosno dobrog domaćina, ostajući u njegovim granicama i u svemu skrbiti o interesima nalogodavca i njima se rukovoditi”¹²⁴. Kako banka ispunjava nalog ne samo izdavanjem garancije korisniku sukladno ugovoru o nalogu, nego i daljnjim postupanjem sukladno obvezama nalogoprimatelja – i to sve do završetka garantnog posla – znači kako je banka dužna ispitati i utvrditi jesu li ispunjene sve pretpostavke odnosno uvjeti isplate naznačeni u garanciji. Konkretnije govoreći ona je dužna ispitati i utvrditi je li zahtjev za isplatu podnesen prije isteka roka do kojeg je garancija obvezuje, je li zahtjev sukladan garanciji, je li zahtjev u pisanom obliku, je li sadrži izjavu o nalogodavateljevu neispunjenju obveze osigurane garancijom odnosno o nastupu osiguranog slučaja, te je li zahtjev podnio korisnik. Ako je garancijom isplata bila uvjetovana podnošenjem nekog dokumenta, onda i je li taj dokument podnesen i sukladan garanciji. Budući se sve ove pretpostavke moraju ispuniti kumulativno, uslijed izostanka makar jedne od njih banka će u odnosu prema korisniku biti ovlaštena – a u odnosu prema nalogodavatelju i dužna – odbiti isplatu.

Kako se ovdje radi o pretpostavkama isplate utvrđenim u garanciji (ispravi), sažeto se može reći da se zahtjevu korisnika banka može – a i dužna je – suprotstaviti prigovorima koji proizlaze iz same garancije (isprave) odnosno njenog teksta, tj. zahtjev korisnika odbiti temeljem prigovora koji proizlaze iz garancije.¹²⁵

¹²³ Odluka VSRH Gzz-97/00. od 29. listopada 2003., u Sudska praksa, br. 1392.

¹²⁴ Članak 765. st. 1. ZOO.

¹²⁵ Tako i Mijnsen prema Bannier s. 81., Schwintowski/Schaeffer, s. 758., Avancini/Iro/Koziol, s. 299 i dalje.

2. Pri provjeravanju jesu li ispunjene pretpostavke isplate, od banke bi se moglo zahtijevati ispitivanje točnosti sadržaja primljenih dokumenata ili samo ispitivanje odgovaraju li oni svojim izgledom i sadržajem opisu navedenom u garanciji (ispravi). Prema odredbi čl. 9. UP MTK banka je dužna ispitati i utvrditi samo izgled i očitovani sadržaj podnesenih joj dokumenata, a ne i točnost sadržaja,¹²⁶ a ovo stajalište zastupa se i u literaturi.¹²⁷ ZOO ne sadrži suprotne odredbe, posebno ne prisilne koje bi isključile primjenu trgovačkih običaja, nego upravo odredbu koja posredno ukazuje kako i ZOO stoji na istom stajalištu. To je odredba čl. 1037. st. 1. koja uređuje odgovornost banke prema nalogodavatelju akreditiva i navodi kako “banka ne preuzima nikakvu odgovornost ako podneseni dokumenti po svom vanjskom izgledu odgovaraju uvjetima akreditiva”. S obzirom na sličnosti između akreditiva i garancija – a napose na samostalnost i apstraktnost obveze koju u oba slučaja banka preuzima prema korisniku¹²⁸ – držimo da citirana odredba predstavlja posrednu potporu ZOO-a odredbi čl. 9. UP MTK i stajalištima poredbene literature.

Ispunjenje pretpostavki isplate banka je dužna provjeriti i utvrditi s pozornošću dobrog gospodarstvenika prema naprijed citiranoj odredbi ZOO, ali i prema imperativnoj odredbi čl. 10. st. 1. o pozornosti s kojom su subjekti dužni postupati, odnosno s razumnom pozornošću prema čl. 9. UP MTK.¹²⁹ Kako su ove odredbe ZOO prisilne, te kako primjena trgovačkih običaja ne isključuje primjenu prisilnih odredbi, po mišljenju autora na stupanj pozornosti banke treba primijeniti odredbe ZOO, a ne odredbu čl. 9. UP MTK, i to pogotovu ako bi se razumna pozornost shvatila kao manji stupanj pozornosti od pozornosti dobrog gospodarstvenika.

3. Prema odredbama čl. 10. a) i b) UP MTK, u odnosu prema korisniku garancije ovu provjeru banka je dužna obaviti u razumnom roku, a ako odluči odbiti zahtjev, o tome ga je dužna obavijestiti odmah po isteku tog roka.¹³⁰

4. S jednakom pozornošću i u istom roku banka je - osim pretpostavki odnosno uvjeta isplate koji su navedeni u garanciji - svakako ovlaštena provjeriti i utvrditi valjanost garancije (isprave) odnosno njene obveze

¹²⁶ Čl. 9. UP MTK u izvorniku glasi: “All documents specified and presented under a Guarantee, including the demand, shall be examined by the Guarantor ... to ascertain whether or not they appear on their face to conform with the terms of the Guarantee”.

¹²⁷ Schwintowski Schaeffer, s. 757.

¹²⁸ O tome v. Rosenberg, Ljudevit: Pravo međunarodnog dokumentarnog akreditiva, 1999. i Slakoper, Zvonimir: Dokumentarni akreditiv – temeljna prava i obveze, 2000.

¹²⁹ Čl. 9. UP MTK u izvorniku glasi: “All documents specified and presented under a Guarantee ... shall be examined by the Guarantor with reasonable care ...”

¹³⁰ Članak 10. UP MTK glasi: “**a)** Garant će imati razumno vrijeme u kojem će ispitati zahtjev prema garanciji i odlučiti je li će platiti ili odbiti zahtjev. **b)** Ako garant odluči odbiti zahtjev, on će o tome teletransmisijom, ili - ako to nije moguće - drugim brzim sredstvom, odmah obavijestiti korisnika. Svaki dokument predan prema garanciji bit će držan na raspolaganju korisnika.”

prema korisniku, te u slučaju ništavosti obveze odbiti ispunjenje.¹³¹ Prema tome, druga skupina prigovora kojima je banka ovlaštena suprotstaviti se korisnikovu zahtjevu i odbiti isplatu, prigovori su koji se tiču valjanosti bančine obveze, ali uz napomenu kako se radi samo o prigovorima koji bi proizlazili iz ništavosti obveze, ali ne i iz pobožnosti, jer bi u posljednjem slučaju banka trebala podići tužbu radi poništenja i tek nakon poništenja garancije mogla bi istaći prigovor nevaljanosti obveze.¹³² Ova gledišta utemeljena su i s motrišta ZOO, jer je i prema njemu postojanje obveze opća pretpostavka dužnosti ispunjenja, što ne treba posebno dokazivati.

5. Odnos banke i korisnika samostalan je prema osnovnom poslu i banka ne može isticati prigovore kojima bi se nalogodavatelj mogao suprotstaviti korisnikovu zahtjevu iz osnovnog posla.¹³³ Međutim, takav pravni položaj banke garanta mogao bi pogodovati nesavjesnim korisnicima bankarskih garancija i dovesti do prijevarnog korištenja.

Zbog toga je u poredbenoj sudskoj praksi i literaturi ipak iznimno priznata uska mogućnost svojevrsnog povezivanja bančine obveze prema korisniku s nalogodavateljevom obvezom koja je osigurana garancijom. Ta iznimka u *common law* naziva se “iznimka prijevere” i sastoji se u ovlasti banke da odbije ispunjenje u slučaju pokušaja prijevernog korištenja garancije.¹³⁴ U kontinentalnom pravu također se kao iznimka spominje “svjesna prijevera”, odnosno pokušaj zloporabe prava, u kojem slučaju je banka ovlaštena staviti prigovor iz osnovnog odnosa, a to proizlazi iz okolnosti što odvojenost pravnih odnosa unutar garantnog posla postoji pod pretpostavkom odnosno uz pridržaj načela savjesnosti i poštenja.¹³⁵ Kad se radi o tako postavljenom korisnikovom zahtjevu i kad je pokušaj zloporabe prava očit i lako ga je dokazati, banka je ovlaštena odbiti ispunjenje¹³⁶ i to je “općenito priznato”.¹³⁷

Načela savjesnosti i poštenja i zabrane zlopotrebe prava postoje i u ZOO, čije su funkcije upravljene na otklanjanje formalne primjene prava i sprječavanje njegove zloporabe “suprotno svrsi zbog koje je ono propisom

¹³¹ Tako i Schwintowski/Schaeffer, s. 758., Palandt, s. 1134., Avancini/Iro/Koziol, s. 299. i dalje.

¹³² Tako i Avancini/Iro/Koziol, *ibid.*

¹³³ Čl. 1043. st. 1. ZOO, čl. 2a. UP MTK, Palandt, s. 1134., Schmitthoffs, s. 218 i 220., Basler I, s. 621., Avancini/Iro/Koziol, s. 298., Schwintowski/Schaeffer, s. 758.

¹³⁴ “Fraud exception”, v. Schmitthoff’s s. 218. Iscrpn o tome Bertrams, s. 277. – 335. i Maurović, Ljiljana: Zlopotreba u ostvarivanju prava iz bankarskih garancija “na zahtjev”, *Pravo u gospodarstvu*, br. 9-10/94.

¹³⁵ “Absichtliche Tauschung”, v. Schwintowski/Schaeffer, s. 758.

¹³⁶ Npr. Odluke Vrhovnog suda Austrije u *Entscheidungen des oesterreichisches Obersten Gerichthofes in Zivilsachen 50/66 i 54/189* i u *Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der OEJZ 1982/23*, odluka njemačkog Saveznog suda u *Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofs in Zivilsachen 90, 292.* i odluka njemačkog Saveznog suda, od 25. rujna 1996., u Nobbe, s. 412.

¹³⁷ Avancini/Iro/Koziol, s. 303.

ustanovljeno ili priznato¹³⁸. Stoga i u hrvatskom pravnom poretku postoji odgovarajući pravni temelj na kojemu se može temeljiti bančino stavljanje prigovora zloupotrebe prava i odbijanje isplate zbog toga.

6. U svezi s garantnim poslom nema drugih prigovora kojima bi se banka mogla utemeljeno suprotstaviti korisnikovu zahtjevu za isplatu garancije, ali ipak treba spomenuti kako se ona tom zahtjevu može suprotstaviti i prigovorima koje ona osobno ima prema korisniku iz drugih pravnih odnosa koje može imati s korisnikom. Karakterističan je prigovor prijeboja, koji mogu staviti i dužnici iz drugih apstraktnih pravnih poslova, kao što su vrijednosni papiri,¹³⁹ a isto je stajalište zastupljeno i u poredbenoj literaturi.¹⁴⁰

8. Prenosivost garancije

1. Prenosivost bankarske garancije s korisnika na treću osobu zaseban je i složen problem. O tome je u poredbenoj literaturi izneseno više gledišta, kao što su nužnost postojanja odgovarajućeg sporazuma¹⁴¹ - *a contrario* čemu bi značilo da bez sporazuma prijenos ne bi bio valjan – i potreba razlikovanja ustupanja zahtjeva za isplatu od ustupanja prava zahtijevati isplatu, pri čemu bi prvo bilo dopušteno, a drugo sporno, ako bi bilo bez suglasnosti banke garanta.¹⁴² Posebno je važno kako je u sudskoj praksi zauzeto stajalište da banka nije dužna ispuniti obvezu ako navod o nastupu osiguranog slučaja ne potječe u pisanom obliku od korisnika garancije, što je obrazloženo navodom kako se tražbine u načelu mogu ustupati, ali ovlast očitovanja o nastupu slučaja koji je osiguran garancijom nije tražbina u pravnom smislu, a ustupanje te ovlasti ne dolazi u obzir jer bi vodilo do nedopuštene promjene sadržaja garantne obveze.¹⁴³

Po mišljenju autora promjena sadržaja garantne obveze zbog promjene korisnika postojala bi samo ako je ta obveza nastala s obzirom na osobu korisnika, a nikako u drugom slučaju jer se niti jedan drugi element bančine obveze ne mijenja. Stoga ovo stajalište ukazuje na to da obveza iz bankarske garancije nastaje *intuitu personae* korisnika garancije kao vjerovnika bančina nalogodavatelja. Na isto stajalište upućuje i literatura,¹⁴⁴ a njemu se pridružuje i autor, i to zato što je svrha bankarske garancije osiguranje

¹³⁸ Čl. 6. ZOO. O načelima savjesnosti i poštenja i zabrane zlouporabe prava v. detaljnije Gorenc, s. 10. – 16., a načelu savjesnosti i poštenja Slakoper, Zvonimir: Načelo savjesnosti i poštenja u trgovačkim ugovorima s međunarodnim obilježjem, u Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 24 (2003.), br. 1, str. 511-548.

¹³⁹ Čl. 1157. st. 1. ZOO.

¹⁴⁰ Avancini/Iro/Koziol, s. 299 i dalje, Schwintowski/Schaeffer, s. 760.

¹⁴¹ Palandt, s. 1134.

¹⁴² Avancini/Iro/Koziol, s. 308.

¹⁴³ Odluka Zemaljskog suda Frankfurt/M u Wertpapier Mitteilungen 1978, 442.

¹⁴⁴ Avancini/Iro/Koziol, s. 289., a za isto se zalaže Rosenberg, s. 186.

korisnikove tražbine iz osnovnog pravnog posla, a ne stvaranje instrumenta podobnog za slobodno prenošenje.

2. Pitanje prenosivosti bankarske garancije odnosno prava i zahtjeva koje korisnik ima prema banci garantu uređeno je odredbama čl. 4. st. 1. UP MTK i čl. 1042. ZOO.

Čl. 4. st. 1. UP MTK na vrlo jednostavan način izrijeком određuje kako pravo zahtijevati isplatu temeljem garancije nije prenosivo, osim ako bi to izrijeком bilo naznačeno u samoj garanciji,¹⁴⁵ ali – jasnoće radi – u st. 2. istog čl. navodi kako su prihodi prenosivi neovisno o pitanju prenosivosti zahtjeva za isplatu garancije i time ujedno iznosi razliku između prenosivosti zahtjeva i prenosivosti prihoda.¹⁴⁶ Jednostavnije govoreći, slično kao i u opisanoj odluci njemačkog suda, pravo zahtijevati isplatu korisnik može prenijeti samo ako je to navedeno u garanciji, a nakon postavljanja zahtjeva s očitovanjem o nalogodavateljevu neispunjenu, zahtjevom za isplatu korisnik slobodno raspolaže i može ga prenositi.

Odredba čl. 1042. ZOO podrazumijeva pravnu svezu između odnosa banke garanta i korisnika garancije i osnovnog posla tako što određuje da “svoja prava iz bankarskog jamstva korisnik, ako nije drukčije ugovoreno, može ustupiti trećemu samo s ustupom tražbine koja je osigurana jamstvom i prijenosom svojih obveza u vezi s osiguranim tražbinama”. Kako takva pravna sveza postoji samo u slučajevima izdavanja akcesornih garancija, tj. bankarskih jamstava – a ne i u slučajevima izdavanja (samostalnih) bankarskih garancija - ovu odredbu može se primjenjivati samo na bankarska jamstva, a ne i na (samostalne) bankarske garancije.¹⁴⁷

U odnosu na raniji ZOO, ova je odredba dopunjena riječima “ako nije drukčije ugovoreno”, kojih u čl. 1086. ranijeg zakona nije bilo, čime su otklonjene moguće dvojbe glede njene prisilnosti ili dispozitivnosti. Dok se ranije to pitanje moglo postaviti,¹⁴⁸ sadašnja dopuna očito ukazuje na dispozitivnost odredbe. Budući da je odredba dispozitivna, a ne prisilna, temeljem čl. 12. st. 3. ZOO otvorena su vrata prednosti UP MTK u primjeni, pa će se na prijenos samostalnih bankarskih garancija primijeniti čl. 4. UP MTK kao trgovački običaj.

Istovremeno, kako se UP MTK ne primjenjuju na bankarska jamstva, tj. akcesorne garancije, postoji potreba prikaza i raščlambe čl. 1042. u odnosu na bankarska jamstva, tj. akcesorne garancije.

¹⁴⁵ Čl. 4. st. 1. “Korisnikovo pravo podnošenja zahtjeva prema garanciji nije prenosivo osim ako je izričito navedeno u garanciji ili njenoj izmjeni.”

¹⁴⁶ Čl. 4. st. 2. Međutim ovaj članak neće utjecati na korisnikovo pravo prijenosa bilo kojeg prihoda (proceeds) na koje može biti ili postati ovlašten prema garanciji.

¹⁴⁷ Tako i odluka VSRH, Revt 65/02. od 24. ožujka 2004.: “Samostalna bankarska garancija (garancija “bez prigovora”) odvojeno je i posebno uređena (čl. 1087. ZOO) i na nju se ne može primijeniti pravilo o ustupanju prava sadržano u čl. 1086. ZOO”. Vukmir u Gorenc i drugi, s. 1610., suprotno drži da se odredba čl. 1042. primjenjuje isključivo na samostalne bankarske garancije i navodi razloge zbog kojih treba ograničiti mogućnost prijenosa takvih garancija.

¹⁴⁸ Vukmir u Gorenc i drugi, s. 1609. smatra da je bila prisilna.

3. Raščlamba odredbe čl. 1042. prvo pokazuje kako ona za ustupanje prava iz akcesorne bankarske garancije zahtijeva i prijenos osnovnog ugovora sklopljenog između korisnika garancije i nalogodavatelja, na stjecatelja prava iz garancije, jer ustup tražbine i prijenos vlastitih obveza u svezi s osiguranim tražbinama ustvari znači prijenos ugovora.¹⁴⁹ Za prijenos ugovora potrebna je suglasnost druge ugovorne strane, i to je u ovom slučaju korisnikov suugovaratelj iz osnovnog posla, a ne banka. Prema tome, iz odredbe posredno proizlazi kako je za ustupanje korisnikove tražbine iz garancije nužna i suglasnost nalogodavatelja, tj. njegova suugovaratelja iz osnovnog odnosa.

Prijenos osnovnog ugovora – a to znači i suglasnost korisnikova suugovaratelja jer je ona potrebna za prijenos ugovora – pretpostavke su ustupanja prava iz garancije “ako nije drukčije ugovoreno”. Mogućnost drukčijeg ugovaranja otvara pitanje je li moguće ugovoriti kako za ustupanje prava iz garancije nije potreban ni prijenos korisnikove tražbine iz osnovnog ugovora.

Po mišljenju autora, uz suglasnost korisnikova suugovaratelja iz osnovnog odnosa valjano je ustupanje prava iz garancije bez ikakvih promjena u osnovnom odnosu, i to zato što se ustupanjem prava iz akcesorne garancije (bankarskog jamstva) načelno ne može pogoršati ni pravni položaj korisnikova suugovaratelja niti pravni položaj banke garanta. On se ne može pogoršati zato što bi se zahtjevu stjecatelja prava iz garancije za isplatu garantirane svote, banka mogla suprotstaviti svim prigovorima kojima se mogla suprotstaviti i zahtjevu prvobitnog korisnika garancije, a ti prigovori uključuju i one prigovore kojima bi se korisnikov suugovaratelj mogao suprotstaviti njegovu zahtjevu u okviru osnovnog odnosa.

Prijenos, odnosno ustupanje prava iz garancije treba kvalificirati kao ustupanje tražbine tj. cesiju, pa bi se korisnik nalazio u ulozi cedenta, banka u ulozi cesusa, a stjecatelj prava iz garancije u ulozi cesionara. Kako cesus cesionaru može istaći sve prigovore koje je do ustupanja mogao istaći cedentu,¹⁵⁰ banka bi stjecatelju prava iz garancije mogla istaći sve prigovore koje je mogla istaći prvobitnom korisniku, a to uključuje i već spomenute prigovore iz osnovnog odnosa, pa se ne pogoršava ni pravni položaj banke niti pravni položaj korisnikovog suugovaratelja iz osnovnog odnosa. Upravo suprotno, stjecatelj tj. cesionar izložen je riziku prigovora iz osnovnog odnosa.

Ujedno se zbog ovih razloga izraz “ako nije drukčije ugovoreno” može odnositi samo na osnovni ugovor između korisnika i nalogodavatelja, a ne i na ugovor o nalogu između nalogodavatelja i banke. Kao što je izloženo, bančin se položaj ne pogoršava, a u odnosu s korisnikovim suugovarateljem ona je nalogoprimateelj i u tom je svojstvu dužna postupati prema uputama nalogodavatelja.¹⁵¹

¹⁴⁹ V. čl. 127. st. 1. ZOO. Tako i odluka VSRH, Revt 65/02 od 24. ožujka 2004.

¹⁵⁰ Čl. 84. st. 2. ZOO.

¹⁵¹ Čl. 765. i 766. ZOO.

9. Potvrda garancije (supergarancija)

Prema sadržajno neizmijenjenoj, u odnosu na raniji ZOO, odredbi čl. 1041. "ako druga banka potvrdi obvezu iz jamstva, korisnik može svoje zahtjeve iz jamstva podnijeti bilo banci koja je izdala jamstvo, bilo onoj koja ga je potvrdila", ta odredba predstavlja zakonski temelj postojanja supergarancija, kako se u domaćoj literaturi i sudskoj praksi nazivaju potvrde garancija.¹⁵² Uz to odredba naznačuje pravni položaj banke koja je potvrdila izdanu bankarsku garanciju, tj. koja je izdala supergaranciju. Odredba će se primijeniti uvijek čim se primjenjuje hrvatsko pravo jer odredbe UP MTK ne uređuju potvrdu garancije.

U svezi s potvrdom garancije, tj. supergarancijom, u prvom redu treba uočiti kako je izdavanje odnosno postojanje bankarske garancije pretpostavka potvrde, tj. izdavanja supergarancije. Iako ova okolnost neprijeporno proizlazi već iz prirode stvari, sudska praksa imala je priliku potvrditi tu okolnost te je to i učinila i izričekom navela kako "pretpostavka supergarancije je posao bankovne garancije...a kad nema bankovne garancije nitko ... ne može biti supergarant nepostojeće bankovne garancije".¹⁵³

Zanimljivijim od ovoga držimo pitanje pravnog položaja banke koja je potvrdila garanciju, jer bi izričaj odredbe čl. 1041. mogao navesti na pomisao kako u slučaju izdavanja supergarancije korisnik može zahtijevati isplatu ili od jedne ili od druge banke.¹⁵⁴ Ovaj neodgovarajući izričaj i mogući pogrešni zaključak koji smo naznačili ipak nisu zbunili hrvatsku sudsku praksu, koja ispravno navodi kako "potvrđivanjem obveze druga banka (konfirmirajuća) stupa u isti pravni odnos prema korisniku garancije kao i banka koja je izdala garanciju, (pa) obje banke odgovaraju korisniku garancije".¹⁵⁵ Prema tome, neprijeporno je da potvrdom bankarske garancije, tj. supergarancijom, druga banka stupa u već postojeću obvezu banke garanta prema dužniku, i to uz tu banku, te da korisnik garancije time stječe zahtjev i prema banci koja je potvrdila garanciju.

Po mišljenju autora potvrda garancije može se kvalificirati kao pristupanje dugu,¹⁵⁶ a ne kao jamstvo, jer banka supergarant potvrdom postojeće

¹⁵² "Potvrda garancije druge banke naziva se supergarancija" prema odluci VTSRH, Pž-3492/98. od 15. lipnja 1999., u Sudska praksa, br. 1389, a bitno istovjetno i odluka VSRH Rev 18/2000., u Sudska praksa, br. 1394.. Prema Vukmiru u Gorenc i dr., s. 1607. izraz supergarancija rabi se rijetko, jer se radi o potvrđivanju ("confirmation").

¹⁵³ Odluka VTSRH, Pž-3492/98. od 15. lipnja 1999., a isto proizlazi i iz odluke VSRH Rev 18/2000.

¹⁵⁴ Relevantni dio odredbe glasi: "bilo banci koja je izdala jamstvo, bilo onoj koja ga je potvrdila".

¹⁵⁵ Odluka VTSRH, Pž-3492/98. od 15. lipnja 1999., a u bitnom istovjetno Gorenc, s. 1325. i Rosenberg, s. 192.

¹⁵⁶ Prema odredbi čl. 101. ZOO "ugovorom između vjerovnika i trećega, kojim se ovaj obvezuje vjerovniku da će ispuniti njegovu tražbinu prema dužniku, treći stupa u obvezu pored dužnika."

garancije ne preuzima novu i vlastitu obvezu prema korisniku, nego se vjerovniku, tj. korisniku, obvezuje ispuniti već postojeću obvezu dužnika, tj. banke garanta.

Iz takvog položaja banke supergaranta sudska je praksa izvela zaključak kako kad je izdana supergarancija “obje banke odgovaraju korisniku solidarno”.¹⁵⁷

Na pitanje primjenjuje li se odredba čl. 1041. samo na samostalne ili akcesorne garancije ili na obje vrste garancija potrebno je odgovoriti kako nema razloga zbog kojih se ona ne bi primijenila na obje vrste garancija. U slučaju potvrde akcesorne garancije, tj. bankarskog jamstva, držimo da se ne bi radilo o podjamstvu, i to polazeći od stajališta da se radi o pristupanju dugu, ovdje o pristupanju postojećem jamstvu s posljedicom da bi banka supergarant bila drugi jamac koji odgovara glavnom dužniku, tj. korisniku, solidarno i posve jednako kao i banka garant, jer nije preuzela vlastitu obvezu nego je stupila u obvezu banke garanta uz nju.

Literatura

1. Avancini/Iro/Kozioł: Oesterreichisches Bankvertragsrecht, Bd. II, 1993.
2. Bannier, F.A.W.: Bank Guarantees and Documentary Credit, u Hague-Zagreb Essays 6, 1987.
3. Barbić, Jakša: Bankarsko jamstvo, u Novi Zakon o obveznim odnosima, 2005.
4. Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3. izdanje, 2003.
5. Bertrams, R. I. V. F.: Bank Guarantees in International Trade, 1990.
6. Collection of ICC Arbitral Awards 1974 – 1985.
7. Filipović/Gorenc/Slakoper: Komentar Zakona o trgovačkim društvima, III izdanje, 2004.
8. Gorenc, Vilim: Zakon o obveznim odnosima s komentarom, 1998.
9. Gorenc, Vilim i drugi: Komentar zakona o obveznim odnosima, 2005.
10. Gorenc/Schwank/Slakoper: Međunarodna pravila za kupoprodaje plaćanja i arbitraže, 1996.
11. Informator br. 4204-4205 i 4249.
12. Izbor odluka Vrhovnog suda Hrvatske br. 5.
13. Maurović, Ljiljana: Kodifikacija prava bankarskih garancija-jedinstvena pravila MTK, Pravo u gospodarstvu, 3-4/94
14. Maurović, Ljiljana: Obilježja kodifikacija prava bankarskih garancija, Hrvatska pravna revija, 9/2001
15. Maurović, Ljiljana: Zloupotreba u ostvarivanju prava iz bankarskih garancija “na zahtjev”, Pravo u gospodarstvu, br. 9-10/94
16. Nobbe, Gerd: Bankrecht – Aktuelle höchst- und obergerichtliche Rechtsprechung, 1999.
17. Paget's Law of Banking, 11. izdanje, 1996.

¹⁵⁷ Odluka VTSRH, Pž-3492/98. od 15. lipnja 1999.

18. Palandt Buergeriches Gesetzbuch, 62. izdanje, 2003.
19. Rosenberg, Ljudevit: Pravo međunarodnih plaćanja u poslovnim transakcijama, drugi svezak, 1975.
20. Rosenberg, Ljudevit: Pravo međunarodnog dokumentarnog akreditiva, 1999.
21. Schmitthoff's Export Trade, 10. izdanje, 2000.
22. Schwenzer, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2003.
23. Schwintowski/Schaeffer: Bankrecht, 1997.
24. Slakoper, Zvonimir: Dokumentarni akreditiv – temeljna prava i obveze, 2000.
25. Slakoper, Zvonimir: Načelo savjesnosti i poštenja u trgovačkim ugovorima s međunarodnim obilježjem, u Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 24 (2003.), br. 1.
26. Slakoper, Zvonimir: Recent cases on Bank Guarantees in Croatian Courts, Review of Central and East European Law, 1996, no. 6.
27. Slakoper, Zvonimir: Rok važenja akcesorne bankovne garancije, Računovodstvo, revizija i financije, 4/94.
28. Uniform Rules for demand Guarantees ICC, Publikacija br. 458. (dalje: UP MTK).
29. Vedriš/Klarić: Građansko pravo, 4. izdanje, 2000.
30. Vukmir, Branko: Contracts Involving (abstract) Bank Guarantees and Documentary Credit under Private Law, u Hague- Zagreb Essays 6, 1987.
31. Vuković, Mihajlo: Opći dio građanskog prava, knjiga II, 1960.

Sudske odluke

1. Bolivinter Oil SA v. Chase Manhattan Bank NA, u 1984 2 Lloyd's Law Report 251. DC.
2. IE Contractors Ltd v. Lloyds Bank plc., u 1989 2 Lloyd's Law Report, 205, s. 207.
3. PS, Pž-3239/90 od 5. ožujka 1991.
4. Savezni sud Njemačke u BGHZ 90, 292.
5. Savezni sud Njemačke od 10. 11. 1998 prema Nobbe, s. 407.
6. Savezni sud Njemačke od 23. siječnja 1996. prema Nobbe, 410.
7. Vrhovni sud Austrije 28. 09. 1998. prema Nobbe, s. 409.
8. Vrhovni sud Austrije u EvBl 1982/23
9. Vrhovni sud Austrije u JBl 1990, 177
10. Vrhovni sud Austrije u SZ 50/66
11. Vrhovni sud Austrije u SZ 54/189
12. VSH Rev 48/85 od 23. prosinca 1986.
13. VSH Rev-88/85 od 29. 10. 1985.
14. VSRH Gzz 17/1998 od 28. travnja 1999.
15. VSRH Gzz-97/00 od 29. listopada 2003.
16. VSRH Rev 18/2000.
17. VSRH Rev 29/1994
18. VSRH Rev 44/1998 od 28. travnja 1999.
19. VSRH Rev 58/92 od 12. kolovoza 1992.
20. VSRH Rev 93/1997

21. VSRH, Rev 1976/00 od 20. studenoga 2003.
22. VSRH, Revt 65/02 od 24. ožujka 2004.:
23. VTSRH, Pž-1768/97 od 1. prosinca 1998.
24. VTSRH, Pž-3266/94 od 8. travnja 1997.
25. VTSRH, Pž-3492/98 od 15. lipnja 1999.
26. VTSRH, Pž-3492/98 od 15. lipnja 1999.
27. VTSRH Pž-1096/90 od 11. rujna 1990.
28. VTSRH Pž-1268/93 od 15. lipnja 1993
29. VTSRH Pž-1682/93 od 23. studeni 1993.
30. VTSRH Pž-1768/97 od 1. prosinca 1998.
31. VTSRH Pž-2948/92 od 8. prosinca 1992
32. VTSRH Pž-3067/94 od 15. studeni 1994.
33. VTSRH Pž-3172/94 od 25. listopada 1994.
34. VTSRH Pž-3266/94 od 8. travnja 1997.
35. VTSRH Pž-3353/90 od 4. veljače 1992.,
36. VTSRH Pž-417/93 od 15. veljače 1994.
37. VTSRH Pž-754/92 od 7. travnja 1992.
38. VTSRH Pž-864/94 od 29. ožujka 1994. i
39. VTSRH, Pž-3266/94 od 8. travnja 1997.
40. Zemaljski sud Frankfurt/M u Wertpapier Mitteilungen 1978, 442.

Summary

BANK GUARANTEE UNDER THE NEW LAW ON OBLIGATIONS (IN COMPARATIVE LEGAL CONTEXT)

The new Law on Obligations has changed the name of “bank guarantee” to “bank assurance” and revised the content of this institute regulated in art. 1039 para. 1 and 2 (now the term “bank assurance” includes autonomous bank guarantee). Other provisions of the previous Law on Obligations have not been changed contentwise. However, change of name and content of this notion represents very important substantive revision. The article, therefore, analyses impacts of this revision on legal doctrine and practice. Former terminology and meaning in domestic and comparative law is used as a starting point, and subsequently the issues that will arise in application of the new Law on Obligations are tackled, especially in relation to primacy of commercial usages (art. 12 of the LO). The article follows and analyses issues that are regulated by provisions of the LO, always comparing present doctrinal views and practice with possible impacts of mentioned revisions on future standpoints and case-law. Issues related to form of guarantee, qualification and creation of bank’s obligation toward user, prerequisites for payments, transferability and confirmation of guarantee are analyzed.

Key words: *Law on Obligations, bank guarantee, bank assurance, autonomous guarantee, accessory guarantee.*

Zusammenfassung

**BANKGARANTIEN NACH DEM NEUEN GESETZ ÜBER
SCHULDVERHÄLTNISSE (IM KOMPARATIVEN KONTEXT)**

Das neue Gesetz über Schuldverhältnisse hat die Bezeichnung des Instituts Bankgarantie in Bankbürgschaft abgeändert und den Begriff dieses Instituts in Art. 1039 Abs. 1. und 2. erklärt (so dass jetzt unter dem Begriff Bankbürgschaft die eigenständige Bankgarantie auftaucht), während die anderen Bestimmungen des früheren Gesetzes über Schuldverhältnisse (ZOO) inhaltlich nicht verändert wurden. Änderung von Bezeichnung und Begriff dieses Instituts bedeuten sehr wichtige inhaltliche Veränderungen, so dass in der Arbeit die Wirkung dieser Änderungen auf den bisherigen Standpunkt der Rechtswissenschaft und Praxis in diesem Institut analysiert wird. Es wird von der bisherigen Terminologie im kroatischen und vergleichenden Recht und der Bedeutung der einzelnen Begriffe ausgegangen und danach die Problematik der Anwendung der Bestimmungen des ZOO vor allem hinsichtlich der Handelsbräuche (Art. 12. ZOO) bearbeitet. Beide berücksichtigend, verfolgt und bearbeitet die Arbeit Fragen, die durch die Bestimmungen des ZOO reguliert werden und nimmt dabei die bisherigen Standpunkte des Literatur und Gerichtspraxis hinsichtlich jeder bearbeiteten Frage in Betracht und legt dabei den möglichen Einfluss der eingangs angeführten Veränderungen auf künftige Standpunkte und Praxis dar. Es werden Fragen in Verbindung mit der Form der Garantie, der Qualifikation und Entstehung der Verpflichtung der Bank gegenüber dem Nutzer sowie Voraussetzungen zur Auszahlung, Übertragbarkeit und Bestätigung der Garantie behandelt.

Schlüsselwörter: *Gesetz über Schuldverhältnisse, Bankgarantie, Bankbürgschaft, eigenständige Garantie, akzessorische Garantie.*

Sommario

**GARANZIE BANCARIE SECONDO LE NORME
DELLA NUOVA LEGGE SUI RAPPORTI OBBLIGATORI
(NEL CONTESTO GIURIDICO COMPARATO)**

La nuova Legge sui rapporti obbligatori (*Zakon o obveznim odnosima, ZOO*) ha modificato il nome di “garanzia bancaria” in “assicurazione bancaria” e revisionato il contenuto di questo istituto regolato nell’art. 1039 co. 1 e 2 (ora il termine “assicurazione bancaria” include la garanzia bancaria autonoma). Altre disposizioni della precedente *ZOO* non sono state modificate di contenuto. Tuttavia la modifica di nome e contenuto di questo

concetto rappresenta una revisione sostanziale molto importante, perciò nel lavoro si analizzano le conseguenze di questa revisione nella dottrina e la prassi giuridica su questo istituto. La precedente terminologia e accezione nel diritto domestico e comparato è utilizzata come punto di partenza, e successivamente sono affrontate le questioni scaturenti nell'applicazione della nuova *ZOO*, particolarmente in relazione alla primazia degli usi commerciali (art. 12 *ZOO*). Il lavoro individua e analizza le questioni regolate dalle disposizioni della *ZOO*, sempre comparando la dottrina e la prassi attuali con le possibili conseguenze delle menzionate revisioni sulle future concezioni e prassi. Sono analizzate le questioni riguardanti la forma della garanzia, la qualificazione e la creazione dell'obbligazione bancaria verso l'utente, i requisiti per i pagamenti, la trasferibilità e l'approvazione della garanzia.

Parole chiave: *Legge sui rapporti obbligatori, garanzia bancaria, fideiussione bancaria, garanzia autonoma, garanzia accessoria.*

