

BANKARSKO JAMSTVO NA PRVI POZIV

Doc. dr. sc. Petar Miladin *

UDK 347.768

347.42

Izvorni znanstveni rad

Zastupa se stajalište da je bankarsko jamstvo na prvi poziv samostalan pravni institut te da ga je utoliko potrebno razgraničiti prema srodnom institutu bankarske garancije na prvi poziv. Tema rada usko je vezana uz djelovanje akademika Barbića i to barem zbog dva ključna razloga. Jubilar je prilikom izrade novoga Zakona o obveznim odnosima (ZOO) kao član Radne skupine za izradu Nacrta prijedloga ZOO zastupao stajalište da bankarsku garanciju ne treba posebno uređivati zakonom te da to treba prepustiti autonomnoj bankarskoj praksi koja mora voditi računa o prisilnopravnim ograničenjima. Prvi je kritički istupio protiv neodgovorne intervencije jezičnih stručnjaka učinjene bez konzultacije s pravničkom strukom koji su izraz bankarska garancija zamijenili izrazom bankarsko jamstvo, iako izraz jamstvo ima bitno drukčije značenje od garancije. Drugi je razlog taj da je akademik Barbić prvi u domaćoj pravnoj književnosti pisao o bankarskom jamstvu na prvi poziv kao o samostalnom pravnom institutu neovisnom o bankarskoj garanciji na prvi poziv. Utoliko je riječ o pionirskom radu budući da je jubilar bankarsko jamstvo na prvi poziv učinio aktualnim i sa stajališta domaćeg prava netom nakon što je poredbenopravna sudska praksa počela baratati sa samostalnim pravnom institutom bankarskog jamstva na prvi poziv. Jubilarova stajališta o bankarskim garancijama i bankarskim jamstvima ostala su najblaže rečeno bez odjeka. Kao član Radne skupine ostao je usamljen u svojim stajalištima, a njegov je pionirski rad zaboravljen. Ovaj rad je spomenica na više od 10. 000 stranica teksta koje je jubilar svojim neponovljivim rukopisom ispisao u razdoblju dužem od desetljeća, priređujući maltene sam Informatorov časopis Inozemno i međunarodno privredno pravo.

Ključne riječi: Bankarska garancija, bankarsko jamstvo, "na prvi poziv", teret dokazivanja, regresni postupak

* Dr. sc. Petar Miladin, docent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

I. UVOD

Načelo slobode ugovaranja omogućuje dogovaranje bankarskih garancija na prvi poziv i bankarskih jamstava na prvi poziv kao samostalnih pravnih instituta. Ipak, u domaćem i poredbenom pravu susrećemo različite pristupe glede razgraničenja bankarskih jamstava i bankarskih garancija.¹ Posebice se u

¹ Za domaće pravo v. Barbić, J., u: Barbić, J./Baretić, M./Crnić, I., Crnić, J./Eraković, A./Grbin, I./Hrvatini, B./Momčinović, H./Sessa, Đ., Novi Zakon o obveznim odnosima, Zagreb, 2005, str. 195-196; Barbić, J., Prikaz presude pod nazivom "Bankovno jamstvo" Saveznog suda SR Njemačke br. VIII ZR 157/78 od 2. V. 1979. objavljene u zbirci "Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen", Bd. 74, Köln/Berlin 1980, str. 244-248, u časopisu Informator - Inozemno i međunarodno privredno pravo br. 6/1980, str. 5-6; Matić, Ž., Bankovne garancije kod građevinarskih i investicionih pothvata naših poduzeća u inozemstvu, u: Kapor, V./Hraste, V./Matić, Ž./Hanžeković, M./Tontić, M./Sajko, K./Meichsner, V., Savjetovanje o pravnim problemima građevinarske i investicione djelatnosti naših poduzeća u inozemstvu, str. 64-98; Rosenberg, Lj., Bankovne garancije u međunarodnim poslovnim transakcijama, u: Pravo međunarodnih plaćanja u poslovnim transakcijama Drugi svezak, Zagreb, 1975, str. 129-201; Strahinjčić, R., Privremene mjere radi osiguranja novčanih potraživanja u bankarskim garancijama i dokumentarnim akreditivima s posebnim osvrtom na njemačko i angloameričko pravo, doktorski rad (neobjavljeno), Zagreb, 1996; Šmalcelj, Ž., Pravna narav ugovora o garanciji, s osobitim obzirom na bankovne garancije, Naša zakonitost str. 89-87 i Naša zakonitost 192-206; Vukmir, B., Akreditivi i bankarske garancije prema novom Zakonu o obveznim odnosima, PuG 4/2005, str. 276-312.

Za Njemačku v. Canaris, C.W., Bankvertragsrecht, 3. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, 1988, Berlin/New York, RdN 1102-1162; Canaris, C.W., Die Bedeutung des "materiellen" Garantiefalles für den Rückforderungsanspruch bei der Garantie "auf erstes Anfordern", ZIP 12/1998, str. 493-502; Einsele, D., Bank- und Kapitalmarktrecht, Tübingen, 2006; Fischer, G., Schutz vor missbräuchlicher Nutzung der Bürgschaft auf erstes Anfordern, WM 2005, str. 529-536; Horn, N., Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern, NJW 40/1980, str. 2154-2159; Horn, N., u: Horn, N. (ured.), J. von Staundigers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch Recht der Schulverhältnisse §§ 765-778, 13. izdanje, 1997, Berlin; Horn, N., Bürgschaften und Garantien, 8. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, 2001, Köln; Graf von Westphalen, F., Unwirksamkeit der Bürgschaft auf erstes Anfordern - Wirksamkeit der Bankgarantie?, ZIP 31/2004, str. 1433-1442; Krämer, A., Bürgschaft auf erstes Anfordern, u: Horn, N./Krämer, A. (ured.), Bankrecht 2002, str. 177-198; Kreft, G., Garantie und Bürgschaft auf erstes Anfordern, u: Hadding, W./Nobbe, G., (ured.), Bankrecht 2000, str. 115-139; Lang, A., Rückforderung des auf eine Bürgschaft auf erstes Anfordern Geleisteten im Urkundenprozess, WM 1999, str. 2329-

domaćoj sudskoj praksi naglašava da je bankarska garancija po svojoj pravnoj prirodi posebno jamstvo tako da sudovi u obrazloženjima presuda samo uočavaju određene razlike između bankarskih garancija i uobičajenog, redovnog ugovora o jamstvu.² Bankarske garancije na prvi poziv olako se zamjenjuju

2335; Larenz, K./Canaris, C.W., Lehrbuch des Schuldrechts, II. Band 2. Halbband, 13. izdanje, München, 1994, § 60; Mühlbert, P.O., Missbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz, Tübingen, 1985; Nielsen, J., u: Schimansky, H./Bunte, H.-J./Lwowski, H.-J. (ured.), Bankrechts-Handbuch, Band III, 2. izdanje, München 2001, § 121. Bankgarantien bei Aussenhandelsgeschäften; Rigol, R., Schadensersatz bei ungerechtfertigter Inanspruchnahme einer Bürgschaft auf erstes Anfordern, ZIP 7/2000, str. 306-308; Schmidt, J., Die Effektivklausel in der Bürgschaft auf erstes Anfordern, WM 1999, str. 308-313; Schnauder, F., Zahlungsverprechen auf erstes Anfordern im System des Schuldrechts, WM 42/2000, str. 2073-2081; Weth, S., Bürgschaft und Garantie auf erstes Anfordern, AcP 189 (1989), str. 303-341.

Za Austriju v. Koziol, H., u: Avancini, P./Iro, G.M./Koziol, H., Österreichisches Bankvertragsrecht, Band II, Wien, 1993, Rbr 3/21-3/37; Bydlinski, P., Moderne Kreditsicherheiten und zwingendes Recht, AcP, 1990, str. 165-181; Bydlinski, P., Die Bürgschaft auf erstes Anfordern: Darlegungs- und Beweislast bei Rückforderung durch den Bürgen, 34/1990, str. 1401-1407.

Za Švicarsku v. Zobl, D., Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, u: Wiegand, W. (ured.), Berner Bankrechttag 1997 Personalsicherheiten, Bern 1997, str. 23-54; Esch, U./Renz, H./Arpagaus, R., Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. izdanje, Zürich, 2004, Rbr. 1200; Kellerhals, F., Verfahrensrechtliche Aspekte bei der Durchsetzung von Personalsicherheiten, u: Wiegand, W. (ured.), Berner Bankrechttag 1997 Personalsicherheiten, Bern 1997, str. 131-173.

Za SAD glede *standby letters of credit* v. Dolan, J.F., The Law of Letters of Credit (Commercial and standby Credits), 1996 (update 2002 No 1), Boston, § 11.06(1); Wunicke, B./Wunicke, D.B./Turner, P., Standby and commercial letters of credit, 3. izdanje, 2003 Supplement, New York, § 7.03(II).

Općenito glede spomenutog pitanja u međunarodnoj trgovini v. Bertrams R.F., Bank Guarantees in International Trade, 3. izmijenjeno izdanje, Paris/New York, 2004, str. 316-318; Horn, N., Die Bankgarantie im internationalen Umfeld, u: Wiegand, W. (ured.), Berner Bankrechttag 1997 Personalsicherheiten, Bern 1997, str. 87-130.

² V. presude: Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, Pž-554/98, od 3. 3. 1998., objavljenu u ING registru Sudska praksa 3/1998, str. 66. Br. 186.82; Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, Pž-1768/97 od 1.12.1998., objavljenu u Zborniku odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske 1994.-2004. Broj devet, str. 94-95 Br. 121/V; Privrednog suda Hrvatske, Pž-754/92 od 7. 4. 1992., objavljenu u Zborniku odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske 1994.-2004. Broj devet, str. 92 Br. 116/I; Privrednog suda Hrvatske, Pž-1268/93 od 15. 6. 1993., objavljenu u Zborniku odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske 1994.-2004. Broj devet, str. 89 Br. 111/I.

bankarskim jamstvima na prvi poziv ponajviše stoga jer domaća pravna i poslovna praksa ne poznaju samostalan institut bankarskog jamstva na prvi poziv. To je, međutim, jalovo opravdanje jer sustavno zamjenjivanje bankarske garancije na prvi poziv bankarskim jamstvom na prvi poziv, koje je kulminiralo novim ZOO-om³, jasno potvrđuje da ni institut bankarske garancije na prvi poziv nije dovoljno razjašnjen u domaćem pravu. Razgraničenje bankarskih garancija na prvi poziv i bankarskih jamstava na prvi poziv je test poznavanja jamstva i garancije kao samostalnih, ali i srodnih pravnih instituta. Ni na poredbenopravnoj razini nema jednoznačnih odgovora usprkos tome što se mnoga od njih već desetljećima bave spomenutim institutima. Štoviše, danas je pravni položaj bankarskih garancija na prvi poziv i bankarskih jamstava na prvi poziv neizvjesniji nego što je bio prije petnaestak godina.

Njemačko pravo u tom pogledu ima sasvim poseban položaj. Prevalilo je dug put od nepriznavanja bankarskog jamstva na prvi poziv⁴ do njegovoga priznavanja.⁵ Njemačka sudska praksa prva je potvrdila samostalnost bankarskih jamstava na prvi poziv pobliže utvrđujući obrise tog pravnog instituta. Ugovaranje jamstva na prvi poziv putem općih uvjeta poslovanja trpi u novije doba i u njemačkoj poslovnoj praksi snažna ograničenja i to zaobilaznim putem jer je sudska praksa zauzela stajalište da su pogodbe općih uvjeta poslovanja o pružanju osiguranja izdavanjem bankarskog jamstva na prvi poziv ništetne.⁶ Pretjerano je, međutim, zaključiti da je time u njemačkom pravu praktički zadan smrtonosni udarac bankarskom jamstvu na prvi poziv.⁷ S druge strane, neka poredbena prava opovrgavaju pravnu samostalnost bankarskom jamstvu na prvi poziv te ga tumače ili kao redovno jamstvo ili kao bankarsku garanciju na prvi poziv.⁸ Susreću se i stajališta po kojima je preuzimanje jamstva na prvi poziv općenito uzevši ništetno uz obrazloženje da se isključivanje prigovora iz odnosa

³ V. čl. 1039. do čl. 1043. ZOO koji uređujući bankarsku garanciju govori o bankarskom jamstvu.

⁴ Pregled njemačke sudske prakse i pravne književnosti o jamstvima na prvi poziv do kraja sedamdesetih godina prošloga stoljeća daje Lang, A., op. cit. u bilj. 1, str. 2331.

⁵ U tom pogledu kao prva se ističe presuda njemačkog BGH od 2.5. 1979 - VIII ZR 157/78, BGHZ 74, 244 koju je jubilar prikazao u radu cit. u bilj. 1, str. 5-6. V. i kasnije presude BGH WM 1984, 44; BGH WM 1988, 934.

⁶ V. BGH ZIP 2002, 1198 i 1690. Poblize v. Graf von Westphalen, F., op. cit. u bilj. 1, str. 1433 i nadalje.

⁷ Tako, ipak, Graf von Westphalen, F., op. cit. u bilj. 1, str. 1433 i nadalje.

⁸ Tako za francusko i dansko pravo Bertrams, R. E., op. cit. u bilj. 1, str. 61.

valute kosi s pravnom prirodom jamstva.⁹ U Velikoj Britaniji bankarska jamstva na prvi poziv su u načelu valjani pravni poslovi pri čemu se ne pridaje značaja raspravi jesu li u pitanju neakcesorne garancije ili akcesorna jamstva.¹⁰

Ugovaranje “plaćanja na prvi poziv” odnosno “plaćanja bez ikakvih prigovora” u bankarstvu je snažan indicij o tome da su strane ugovorile garanciju, a ne jamstvo.¹¹ Bankarski termin “na prvi poziv” nije, međutim, sam po sebi dovoljan da bi određena obveza bila apstraktna odnosno potpuno neovisna o obvezi iz temeljnog odnosa, odnosa valute.¹² Činjenica da bankarska garancija i bankarsko jamstvo mogu zajednički dijeliti uglavak “na prvi poziv”, nije razlog za izjednačavanje tih dvaju još uvijek različitih pravnih instituta. Nije isto je li akcesornost isključena ili je samo ograničena. Između apstraktnosti i akcesornosti kao krajnjih točaka postoje različiti prijelazni oblici. Bankarsko jamstvo na prvi poziv ostaje u sferi akcesornosti usprkos tome što se po svojim pravnim učincima u najvećoj mogućoj mjeri približava pravnim učincima koji se vežu uz kategoriju apstraktnosti. Bankarski termin “na prvi poziv” uglavnom se dovodi u vezu s odsustvom, isključenjem akcesornosti, no nema zapreka da ga se veže i uz nedostatak akcesornosti. I u obrnutom smjeru treba jednako zaključivati, upućuju li, dakle, uvjeti naplate bankarske garancije na odnos valute nije samim time posrijedi bankarsko jamstvo. Štoviše, očitovanje koje korisnik daje banci prilikom naplate bankarske garancije na prvi poziv u pravilu upućuje na temeljni odnos između nalogodavca i korisnika jer inače ne bi bilo lako utvrditi za koju činidbu banka garantira.¹³

Ponajprije treba razgraničiti bankarska jamstva na prvi poziv i bankarske garancije na prvi poziv. Institute treba doktrinarno postaviti. Potom treba izučiti-

⁹ Riječ je o presudi belgijskog Vrhovnog suda iz 1994. koja navodi Bertrams, R.F., op. cit. u bilj. 1, str. 62.

¹⁰ Riječ je o tzv. *conclusive evidence clauses* koje obvezuju “garanta” da bez odgađanja plati po zahtjevu korisnika. Poziv korisnika garantu da mu se plati dovoljan je dokaz da je nalogodavac za izdavanje garancije koja sadrži spomenutu klauzulu povrijedio svoje obveze iz odnosa valute osigurane spomenutim instrumentom. *Conclusive evidence clauses* često se umeće i u ugovore o akcesornom jamstvu. V. pblžiže Bertams, R.F., op. cit. u bilj. 1, str. 64-65.

¹¹ Tako i Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, str. 498.

¹² Tako i Matić, Ž., op. cit. u bilj. 1, str. 66. Matić na temelju toga pogrešno zaključuje da bankarska garancija na prvi poziv nije apstraktna. I Šmalcelj, Ž., op. cit. u bilj. 1, str. 200, smatra da bankarska garancija na prvi poziv nije apstraktni pravni posao.

¹³ Tako uz navođenje primjera iz prakse i Koziol, H., op. cit. u bilj. 1, Rbr. 3/22.

ti kako se doktrinarne postavke o bankarskom jamstvu na prvi poziv trebaju pretočiti u život. Doktrina se pri tome treba rukovoditi poslovnom praksom, a ne obrnuto. Na privatnom pravu je da što točnije opiše poslovne odnose, posebice ako ni ugovaratelji nisu načistu s tim što su zapravo ugovorili, a ne da ih nanovo stvara namećući ugovarateljima rješenja. Rad je ograničen na bankarsko jamstvo na prvi poziv kao mogući tipičan ugovor domaćeg bankarstva. Dotiče se i jamstva na prvi poziv da bi podcrtao razliku između bankarskog jamstva na prvi poziv i jamstva na prvi poziv.

II. RAZGRANIČENJE IZMEĐU BANKARSKE GARANCIJE I BANKARSKOG JAMSTVA NA PRVI POZIV

2.1. Zajednička obilježja bankarske garancije i bankarskog jamstva na prvi poziv

Na prvi pogled nema nikakve razlike između bankarske garancije i bankarskog jamstva na prvi poziv. Gospodarska svrha obaju pravnih instituta je gotovo identična. Zbog tog se o njima u poredbenoj pravnoj književnosti najčešće raspravlja jedinstveno.¹⁴ *Soft law* koji se u međunarodnom trgovačkom pravu razvio glede bankarskih garancija u pravilu je bez zadržke primjenjiv i na bankarska jamstva na prvi poziv. Ponajprije je riječ o Jednoobraznim pravilima Međunarodne trgovačke komore (MTK) za garancije plative na prvi poziv.¹⁵ MTK je izdala i Model obrasce za otvaranje garancija na prvi poziv¹⁶ te Pravni vodič za Jednoobrazna pravila MTK za garancije plative na prvi poziv¹⁷. Konvencija UN o neovisnim garancijama i Stand-by akreditivima¹⁸, također, je odraz nastojanja za međunarodnim ujednačavanjem prava bankarske garancije, ali i za određenim pomacima na tom području.¹⁹ Bankarska garancija na prvi poziv i bankarsko jamstvo na prvi poziv su instituti nacionalnih prava, a ne tobožnji nadnacionalni instituti međunarodnog trgovačkog prava izuzeti od nacionalnih

¹⁴ Bertrams, R.F., op. cit. u bilj. 1, str. 63. bilješka 33. V. i Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, str. 498.

¹⁵ ICC Publication Nr. 458, 1991.

¹⁶ ICC Publication Nr. 503.

¹⁷ ICC Publication Nr 510.

¹⁸ V. rezoluciju Generalne skupštine UN 50/48 iz 1995. V. i Objašnjenje UNCITRAL Sekretarijata vezano uz Konvenciju UN o neovisnim garancijama i Stand-by akreditivima.

¹⁹ Poblize Horn, N., op. cit. u bilj. 1, str. 96-102.

privatnih prava. Pitanja koja ugovaratelji urede ili propuste urediti u okviru svog odnosa tumače se sa stajališta mjerodavnog nacionalnog prava. Zabluda je da neko autonomno međunarodno trgovačko pravo može nadomjestiti čvrsto postavljene institute mjerodavnog nacionalnog prava, neovisno o tome u kojoj će se mjeri oni u konačnici međusobno podudarati.²⁰

Gospodarska svrha obaju pravnih instituta je da korisniku brzo i jednostavno omoguće isplatu zajamčenih odnosno zagarantiranih sredstava. Osigurava se da korisnik unutar što je moguće kraćeg vremena pribavi likvidna sredstva.²¹ U poredbenom pravu bankarsko jamstvo na prvi poziv odraz je potreba prakse, posebice, na području financiranja izvoza i građevinarstva.²² Bankarsko jamstvo na prvi poziv zauzelo je, slično kao i bankarska garancija na prvi poziv, mjesto ranije raširenog gotovinskog depozita.²³ Poduzetnici koji naručuju robu ili građevinske poslove u pravilu poduzimaju značajne predradnje te stoga trebaju brzo unovčiva, likvidna sredstva osiguranja. Bankarsko jamstvo i bankarska garancija na prvi poziv imaju kao sredstva osiguranja plaćanja prednost u odnosu na gotovinski polog, depozit budući da glavni dužnik čuva svoja likvidna sredstva najmanje do nastupanja formalnog slučaja pokrivenog bankarskim jamstvom odnosno bankarskom garancijom na prvi poziv.²⁴ Prilikom ostvarivanja korisnikovih zahtjeva za naplatu nastoji se izbjeći svako moguće zavlacenje. Korisnikov poziv sadrži samo zahtjev da se plati i podatke koji su nužni da bi banka mogla identificirati jamstvo odnosno garanciju. Praktički nema razlike između korisnikova poziva banci kada se on daje s naslova garancije odnosno jamstva na prvi poziv.

Bankarskom jamstvu i bankarskoj garanciji na prvi poziv zajedničko je pružiti korisniku što bolji pravni položaj kako bi što jednostavnije ostvario svoja prava. Na spomenuto obilježje nadovezuje se i drugo zajedničko obilježje bankarskog jamstva i bankarske garancije na prvi poziv. Izokrenut je redosljed kojim se vode postupci vezani uz sporove oko naplate bankarske garancije i bankarskog jamstva na prvi poziv. Primjenjuje se, dakle, glasovito pravilo "prvo plati pa se onda sudi".²⁵ O spornim pravnim i činjeničnim pitanjima odlučuje se u drugom

²⁰ U tom pogledu i Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, RdN 1138.

²¹ BGH WM 1988, str. 934; BGH WM 1998, str. 2522.

²² Za Njemačku v. Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 178.

²³ Tako i Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 6.

²⁴ Tako Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 178.

²⁵ Poblize Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, RdN 1016; Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, str. 497.

regresnom, a ne u prvom postupku koji korisnik vodi radi naplate bankarskog jamstva odnosno bankarske garancije na prvi poziv. Nakon što banka plati tek će se u eventualnom regresnom postupku konačno presuditi ima li korisnik pravo zadržati naplaćeno ili je, pak, neosnovano naplatio jamstvo odnosno garanciju na prvi poziv.

Banka se kao jamac odnosno garant na prvi poziv ne može suprotstaviti korisnikovu zahtjevu da mu se na njegov poziv isplate zajamčena sredstva. Sporna pravna i činjenična pitanja, posebice ona iz odnosa nalagodavca odnosno glavnog dužnika i korisnika, odnosa valute, u oba se slučaja odvajaju od odnosa banke i korisnika. Prigovori koje nalagodavac odnosno glavni dužnik ima prema korisniku iz odnosa valute mogu se isticati samo zaobilazno putem instituta zabrane zlouporabe prava i to samo ako su očito utemeljeni ili ako se mogu dokazati likvidnim dokazima.²⁶

2.2. Doktrinarne razlike između bankarske garancije i bankarskog jamstva na prvi poziv

Garancija i jamstvo razlikuju se po svom odnosu prema temeljnoj obvezi koju osiguravaju. Akcesornost i apstraktnost odlučujuća su mjerila po kojima se razgraničuju bankarske garancije i bankarska jamstva neovisno o tome što mogu dijeliti zajednički uglavak “na prvi poziv” odnosno “bez prigovora”. Bankarsko jamstvo na prvi poziv prijelazni je oblik između jamstva i garancije. Posrijedi je snažno slabljenje akcesornosti, no ne i njeno potpuno uklanjanje, budući da akcesornost jamstva na prvi poziv do svog punog izražaja dolazi u naknadnom regresnom postupku.

Obveza preuzeta jamstvom ovisna je o dužnikovoj temeljnoj obvezi prema korisniku jamstva. Nasuprot tome, garant odgovara apstraktno, neovisno o tome postoji li uopće temeljna obveza trećega, najčešće nalagodavca, prema korisniku garancije. Garant će stoga odgovarati korisniku i kada treći, za čiju činidbu korisniku banka kao garant garantira, u stvarnosti ništa ne duguje korisniku. Zbog svoje neovisnosti o temeljnom odnosu, odnosu valute, bankarskom garancijom ne osigurava se samo namirenje neke korisnikove postojeće tražbine nego se njome korisniku pribavlja nova, samostalna tražbina prema

²⁶ Poblježe o tome v. pod 4.3. V., primjerice, Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, RdN 1138; Kreft, G., op. cit. u bilj. 1, str. 118. BGH WM 1996, str. 193.

banci kao garantu kojom se osigurava postojanje neke korisnikove tražbine.²⁷ Samo o tekstu garancije ovisi koliko je korisnik prilikom naplate upućen na temeljni odnos između korisnika i glavnoga dužnika. Nije posrijedi uvažavanje temeljnog odnosa već neposredna primjena ugovora o garanciji. Korisniku se u svakom slučaju ispunjava određena činidba. Jamstvom se stoga osigurava da će dužnik korisniku podmiriti neku postojeću tražbinu, dok se garancijom garant obvezuje korisniku ispuniti određenu samostalnu činidbu neovisnu o korisnikovim tražbinama prema dužniku, nalogodavcu iz njihovog temeljnog odnosa.

Bankarsko jamstvo na prvi poziv poseban je obliku jamstva koje obvezu jamca da plati veže uz puke formalne pretpostavke. Nije riječ o pravnom poslu *sui generis* nego o za vjerovnika privilegiranom obliku jamstva. Akcesornost jamstva spojiva je s bitnim obilježjem bankarske garancije na prvi poziv po kojem banka kao jamac ne može korisniku isticati prigovore već mu je dužna platiti po prvom pozivu. Banka mora platiti neovisno tome je li preuzela jamstvo ili garanciju na prvi poziv čim se ostvare formalnopravne pretpostavke za naplatu. U postupku naplate bankarskog jamstva na prvi poziv banka ne može korisniku isticati prigovore na koje inače ima pravo po čl. 116. ZOO. Jamac i korisnik dogovaraju se upravo o tome da jamac korisniku ne može isticati prigovore koje glavni dužnik ima prema korisniku iz njihovog temeljnog odnosa uključujući i prigovor nevaljanosti temeljnog posla. Pravima s naslova spomenute odredbe ZOO ugovaratelji u pravilu mogu disponirati, nije, dakle, riječ o prisilnopravnoj odredbi ZOO. Pravilo trpi određena ograničenja ako se pravo jamca da ističe prigovore s naslova čl. 116. ZOO isključuje putem općih uvjeta poslovanja.²⁸ Banka i u slučaju bankarskog jamstva i bankarske garancije na prvi poziv može uskratiti korisniku naplatu samo ako je očito ili se može likvidno dokazati da korisnik zlouporabljuje svoj formalnopravni položaj s naslova bankarske garancije odnosno bankarskog jamstva na prvi poziv.

Pravna priroda bankarskog jamstva na prvi poziv dolazi do punog izražaja tek u regresnom postupku, nakon što se korisnik neosnovano naplatio, budući da tada više nema razloga sputavati akcesornost bankarskog jamstva na prvi poziv. Jamac na prvi poziv u postupku naplate jamstva ima položaj garanta na prvi poziv da bi mu se potom, u mogućem regresnom postupku, ponovno vratio

²⁷ U tom smislu i Koziol, H., op. cit. u bilj. 1, Rbr 3/22, koji smatra da garancijom banka odgovara za postojanje određene tražbine.

²⁸ O tome поближе pod 3.2.

položaj jamca.²⁹ Akcesornost bankarskog jamstva na prvi poziv privremeno je isključena dok je kod bankarskih garancija na prvi poziv konačno isključena. Korisnik koji je naplatio bankarsku garanciju odnosno bankarsko jamstvo na prvi poziv, a da na to nije imao materijalno pravo dužan je vratiti ono što je tako primio tek u naknadnom regresnom postupku. Razlike između bankarskog jamstva i bankarske garancije na prvi poziv svode se tada na pitanje tko u regresnom postupku ima pravo od korisnika zahtijevati vraćanje neosnovano naplaćenih sredstava te tko u toj parnici snosi teret dokaza.³⁰

Bitna razlika između bankarskog jamstva i bankarske garancije na prvi poziv sastoji se u tome da kod jamstva na prvi poziv banka ima regresni zahtjev prema korisniku ako je platila po garanciji usprkos nedostacima u odnosu valute. Kod garancije na prvi poziv banka u spomenutom slučaju nema regresne zahtjeve prema korisniku bankarske garancije osim u iznimnom slučaju zlouporabe prava.³¹ Garancija i jamstvo na prvi poziv praktički bi se izjednačili ako bi se osporila spomenuta razlika.³² Razlika je rezultat akcesornosti jamstva odnosno apstraktnosti garancije. Sudska praksa ne smije pravnom prometu uskraćivati izbor pravnog posla jer se to kosi sa slobodom ugovaranja koja podrazumijeva i slobodan izbor tipa ugovora te njegova sadržaja.³³ Poredbena pravna i poslovna praksa razvile su u novije vrijeme bankarsko jamstvo na prvi poziv pored već odavno poznate bankarske garancije na prvi poziv. Izdavanjem jamstva na prvi poziv banka je u boljem pravnom položaju budući da ima regresne zahtjeve prema korisniku koji je jamstvo neosnovano naplatio. Regresni zahtjevi banke prema korisniku temelje se kod jamstva na prvi poziv na povredi ugovora, a ne na pravilima o stjecanju bez osnove kao u slučaju bankarskih garancija na

²⁹ Tako i Bydlinski, P., op. cit. u bilj. 1, str. 181.

³⁰ O tome поближе pod 4.3.

³¹ Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, str. 498, smatra da banka samo u slučaju zlouporabe prava ima regresne zahtjeve prema korisniku i s naslova bankarske garancije. U našoj pravnoj književnosti, *nota bene* prije usvajanja ZOO, zastupalo se općenito stajalište o tome da ponajprije banka, a ne nalogodavac, ima regresne zahtjeve prema korisniku koji je neosnovano naplatio bankarsku garanciju na prvi poziv. V. Matić, Ž., op. cit. u bilj. 1, str. 67. Šmalcelj, Ž., op. cit. u bilj. 1, str. 202, u konačnici ipak smatra da je nalogodavac, a ne banka ovlaštenik regresnog zahtjeva " ... iako posrijedi nije teoretski najkorektnije rješenje...". Čini se da time Šmalcelj dovodi u sumnju svoje naizgled čvrsto stajalište po kojem bankarska garancija nije apstraktan pravni posao.

³² Takvo stajalište zauzeo je primjerice njemački OLG Frankfurt/M u presudi objavljenoj u ZIP 1998, str. 148-149. Tako i Matić, Ž., op. cit. u bilj. 1, str. 67.

³³ U tom smislu i Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, str. 498.

prvi poziv.³⁴ Naposljetku teret dokaza razlikuje se ovisno o tome je li riječ o regresnom postupku koji se vodi zbog neosnovane naplate bankarskog jamstva odnosno bankarske garancije na prvi poziv.³⁵

Usprkos tome što ugovaratelji koriste izraz jamstvo posrijedi je garancija ako je namjera banke kao jamca i korisnika bila da prigovore iz odnosa valute isključe konačno, a ne samo privremeno. Banka kao jamac na prvi poziv može naknadno u novom postupku regresno zahtijevati povrat plaćenog zbog nevaljanosti svoje obveze ako se pokaže da su banka i korisnik imali namjeru ugovoriti jamstvo te da je banci kao jamcu u postupku naplate bankarskog jamstva na prvi poziv samo privremeno bilo onemogućeno isticati prigovore.³⁶

2.3. Zahtjev s naslova bankarskog jamstva na prvi poziv

Bankarsko jamstvo na prvi poziv u biti je poseban oblik solidarnog jamstva.³⁷ Da bi korisnik naplatio bankarsko jamstvo na prvi poziv ne mora prije toga pozvati glavnoga dužnika na ispunjenje obveze pisanim putem ili ustvrditi da se iz imovine glavnoga dužnika očito ne može ispuniti obveza odnosno da je glavni dužnik pao pod stečaj.³⁸ Kod jamstva na prvi poziv akcesornost nije isključena, ona je samo sapeta, prikrivena.³⁹ Ako se ugovor o jamstvu na prvi poziv ne poziva ni na kakvu temeljnu obvezu posrijedi je bankarska garancija na prvi poziv, a ne bankarsko jamstvo na prvi poziv. Jamčiti se uvijek mora za nekoga.

Jamac mora platiti čim ga korisnik pozove da to učini. Korisnik u pravilu daje jamcu očitovanje koje je ugovorom o jamstvu na prvi poziv precizno propisano kao pretpostavka za plaćanje. Očitovanje je snažno formalizirano i mora se podudarati s onim što je u tom pogledu propisno ugovorom o jamstvu. Neizostavni dio očitovanja unajmanje je korisnikova tvrdnja o tome da je jamstvo dospjelo na naplatu jer, primjerice, nije ispunjena njime osigurana

³⁴ Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, RdN 1148a; Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, str. 499; Bydlinski, P., op. cit. u bilj. 1, str. 1402. V. pobje pod 5.3. i 5.4.

³⁵ V. pobje pod 5.3.

³⁶ Horn, N., op. cit. u bilj. 1, Anhang § 372. Bankgeschäfte Rbr VII/8.

³⁷ Tako primjerice i Horn, N., op. cit. u bilj. 1, Vorbem zu §§ 765 RdN 24.

³⁸ V. čl. 111. ZOO.

³⁹ Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 181, koristi izraz *gelockert*, dakle, zaključana.

obveza glavnoga dužnika.⁴⁰ Korisnik mora precizirati koju svoju tražbinu prema glavnome dužniku namiruje od jamca.

Jamčeva obveza plaćanja dospijeva čim jamcu prispije korisnikov poziv za plaćanje. Ako bankarsko jamstvo na prvi poziv sadrži klauzulu o tome da važi do određenog roka, obveza banke važi i nakon isteka toga roka ako je korisnik prije njegovog isteka pozvao banku da plati. Za očuvanje prava iz jamstva na prvi poziv dovoljan je poziv banci da plati, a nije potrebno da korisnik pokrene parnicu prije isteka roka važenja bankarskog jamstva na prvi poziv.⁴¹ Jamac pada u zakašnjenje uskrati li platiti po prvom korisnikovom pozivu. Od tada duguje korisniku zatezne kamate na neisplaćena sredstva te odgovara za naknadu nastale štete u iznosu koji prelazi zatezne kamate. Jamčeva odgovornost prema korisniku je u svakom slučaju privremena i ovisi o tome hoće li se u mogućem naknadnom regresnom postupku utvrditi da korisnik u konačnici nije imao materijalno pravo naplatiti bankarsko jamstvo na prvi poziv.⁴²

Korisnikovu tužbu s naslova jamstva na prvi poziv treba odbiti ako je već na temelju isprave jasno da jamstvo ne pokriva obvezu iz osnovnog odnosa na koju se korisnik poziva.⁴³ Jamac je, štoviše, u odnosu prema glavnome dužniku dužan uskratiti korisniku isplatu ako ga korisnik pozove da mu namiri neku drugu obvezu glavnoga dužnika, a ne onu koja je navedena u ispravi o jamstvu na prvi poziv.⁴⁴ Obveza iz osnovnog odnosa koju se osigurava jamstvom na prvi poziv mora nedvojbeno biti navedena u ugovoru o jamstvu na prvi poziv odnosno u ispravi o jamstvu na prvi poziv.⁴⁵ Poziv za naplatu banka treba otkloniti i ako se korisnik pozivajući banku da mu plati očitovao o tome da još nije dospjela obveza glavnoga dužnika koja je osigurana jamstvom na prvi poziv. Jamac je i u tom slučaju u odnosu prema glavnome dužniku dužan uskratiti korisniku isplatu ako iz njegovog očitovanja proizlazi da osigurana obveza još nije dospjela.⁴⁶

⁴⁰ Tako i Horn, N., op. cit. u bilj. 1, Vorbem zu §§ 765 RdN 27.

⁴¹ Tako i presuda VTS RH, Pž-417/93 od 15. veljače 1994. objavljena u Zborniku odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske 1994.-2004. Broj devet, str. 92-93 Br. 117/II. Presuda se tiče bankarskih garancija na prvi poziv, ali je bez daljnega primjenjiva i na bankarska jamstva na prvi poziv.

⁴² V. tek Horn, N., op. cit. u bilj. 1, Vorbem zu §§ 765 RdN 27.

⁴³ Tako BGH ZIP 1996, 172. V. i Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 181.

⁴⁴ Tako i Horn, N., op. cit. u bilj. 1, Vorbem zu §§ 765 RdN 27.

⁴⁵ Prema čl. 105. ZOO izjava o jamčenju mora biti učinjena u pisanom obliku.

⁴⁶ Tako i Horn, N., op. cit. u bilj. 1, Vorbem zu §§ 765 RdN 27.

Prilikom tumačenja jamstva treba početi samo od ugovora i od isprave na koju se ugovor poziva.⁴⁷ Utoliko se načelo dokumentarne strogosti u odgovarajućoj mjeri primjenjuje i na bankarska jamstva na prvi poziv.⁴⁸ Pored toga sud smije uzeti u obzir i druge isprave koje prileže spisu te činjenice koje nisu sporne. Parničnom postupku je u pravilu strano postupovno ograničavati stranke glede sredstava dokazivanja, a upravo to je bit bankarskih garancija i bankarskih jamstava na prvi poziv. Materijalnopравни dogovori mogu iznimno izmijeniti, pa i preokrenuti krutu parničnu formu. Korisnik jamstva na prvi poziv i jamac na prvi poziv ograničeni su kao stranke u dokazivanju zbog pravne prirode jamstva na prvi poziv. Jednako tako u dokazivanju su ograničeni i korisnik te garant kao ugovorne strane bankarske garancije na prvi poziv u slučaju spora radi naplate bankarske garancije na prvi poziv.

Jamstvo na prvi poziv služi brzom provođenju njime zajamčenih prava. Zbog toga su pretpostavke pod kojima se ostvaruje naplata jamstva na prvi poziv izuzetno formalizirane te je jamac snažno ograničen u mogućnostima isticanja prigovora. Građansko parnično postupovno i ovršno pravo imaju zadaću omogućiti ostvarivanje materijalnih prava, a to je na području jamstava i garancija na prvi poziv zahtjevno zbog potrebe da se u konfliktnim slučajevima nađu sustavna rješenja koja će pomiriti međusobno suprotstavljene interese.⁴⁹ Formaliziranje naplate jamstva na prvi poziv i, shodno tome, ograničavanje jamčevih prigovora u formaliziranom postupku naplate pretpostavljaju da korisnikovo pravo na naplatu nedvojbeno proizlazi iz isprava koje prileže spisu odnosno iz nespornih činjenica. Sa stajališta korisnika jamstva na prvi poziv nije pretjerano strogo tumačiti da njegova naplata treba proizlaziti iz isprave o jamstvu na prvi poziv.

Korisnik jamstva može u svakom slučaju već prilikom sklapanja ugovora o jamstvu na prvi poziv nedvojbeno pojasniti koja svoja prava osigurava jamstvom. Svrha jamstva na prvi poziv dovela bi se u pitanje ako bi se postupak naplate odužio brojnim izvođenjima dokaza o postojanju temeljne tražbine osigurane jamstvom na prvi poziv.⁵⁰ Bankarska jamstva na prvi poziv često su u praksi sročena dvosmisleno tako da u većoj ili manjoj mjeri upućuju na ispunjenje

⁴⁷ Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 181.

⁴⁸ O načelu dokumentarne strogosti vezano uz dokumentarne akreditivne i bankarske garancije v., primjerice, Vukmir, B., op. cit. u bilj. 1, 294. V. i Jednoobrazna pravila 458, čl. 2. b.

⁴⁹ Za švicarsko pravo usporedi s Kellerhals, F., op. cit. u bilj. 1, str. 133.

⁵⁰ Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 181.

pretpostavki vezanih uz temeljni odnos, odnos valute. I pravni laici barataju jamstvima na prvi poziv. Zbog toga je potrebno odvojeno rastumačiti bankarska jamstva na prvi poziv koja jasno upućuju na to da je banka bez ikakvih daljnjih pretpostavki i zatezanja obvezna platiti po prvom korisnikovom pozivu od bankarskih jamstava na prvi poziv koja korisnikovu naplatu vežu uz ispunjenje nekih dodatnih pretpostavki.

a) *“Na prvi poziv”*

Obveza banke da plati na prvi korisnikov poziv mora jasno proizlaziti iz teksta garancije odnosno jamstva. Dovoljno je, međutim, i ako banka u naknadnoj pisanoj prepisci s korisnikom potvrdi da je preuzela obvezu platiti po prvom korisnikovom pozivu.⁵¹

Ostvarivanje prava s naslova jamstva na prvi poziv olakšano je u odnosu na “obično”, redovno jamstvo upravo zbog svoje svrhe koja se sastoji u što bržem pribavljanju likvidnih sredstava. Korisnik jamstva na prvi poziv nije, za razliku od vjerovnika “običnog”, redovnog jamca, dužan dokazivati dužnikovu valjanu i dospjelu obvezu osiguranu jamstvom na prvi poziv.⁵² Da bi korisnik ostvario svoja prava iz jamstva na prvi poziv dovoljno je da dade očitovanje kako je propisano u ispravi o jamstvu. Korisnikov poziv jamcu mora se doslovno podudarati sa sadržajem isprave o jamstvu na prvi poziv samo ako je to bilo izričito ugovoreno. Pravni položaj vjerovnika s naslova jamstva na prvi poziv podudara se s pravnim položajem vjerovnika s naslova gotovinskog depozita. Vjerovnik može svakodobno posegnuti za sredstvima položenim u depozit, a da pri tome nije dužan dokazivati dužnikovu valjanu i dospjelu obvezu. Dužnik koji je položio sredstva u depozit morat će u posebnom postupku ostvarivati svoja moguća prava na naknadu štete odnosno za povratom sredstava koja je vjerovnik prisvojio bez pravne osnove, pa tako to mora učiniti i onaj tko se poziva na to da se korisnik bankarskog jamstva na prvi poziv neosnovano naplatio. Pravo mora pratiti praksu u slučaju da rezoni poslovanja odluče zamijeniti uvriježene gotovinske depozite jamstvima na prvi poziv. Pretpostavke pod kojima vjerovnici ostvaruju prava s naslova jamstva na prvi poziv moraju se ravnati prema zadaćama koje je poslovna praksa namijenila jamstvu na prvi

⁵¹ Horn, N., op. cit. u bilj. 1, Anhang § 372. Bankgeschäfte Rbr VII/8.

⁵² Za “obično”, redovno jamstvo v. čl. 111. st. 2. i st. 3. ZOO.

poziv. Vjerovniku treba stoga omogućiti naknadu čim ispoštuje pretpostavke navedene u tekstu jamstva na prvi poziv.

Pravo banke ovisi, s druge strane, o tome je li ona prema okolnostima pojedinog slučaja trebala platiti korisniku te o tome je li se pridržavala nalagodavčevih uputa iz odnosa pokrića. Zbog toga je paušalna i kao takva promašena odredba ZOO po kojoj je nalagodavac dužan platiti banci svaki iznos koji je banka platila korisniku s naslova bankarskog jamstva na prvi poziv.⁵³

b) Efektivne klauzule jamstva na prvi poziv

Jamstva odnosno garancije na prvi poziv najčešće sadrže dodatak za koji se ustalio naziv efektivna klauzula. Svrha efektivne klauzule je da pravo s naslova garancije odnosno jamstva na prvi poziv učini ovisnim o dodatnim pretpostavkama pored pukog korisnikovog poziva da mu se plati.⁵⁴ Problem se svodi na to jesu li ugovaratelji dovoljno jasno očitovali svoju namjeru da ugovore efektivnu klauzulu ili su se propisivanjem nedovoljno jasno sročeni pretpostavki za naplatu ipak zadržali u sferi plaćanja na prvi poziv. Ima li, dakle, prevagu ugovaranje takvih daljnjih pretpostavki za naplatu ili, pak, uglavak na prvi poziv. Efektivna klauzula nameće, s jedne strane, korisniku dodatne obveze glede naplate jamstva odnosno garancije na prvi poziv, a, s druge strane, proširuje jamčeva, garantova prava da uskrati korisniku naplatu budući da nastupanje njihove obveze veže uz dodatne pretpostavke. Efektivnom klauzulom utvrđuju se dodatne materijalnopravne pretpostavke za naplatu pored čisto formalnog korisnikovog poziva.⁵⁵ Namjera ugovaratelja je da jamstvo odnosno garanciju vežu i uz nastupanje stvarnog, materijalnog, a ne pukog formalnog događaja, no ona mora proizlaziti iz teksta klauzule.⁵⁶ One nisu jedinstvene nego su sročene tako da obuhvaćaju najrazličitije materijalne pretpostavke. Dijelom su sročene paušalno i nejasno poput, primjerice, “ako nastupi šteta” ili “ako prodavatelj ne isporuči robu”, tako da korisniku nameću tek obvezu šabloniziranog očito-

⁵³ V. čl. 1043. st. 2. ZOO.

⁵⁴ V. Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, RdN 1131; Horn, N., op. cit. u bilj. 1, Anhang § 372. Bankgeschäfte, Rbr. VII 95; Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 184; Schmidt, J., op. cit. u bilj. 1, str. 308.

⁵⁵ Na to, posebice, upozoravaju Schmidt, J., op. cit. u bilj. 1, str. 308; Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 184.

⁵⁶ Horn, N., op. cit. u bilj. 1, Anhang § 372. Bankgeschäfte, Rbr. VII 95

vanja.⁵⁷ Dijelom zahtijevaju precizno propisano korisnikovo očitovanje o tome da su nastupili događaji odnosno činjenice pokriveni jamstvom ili garancijom na prvi poziv. Naposljetku, efektivnim klauzulama propisuje se i obveza podnošenja pisanog očitovanja, pa i od strane trećega, o nastupanje događaja odnosno činjenica pokrivenih jamstvom ili garancijom na prvi poziv.

Sporno je kako korisnik mora dokazati nastupanje događaja odnosno činjenica propisanih efektivnom klauzulom jamstva ili garancije na prvi poziv. Sporno je i kako uopće pomiriti garanciju ili jamstvo na prvi poziv s obvezom objektivnog ispitivanja nastupanja okolnosti odnosno činjenica pokrivenih jamstvom ili garancijom na prvi poziv. U slučaju neprecizne i nejasne klauzule prevladava stajalište po kojem je vjerovnik dužan samo formalno potvrditi da su nastupile dodatne pretpostavke propisane tobožnjom efektivnom klauzulom za naplatu jamstva, garancije na prvi poziv.⁵⁸ Materijalnopravne pretpostavke navedene u efektivnoj klauzuli moraju se u tim slučajevima dokazivati u posebnom regresnom postupku koji se vodi nakon što se korisnik naplati, a ne već u prvom postupku koji korisnik vodi protiv banke radi naplate jamstva na prvi poziv. Nejasne ugovorne odredbe dogovorene putem općih uvjeta poslovanja treba tumačiti u korist druge ugovorne strane odnosno korisnika bankarskog jamstva na prvi poziv, dakle, na štetu one strane koja ih je sastavila, a to je u pravilu banka. Korisnik se, dakle, u slučaju nepreciznih klauzula bankarskog jamstva na prvi poziv ima pravo pouzdati u onaj sadržaj koji je za njega povoljniji.⁵⁹ Daljnja je obveza banke upozoriti nalogodavca na rizike koji proizlaze iz nedovoljno jasno danih naloga za izdavanje bankarskih garancija odnosno bankarskih jamstava. Riječ je o obvezi obazrivosti koja se izvodi iz pravila o pozitivnoj povredi ugovora odnosno tražbine. Obveze obazrivosti rezultat su povećanog stupnja pozornosti koji je banka kao profesionalac dužna uvažavati poslujući u svojoj branši. Povrijedi li banka svoje obveze obazrivosti izlaže se odgovornosti za naknadu štete prema nalogodavcu, posebice, ako on nije bio vičan poslovati bankarskim garancijama i bankarskim jamstvima na prvi poziv.

⁵⁷ To je slučaj i s klauzulom koja je primjera radi navedena. V. poglavlje 4.1. 2.3.a). Zaključak dijele i Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, str. 493; N Horn, N., op. cit. u bilj. 1, Anhang § 372. Bankgeschäfte, Rbr. VII 95

⁵⁸ Tako OLG München WM 1998, 342, 344; Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 184.

⁵⁹ U tom smjeru i presuda PsH, PŽ-1682/93, od 23. studenog 1993., objavljena u Zborniku odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske 1994.-2004. Broj devet, str. 95-96 Br. 123/II.

Da je tada dovoljno izričito ili konkludentno korisnikovo očitovanje posredno potvrđuje i Konvencija UN o neovisnim garancijama⁶⁰ te Jednoobrazna pravila MTK o garancijama iz 1991. Riječ je o shvaćanju koje prevladava u međunarodnom bankarstvu. Kod *Standby* akreditiva odgovarajuće korisnikovo očitovanje o nastupanju osiguranih događaja ili činjenica standardna je pretpostavka naplate.⁶¹ Nalogodavac se ne može pouzdati u nedorečene i polovične formulacije i iz njih izvlačiti zaključke o svojoj zaštiti protiv naplate jamstava, garancija na prvi poziv zlouporabom prava od strane korisnika.⁶² Korisnikovo očitovanje kao pretpostavka propisana efektivnom klauzulom ne može se smatrati uvjetom naplate zbog načela o formalnoj strogosti garancije, jamstva na prvi poziv.⁶³ Poslovna praksa izgubila bi na životnosti ako bi se sudionike jamstava, garancija na prvi poziv natjeralo da iz svojih ugovora izbacuju efektivne klauzule uz objašnjenje da one razvodnjavaju garancije, jamstva na prvi poziv.⁶⁴

Korisnik se stoga smije osloniti na to da će pridržavajući se ugovorom propisanih formalnosti glede naplate garancija, jamstava na prvi poziv u što je moguće kraćem vremenu doći do likvidnih sredstava. Likvidnost bi kao najvažnija zadaća jamstva, garancije na prvi poziv bila dovedena u pitanje ako bi vjerovnik morao izvoditi dokaze o nastupanju okolnosti ili činjenica osiguranih jamstvom, garancijom na prvi poziv.⁶⁵ Poziv za naplatu jamac, garant mora, međutim, odbiti ako na temelju korisnikova držanja zna ili mora znati da korisnik nije materijalnopravno ovlašten naplatiti jamstvo, garanciju na prvi poziv. Pored toga jamac, garant mora u dvojbenim slučajevima zatražiti od korisnika odgovarajuća očitovanja kako bi se otklonile dvojbe vezane uz naplatu garancija, jamstava na prvi poziv koje uključuju i efektivnu klauzulu.

⁶⁰ V. čl. 2. st. 1. Konvencije UN o neovisnim garancijama.

⁶¹ Opširnije Horn, N., op. cit. u bilj. 1, Anhang § 372. Bankgeschäfte, Rbr. VII 95, 115.

⁶² Suprotno tome Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, RdN 1131; Schmidt, J., op. cit. u bilj. 1, str. 308. U švicarskom pravu, također, prevladava stajalište da ugovaranjem efektivne klauzule korisnik preuzima obvezu dokazati nastupanje pravnih ili činjeničnih okolnosti uz koje se veže naplata jamstva, garancije na prvi poziv, već prilikom naplate. V. Zobl, D., op. cit. u bilj. 1, str. 37-38. Zobl stajalište potkrjepljuje i odlukama švicarske sudske prakse, a poziva se i na Canarisa.

⁶³ Horn, N., op. cit. u bilj. 1, Anhang § 372. Bankgeschäfte, Rbr. VII 95.

⁶⁴ Praksu u tom smjeru savjetuje Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, RdN 1131.

⁶⁵ Tako i Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 185.

III. PREUZIMANJE BANKARSKOG JAMSTVA NA PRVI POZIV NEPOSREDNOM POGODBOM I PUTEM OPĆIH UVJETA POSLOVANJA

3.1. Preuzimanje bankarskog jamstva na prvi poziv neposrednom pogodbom

U načelu nema zapreke da se jamstvo na prvi poziv preuzme neposrednom pogodbom. Sloboda ugovaranja omogućuje da svatko preuzme jamstvo na prvi poziv.⁶⁶ Štiteći slabiju ugovornu stranu pretjerano je izvesti zaključak da jamstvo na prvi poziv mogu preuzeti samo banke, osiguravajuća društva i jaka dionička društva koja posluju i u inozemstvu.⁶⁷ U okviru slobode ugovaranja svatko je slobodan odlučiti hoće li preuzeti jamstvo na prvi poziv. Svatko stoga može preuzeti jamstvo na prvi poziv neposrednom pogodbom uz opća ograničenja propisana u čl. 4. i čl. 329. ZOO.⁶⁸ Ugovori li banka neposredno sa svojim klijentom da je sva jamstva koja preuzme za klijenta ovlaštena platiti po prvom korisnikovom pozivu takva je klauzula suprotna načelu savjesnosti i poštenja te stoga ništetna jer pogađa čak i redovna, obična jamstva koja je banka preuzela za svoga klijenta, nalogodavca.

Osobe koje nisu vične jamstvu na prvi poziv štite se i uspostavljanjem obveza obavještavanja i razjašnjavanja prilikom preuzimanja jamstva na prvi poziv. Obveze sadržajno ovise o okolnostima pojedinoga slučaja, a pogađaju sudionike jamstva na prvi poziv koji se u svom poslovanju uobičajeno susreću s jamstvima na prvi poziv. O pojedinom slučaju ovisi je li to jamac ili korisnik. Banka je u svakom slučaju podvrgnuta tim obvezama neovisno o tome sudjeluje li u jamstvu na prvi poziv kao jamac, korisnik ili glavni dužnik. Obveze su po svojoj pravnoj prirodi obvezivnosti koje se izvode iz pravila o pozitivnoj povredi ugovora, tražbine. Posebice ih treba prihvatiti ako jamcu nisu bile poznate pravne posljedice preuzimanja jamstva na prvi poziv dok je korisnik za njih znao ili je morao znati, a jednako tako je znao da to nije bilo poznato jamcu. Jamac se mora suočiti s rizicima kojima se izlaže preuzimanjem jamstva

⁶⁶ Tako BGH ZIP 1997, 582, 583; BGH ZIP 1998, 905, 906. V. i Kreft, G., op. cit. u bilj. 1, str. 126; Horn, N., op. cit. u bilj. 1, RdN 61.

⁶⁷ Takvo je stajalište zastupao njemački BGH do svoje presude od 2. travnja 1998. V. BGH ZIP 1998, 905.

⁶⁸ Riječ je o prisilnopravnoj primjeni načela savjesnosti i poštenja te pravila vezanih uz sklapanje zelenaških ugovora.

na prvi poziv jer tek tada može slobodno odlučiti o tome hoće li preuzeti jamstvo na prvi poziv. Po istom načelu je i banka kao jamac dužna upozoriti glavnog dužnika o pravnim posljedicama pružanja takvog sredstva osiguranja.

Tada su posrijedi predugovorne obveze razjašnjavanja. Njihovom povredom banka odnosno korisnik izlažu se odgovornosti za naknadu štete koja se obračunava po pravilima o negativnom pogodbenom interesu.⁶⁹

Pravilo po kojem se svatko dužan upoznati s pravnim posljedicama obveza koje je preuzeo u pravnom prometu relativizira se postuliranjem korisnikovih odnosno jamčevih obveza razjašnjavanja kojima je svrha zaštititi jamca ili pak nalogodavca kao slabiju ugovornu stranu. Ako se jamac može pozvati na povredu obveza razjašnjavanja postavlja se pitanje odgovara li on tada unajmanje s naslova "običnog" jamstva.⁷⁰ Isto pitanje postavlja se vezano uz dužnost druge strane ugovora o jamstvu na prvi poziv da upozna jamac koji nije dovoljno vičan preuzimanju jamstva na prvi poziv s pravnim posljedicama koje iz toga za njega proizlaze. Korisnik tada u pravilu odgovara jamcu po pravilima o odgovornosti za štetu, a u težim slučajevima povrede jamstvo na prvi poziv je ništetno. Granica između ništetnosti neposredne pogodbe o pružanju jamstva na prvi poziv i odgovornosti korisnika prema jamcu za štetu nije čvrsto postavljena i ovisi o okolnostima pojedinog slučaja.

3.2. Preuzimanje bankarskog jamstva na prvi poziv putem općih uvjeta poslovanja

Pravilo po kojem u okviru slobode ugovaranja u načelu svatko može preuzeti jamstvo na prvi poziv nailazi na snažna ograničenja vezano uz ugovaranje putem općih uvjeta poslovanja. Izjava o jamčenju na prvi poziv mora se dati u pisanom obliku.⁷¹ Za to se u pravilu koriste unaprijed pripremljeni ugovorni obrasci odnosno tipske klauzule o jamčenju na prvi poziv. Ugovorne pogodbe o preuzimanju jamstva na prvi poziv najčešće su stoga izložene i sudskoj kontroli općih uvjeta poslovanja sukladno odredbama ZOO i ZZP.⁷² Ugovaranje jamstva na prvi poziv putem općih uvjeta poslovanja u pravilu neće proći sudsku

⁶⁹ Tako i Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 179.

⁷⁰ BGH ZIP 1998, 905. Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 179.

⁷¹ V. čl. 105. ZOO.

⁷² V. čl. 296. ZOO i čl. 81. ZZP.

kontrolu općih uvjeta poslovanja.⁷³ Takvim klauzulama jednostrano se štite korisnikovi interesi čime se suprotno načelu savjesnosti i poštenja uzrokuje značajna neravnoteža u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu sugovaratelja korisnika općih uvjeta poslovanja, posebice, potrošača. Pozivajući jamca da mu plati korisnik nije dužan dokazivati da je glavna tražbina nastala i dospjela. Jamstvo na prvi poziv omogućuje korisniku da ostvari svoj zahtjev s naslova jamstva, a da se pri tome ne ispituju pretpostavke odnosno prigovori iz pravnog odnosa između korisnika i glavnoga dužnika.

Pravilo posebice treba primijeniti ako je jamac na prvi poziv potrošač, a korisnik osoba trgovačkog prava. Među primjerima ugovornih odredbi koje se mogu smatrati nepoštenima ZZP izričito navodi i odredbu kojom se isključuje, ograničava ili otežava pravo potrošača da prava iz ugovora ostvari pred sudom, odredbu koja onemogućava izvođenje dokaza koji idu u prilog potrošaču kao i odredbu kojom se teret dokaza prebacuje na potrošača iako bi prema mjerodavnom pravu teret dokaza bio na trgovcu.⁷⁴ Prva dva primjera nepoštenih pogodbi u svakom slučaju trebaju rezultirati ništetnošću jamstva na prvi poziv ugovorenog putem općih uvjeta poslovanja. Utoliko nema razlike između ugovaranja jamstva na prvi poziv neposrednom pogodbom prema ugovaranju garancija na prvi poziv neposrednom pogodbom jer je ono i u potonjem slučaju ništetno, ali po drugom pravnom temelju⁷⁵. Jamstvo na prvi poziv ima u načelu široko područje primjene, ali u praksi je to područje suženo. Bankarsko jamstvo na prvi poziv je tipizirano jamstvo na prvi poziv. Sudionici netipiziranih jamstava na prvi poziv teško mogu očekivati da će sudovi pružiti pravnu zaštitu njihovim dispozicijama neovisno o tome je li riječ o osobama trgovačkog ili građanskog prava.

Primjena bankarskog jamstva na prvi poziv podrazumijeva poštivanje kogentnih obveznopравnih načela. Bankarsko jamstvo na prvi poziv je stoga ništetno ako njegovo ugovaranje ide za tim da se zaobiđe primjena prisilnopравnih odredbi o sudskoj kontroli nepoštenih pogodbi ugovorenih putem općih uvjeta poslovanja. Upravo to je posrijedi ako banka naručitelja radova izda bankarsko jamstvo na prvi poziv građevinaru osiguravajući tako obročno plaćanje cijene pri čemu pravo građevinara da naplati jamstvo na prvi poziv ne ovisi o tome

⁷³ BGH ZIP 1990, 1186; BGH ZIP 1998, 905. V. i Kreft, G., op. cit. u bilj. 1, str. 127; Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 179.

⁷⁴ V. čl. 82. ZZP.

⁷⁵ Ništetnost je tada rezultat povrede čl. 4. i čl. 329. ZOO.

jesu li radovi zaista i izvedeni nego tek o proizvoljnoj radnji građevinara kao korisnika bankarskog jamstva na prvi poziv.⁷⁶ Primjerice o izvatku iz knjige građevinskih radova koju vodi isključivo građevinar. Ništetna je odredba općih uvjeta poslovanja kojom se suugovaratelj korisnika općih uvjeta poslovanja obvezuje na ispunjenje ugovorne činidbe, dok je ispunjenje obveze korisnika općih uvjeta poslovanja uvjetovano okolnošću čije ispunjenje ovisi isključivo o volji korisnika općih uvjeta poslovanja.⁷⁷ Bankarsko jamstvo na prvi poziv ništetno je i ako se, primjerice, njegovim izdavanjem zaobilaze prisilnopravni propisi o zabrani ugovaranja pretjerano stroge ugovorne kazne putem općih uvjeta poslovanja. Ako korisnik bankarskog jamstva na prvi poziv ne može od svog dužnika u temeljnom odnosu utjerati previsoku ugovornu kaznu o kojoj su se pogodili putem općih uvjeta poslovanja, ne smije mu se priznati pravo da naplatom bankarskog jamstva na prvi poziv zaobilazno ipak naplati takvu ugovornu kaznu.⁷⁸ Isto stajalište treba zauzeti i glede odgovarajućih slučajeva koji bi pogodili bankarske garancije na prvi poziv.

Klauzula o jamstvu na prvi poziv proći će provjeru sudske kontrole općih uvjeta poslovanja samo ako se pokaže da u pojedinom slučaju nije potrebno dodatno štiti jamce. U određenim trgovačkim branšama treba zauzeti načelno stajalište po kojem je dopušteno ugovarati jamstvo na prvi poziv putem općih uvjeta poslovanja u okviru trgovačkih ugovora. Ako se određena društva poput banaka i osiguravajućih društava u okviru svog redovitog predmeta poslovanja bave izdavanjem jamstava na prvi poziv nije ih potrebno posebno štiti, štoviše treba im omogućiti da se time profesionalno bave. Jednako tako u načelu su valjana i jamstva na prvi poziv koja društvo majka koncerna daje korisnicima radi ispunjenja obveza društava kćeri ili unuka istoga koncerna.⁷⁹ Na temelju

⁷⁶ Za njemačko pravo v. BGH ZIP 1986, 831. V. i Kreft, G., op. cit. u bilj. 1, str. 121.

⁷⁷ V. čl. 82. ZZZP. Usporedi i s preciznijim čl. 3. st. 3. Smjernice EZ 93/13.

⁷⁸ Do drukčijih zaključaka dolazi BGH ZIP 2003, 908, s obzirom na pogrešnu tezu da ništetnost bankarskog jamstva na prvi poziv ne povlači za sobom i ništetnost običnog, redovnog jamstva kao tobože valjanog dijela jedno te iste klauzule općih uvjeta poslovanja.

⁷⁹ Takva je jamstva štoviše preporučljivo davati u okviru koncerna s obzirom na obvezu da se ovisnome društvu koncerna nadoknadi svaka šteta koja mu je nastala time što je ovisno društvo pod utjecajem vladajućeg društva poduzelo neku radnju. Jamstvo na prvi poziv je utoliko izjednačeno s pribavljanjem koristi podobne za to da se nadoknadi štetan utjecaj poduzete radnje na imovinsko stanje društva ili njegovu sposobnost privređivanja. Opširnije o pitanjima pribavljanja odgovarajuće koristi unutar koncerna

toga ne treba, međutim, zaključivati da je ugovaranje jamstva na prvi poziv putem općih uvjeta poslovanja ograničeno na trgovački promet jer valjanost jamstva na prvi poziv u konačnici ovisi o okolnostima pojedinog slučaja. Svatko tko je jasno suočen s pravnim posljedicama svog jamčenja preuzima valjanu obvezu pod uvjetom da ona nije valjana zbog drugih razloga, koji se ne tiču njegove upućenosti.

3.3. Pravne posljedice ništetnih jamstava na prvi poziv

Pravopolitički rezoni zaštite jamca na prvi poziv ne dotiču se bankarskih jamstava na prvi poziv budući da banku kao jamca na prvi poziv nije potrebno posebno štiti. Utoliko se rasprava tiče jamstava na prvi poziv izvan bankarstva.

Postavlja se pitanje oslobađa li se jamac na prvi poziv svake odgovornosti prema korisniku ako je jamstvo na prvi poziv ništetno. Odgovara li jamac tada s naslova jamstva na prvi poziv, ili je korisniku obavezan ispuniti obveze s naslova "običnog", redovnog jamstva.⁸⁰ Rezultira li k tome i kršenje predugovornih obveza obazrivosti u slučaju jamstva na prvi poziv oslobađanjem jamca od svake odgovornosti ili i tada treba prihvatiti stajalište po kojem jamac odgovara s naslova običnog, redovnog jamstva.⁸¹

Nije utemeljeno stajališta da jamca tada ne treba osloboditi svake odgovornosti nego da ga treba obvezati blažim stupnjem odgovornosti s naslova običnog, redovnog ugovora o jamstvu.⁸² Stajalište se pravda tvrdnjom da jamstvo na prvi poziv uključuje i jamčevu obvezu s naslova običnog jamstva budući da jamstvo na prvi poziv nije posebna vrsta osiguranja nego je tek poseban oblik jamstva koji je vjerovnicima poželjan zbog sužene mogućnosti isticanja prigovora od strane jamca. Nije li jamstvo na prvi poziv valjano korisniku ostaje zahtjev s naslova "običnog" jamstva ako su ispunjene pretpostavke koje se zahtijevaju za preuzimanje takvog "običnog", redovnog jamstva.⁸³ Činjenica da je riječ o

v. Barbić, J., *Pravo društava* Knjiga prva Opći dio, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2006, str. 642-643.

⁸⁰ BGH ZIP 1999, 836.

⁸¹ BGH ZIP 1992, 684. V. Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 181.

⁸² Spomenuto stajalište zastupaju BGH ZIP 1992, 684, 685; Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 180; Horn, N., op. cit. u bilj. 1, Anhang § 372. Bankgeschäfte, Rbr VII/9.

⁸³ Tako, međutim, BGH NJW 1992, 1446, 1447. Presudu zagovaraju i Larenz, K./Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, str. 81.

posebnom obliku jamstva nije dovoljna da bi jamstvo na prvi poziv tretirali kao djeljivu pogodbu u smislu da ona sadrži valjani i nevaljani dio. Jamstvo na prvi poziv je jedinstven sporazum tako da nisu utemeljene konstrukcije koje polaze od suprotnog stajališta.⁸⁴

Pozitivnopravno nije utemeljena tvrdnja koja polazi od toga da je jedno te ista klauzula nišetna u dijelu u kojem jamac preuzima poseban oblik obvezivanja na prvi poziv, dok je klauzula valjana u dijelu u kojem jamac preuzima obično, redovno jamstvo.⁸⁵ Sud jednostavno nema pravo iz pravila o tumačenju ugovora⁸⁶ izvlačiti zaključke po kojima ugovaratelji u slučaju nišetnosti ugovorne pogodbe pristaju na to da sud spasi njihov dogovor priznavajući pravne učinke nekakvom zdravom dijelu nišetne klauzule.

Plati li jamac korisniku usprkos tome što je jamstvo bilo nišetno o okolnostima pojedinog slučaja ovisi hoće li jamac ili pak nalogodavac od korisnika zahtijevati povrat neosnovano naplaćenih sredstava. Ponajprije je potrebno utvrditi je li jamac znao odnosno je li morao znati da je jamstvo nišetno bilo zbog toga jer je njime korisnik prijevarno nastojao zaobići nišetnost neke svoje tražbine iz odnosa valute, bilo zbog razloga koji se neposredno tiču nedostataka u odnosu između jamca i korisnika. I tada je jamac dužan uskratiti plaćanje samo ako je očito da je jamstvo nišetno odnosno ako je sam ili uz pomoć nalogodavca u stanju smjesta likvidno dokazati da je jamstvo na prvi poziv nišetno. U interesu je jamca da se nakon isplate korisniku povuče iz jamstva te da nalogodavcu i korisniku prepusti raščišćavanja njihovih međusobnih odnosa. Nakon što se jamac pokrije on u pravilu nema pravnog interesa da pored pokrića koje je dobio od nalogodavca i od korisnika zahtijeva povrat neosnovano naplaćenih sredstava. Iznimka je moguća ako nalogodavac cedira jamcu tražbine koje tada ima prema korisniku. Jamčev pravni položaj u pravilu nije ovisan o tome je li preuzeo valjano ili nišetno jamstvo nego o tome hoće li mu nalogodavac pokriti učinjene troškove te naknadu. Jamac je prisiljen i nadalje sudjelovati u obveznopravnom trokutu tek ako mu nalogodavac ospori pokriće pozivajući se na to da je isplatio korisnika, a da za to nije imao pravne osnove jer je, primjerice, jamstvo bilo nišetno. Samo tada rizik nišetnosti ugovora o jamstvu snosi jamac kao ugovorni partner korisnika jamstva na prvi poziv. Jamac tada

⁸⁴ Tako i Graf von Westphalen, F., op. cit. u bilj. 1, str. 1437.

⁸⁵ Sa stajališta njemačkog prava tako Heinrichs, u: Palandt BGB Kommentar, 63. izdanje, München, 2004, vor § 307 RdN 8; Graf von Westphalen, F., op. cit. u bilj. 1, str. 1437.

⁸⁶ V. čl. 319. ZOO.

ima pravo tražiti od korisnika povrat neosnovano naplaćenog. Nema bojazni da će se tada jamac kao tužitelj izložiti neprimjerenim teškoćama u dokazivanju svog tužbenog zahtjeva i to jednostavno stoga jer je teret dokaza na korisniku kao tuženiku ako on i nadalje ustraje na tome da je jamstvo valjano.⁸⁷ Osim toga jamca je tada glavni dužnik već suočio s likvidnim dokazima o ništetnosti jamstva na prvi poziv.

Ne može se jamčiti za nevaljanu temeljnu obvezu.⁸⁸ Ako je temeljni ugovor između korisnika i glavnoga dužnika ništetan ugovorne obveze zamjenjuju se obvezama vraćanja s naslova čl. 323. ZOO. Glavni dužnik dužan je korisniku vratiti sve ono što je primio na temelju ništetnog ugovora. Akcesornost jamstva nameće stajalište po kojem se jamac tada oslobađa svake odgovornosti. Nije nego utemeljeno stajalište po kojem je jamac i tada dužan stati iza glavnoga dužnika i jamčiti korisniku za povrat svega onoga što je glavni dužnik primio na temelju ništetnog ugovora.⁸⁹

IV. NAPLATA BANKARSKOG JAMSTVA NA PRVI POZIV I MATERIJALNO PRAVO

4.1. “Formalnopravne” i “materijalnopravne” pretpostavke naplate jamstva na prvi poziv

Korisnikov poziv jamcu popraćen šabloniziranim očitovanjem o nastupanju pretpostavki za naplatu u pravilu je dovoljan da korisnik ostvari svoja prava s naslova jamstva na prvi poziv jednako kao i kod garancija na prvi poziv. Praktična predodžba jamstva na prvi poziv ne razlikuje se utoliko od garancije na prvi poziv pa je oba instituta moguće približiti istim primjerom⁹⁰: “Platit ćemo Vam po prvom pozivu svaki iznos do 430 000 DM neovisno o valjanosti i pravnim učincima prethodno spomenutog ugovora. Ujedno se odričemo svih prigovora koji bi proizlazili iz prethodno spomenutog ugovora. Poziv se daje u

⁸⁷ Suprotno tome čini se Graf von Westphalen, F., op. cit. u bilj. 1, str. 1438. Za vladajuće stajalište u njemačkoj pravnoj književnosti v., primjerice, Horn, N., op. cit. u bilj. 1, Vorbem zu §§ 765 RdN 33. V. поближе под 5.3.

⁸⁸ Tako čl. 108. st. 1. ZOO.

⁸⁹ Suprotno Larenz, K./Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 60 I. c.

⁹⁰ Primjer za bankarsku garanciju na prvi poziv daje Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, str. 493.

pisanom obliku uz Vaše očitovanje da ste E. & T. d.o.o. uredno isporučili robu sukladno pogodbama prethodno spomenutog ugovora te da Vam o dospjelosti E & T. d.o.o. nije za robu platio iznos iz ove garancije.”

Očitovanje opisano u primjeru označava se kao “formalna” pretpostavka za naplatu bankarske garancije na prvi poziv odnosno bankarskog jamstva na prvi poziv.⁹¹ Korisnik stječe “formalno” pravo na naplatu jamstva na prvi poziv čim dađe spomenuto očitovanje kako je to propisano u ispravi o jamstvu. Sasvim je drugo pitanje stoji li spomenuto očitovanje. Korisnik smije naplatiti jamstvo odnosno garanciju na prvi poziv samo ako na to ima pravo sukladno osnovnom odnosu između njega i dužnika budući da je korisnik jamstva odnosno garancije na prvi poziv u pravilu vjerovnik iz spomenutog osnovnog odnosa koji se naziva i odnos valute. U potonjem slučaju govori se o “materijalnoj” pretpostavci za naplatu garancije odnosno jamstva na prvi poziv.⁹²

Korisnik može naplatiti jamstvo odnosno garanciju na prvi poziv, a da ujedno to nije smio učiniti. Treba razriješiti sporove u kojima korisnik poduzima sve što je formalno potrebno da bi se naplatilo, dok mu jamac ili dužnik to formalno pravo osporava tvrdeći da se korisnik materijalnoppravno nije ovlašten naplatiti. U pravilu dužnik tražbine koju se osigurava osporava korisnikovu naplatu zahtijevajući u svojstvu nalogodavca jamstva odnosno garancije na prvi poziv od banke kao nalogoprimca da korisniku uskrati naplatu. Pitanje o formalnostima vjerovnikova poziva jamcu da mu plati treba razdvojiti od pitanja o kojim pretpostavkama ovisi vjerovnikovo materijalno pravo da se naplati iz jamstva na prvi poziv.⁹³ Odgovor na potonje pitanje u načelu daje pogodba kojom korisnik i dužnik ugovaraju sredstva osiguranja radi ispunjenja dužnikove obveze prema korisniku. Jamstvu na prvi poziv svojstveno je da korisnik iz svog formalnog položaja, odnosno prava da pukim pozivom jamcu naplati jamstvo, može izvući više nego što bi mu pripadalo po materijalnoppravnom položaju odnosno prema pogodbi kojom korisnik i dužnik ugovaraju sredstva osiguranja radi ispunjenja dužnikove obveze prema korisniku.⁹⁴ Posljedica je da se jamac na prvi poziv može naplatiti iako nisu ispunjene pretpostavke propisane čl. 104.

⁹¹ Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, str. 493; Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 184; Kreft, G., op. cit. u bilj. 1, str. 128.

⁹² V. Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, str. 493; Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 184.

⁹³ O formalnoppravnom i materijalnoppravnom nastupanju slučaja osiguranog garancijom na prvi poziv v. Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, str. 493. Vežano uz jamstvo na prvi poziv v. Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 184.

⁹⁴ Tako i Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 184.

ZOO za naplatu "običnog", redovnog jamstva. Korisnik tada snosi odgovornost za naknadu štete zbog povrede pogodbe kojom s dužnikom ugovara osiguranje svoje tražbine iz osnovnog odnosa.

4.2. Jamčevi prigovori

Ugovorom o jamstvu na prvi poziv zasniva se odnos između jamca i korisnika. Jamčevi prigovori protiv naplate suženi su na najmanju moguću mjeru zbog pravne prirode jamstva na prvi poziv te se spomenuto stajalište postavlja samo po sebi. Interes likvidnosti kao temeljne zadaće jamstva na prvi poziv uklapa se u institut jamstva na prvi poziv.⁹⁵ Jamac je dužan platiti po prvom korisnikovom pozivu ako su ispunjeni formalni uvjeti navedeni u ispravi o jamstvu ili iznimno i izričito navedeni materijalnopravni uvjeti.

U postupku naplate jamstva jamac je kao tuženik u pravilu lišen svih prigovora koji se tiču osnova i visine temeljne tražbine osigurane jamstvom na prvi poziv.⁹⁶ Jednako tako jamac je u slučaju spora lišen prigovora koji se tiču pojedinosti vezanih uz obvezu koju je preuzeo. Relativnost obveznih odnosa ne dopušta da jamac ističe korisniku prigovore iz odnosa pokrića tj. prigovore koje jamac može istaknuti nalogodavcu. Riječ je, primjerice, o vremenskim ili drugim ograničenjima jamčeve obveze utvrđenim u okviru odnosa pokrića, ali ne i u odnosu između jamca i korisnika. Takvi prigovori su *res inter alios acta* u pravnom odnosu između jamca i korisnika.⁹⁷ O njima treba odlučiti tek u regresnom postupku koji će jamac ili glavni dužnik po mogućnosti voditi protiv korisnika. Materijalno i procesno pravo omogućuju da svi činjenični i pravni sporovi izdvoje iz postupka naplate jamstva odnosno garancije na prvi poziv. Iznimke treba dopustiti samo ako je očito ili se u najmanje može likvidno dokazati da korisnik nema pravo naplatiti se iz jamstva odnosno garancije na prvi poziv.⁹⁸

U postupku naplate jamstva na prvi poziv akcesornost je i nadalje sapeta. Akcesornost jamstva na prvi poziv ponovno se uspostavlja tek u regresnom

⁹⁵ V. Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 185.

⁹⁶ V. Kreft, G., op. cit. u bilj. 1, str. 128; Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 185.

⁹⁷ Tako glede bankarske garancije Zobl, D., op. cit. u bilj. 1, str. 39; Kleiner, B., op. cit. u bilj. 1, str. 195-196.

⁹⁸ V. Kreft, G., op. cit. u bilj. 1, str. 129, uz navođenje njemačke sudske prakse.

postupku.⁹⁹ Jamac je ovlašten od korisnika regresno potraživati isplaćena sredstva ako iza korisnikovog ostvarenog tužbenog zahtjeva nije stajalo pravo da se naplati iz jamstva na prvi poziv. Riječ je o odgođenoj akcesornosti ili o ostatku akcesornosti jamstva na prvi poziv.

4.3. Prigovor zlouporabe prava

Prigovor zlouporabe prava ograničava korisnikovo pravo da se smjesta naplati iz garancije odnosno jamstva na prvi poziv. Ujedno i relativizira načelo po kojem se korisniku ne mogu isticati prigovori iz odnosa valute. Govori se o tome da prigovor zlouporabe prava probija i apstraktnost bankarske garancije odnosno jamstva na prvi poziv.¹⁰⁰ Bolje je reći da se ograničenje iz čl. 6. ZOO mora uvažiti upravo zbog formaliziranog postupka naplate jamstava odnosno garancija na prvi poziv, a ne neovisno o njihovoj formalnoj strogosti.¹⁰¹ Korisnikov formalni pravni položaj mora se preispitati sa stajališta prisilnopravnih načela obveznog odnosa.

Prigovor zlouporabe prava, tzv. *exceptio doli*, ima svoj pravni temelj u čl. 6. ZOO. On se ne može unaprijed isključiti nikakvom ugovornom pogodbom jer je čl. 6. ZOO prisilnopravna odredba. Tekst garancije odnosno jamstva na prvi kojim se isključuju svi mogući prigovori nema nikakvog značaja glede isticanja prigovora zlouporabe prava. Paušalno je tvrditi da korisnik zlorabi svoja prava ako poziva jamca da mu plati iako jamac protiv njegovoga zahtjeva može isticati prigovore i zahtijevati povrat isplaćenih sredstava u naknadnom regresnom postupku.¹⁰² Istina, prigovorom zlouporabe prava općenito uzevši označava se zapravo bilo koje ograničenje nekog ovlaštenja.¹⁰³ Na konkretnoj razini bankarske garancije i bankarskog jamstva na prvi poziv zlouporaba prava je teži oblik povrede obveznog odnosa nego što je to puko neovlašteno ostvarivanje prava.

Kako bi se sačuvala funkcija likvidnosti jamstva odnosno garancije na prvi poziv prigovor zlouporabe prava treba uvažiti samo ako se oslanja na nesporne

⁹⁹ Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 185.

¹⁰⁰ V. Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, RdN 1138; Zobl, D., op. cit. u bilj. 1, str. 43.

¹⁰¹ U tom smjeru i v. Westphalen, F., op. cit. u bilj. 1, str. 1435.

¹⁰² Tako ipak Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 185.

¹⁰³ Tako i Bydlinski, P., op. cit. u bilj. 1, str. 177.

činjenice ili ako nedvojbeno proizlazi iz isprave o jamstvu. Jamac odnosno garant na prvi poziv mogu s uspjehom isticati prigovor zlouporabe prava samo ako je on očito utemeljen ili ga je moguće utvrditi likvidnim dokazima.¹⁰⁴ Zlouporaba korisnikovog formalnog položaja mora biti svakome jasna.¹⁰⁵

Zlouporabom prava treba smatrati slučaj kada korisnik poziva banku da plati iako je nad njim otvoren stečajni postupak, a on je k tome i prestao voditi svoje poduzeće. Korisniku odnosno stečajnom upravitelju treba priznati pravo naplatiti bankarsko jamstvo na prvi poziv samo ako tako pribavljena likvidnost služi tome da korisnik kao stečajni dužnik nastavi voditi svoje poduzeće i u stečajnom postupku.¹⁰⁶

4.4. Prigovori iz bankarskog jamstva na prvi poziv

Jamac na prvi poziv može prigovoriti korisniku da se njegov poziv za naplatu ne odnosi na temeljnu tražbinu povodom koje je i izdano jamstvo na prvi poziv. Prigovor se može s uspjehom isticati već u prvom postupku u kojem korisnik tuži jamca na isplatu jamstva na prvi poziv. Prigovor pogađa samo preuzimanje jamstva, a ne postojanje temeljne tražbine.¹⁰⁷ Svakome tko preuzima jamstvo na prvi poziv mora se omogućiti da jamstvo kao svoje osobno osiguranje ograniči na točno određenu tražbinu iz ugovornog odnosa između korisnika i glavnog dužnika.¹⁰⁸ Jamac može računati na to da će korisniku uvijek uskratiti naplatu pozivajući se na to da korisnik namjerava naplatiti neku glavnu tražbinu koja nije obuhvaćena jamstvom na prvi poziv, osim ako je korisnikov zahtjev očito

¹⁰⁴ Tako glede bankarskih jamstava na prvi poziv Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 186. Vezano uz bankarske garancije na prvi poziv v. Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, RdN 1139; Zobl, D., op. cit. u bilj. 1, str. 44. Stajalište po kojem garant i korisnik uvijek mogu isticati prigovor zlouporabe prava zastupaju, primjerice, Mülberr, P., op. cit. u bilj. 1, str. 76; Koziol, H., op. cit. u bilj. 1, str. 61; Bydlinski, P., op. cit. u bilj. 1, str. 174. Weth, S., op. cit. u bilj. 1, str. 340, zastupa stajalište da se kod bankarskih garancija na prvi poziv prigovor zlouporabe prava uopće ne može isticati.

¹⁰⁵ Kreft tvrdi da u njemačkoj sudskoj praksi prigovor zlouporabe prava nije do sada bio uvažen, iako zaključak ne proizlazi iz teksta. Tako Kreft, G., op. cit. u bilj. 1, str. 129. Kreft je sudac njemačkog BGH.

¹⁰⁶ Tako i Fischer, G., op. cit. u bilj. 1, 536.

¹⁰⁷ Tako i Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 186.

¹⁰⁸ Tako BGH ZIP 1998, 905; BGH ZIP 1999, 836. Poblize Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 186.

utemeljen ili ga je moguće utvrditi likvidnim dokazima. Pokaže li se na temelju isprave o jamstvu da glavna tražbina na koju se korisnik poziva nije osigurana jamstvom na prvi poziv, korisnik ne može u parničnom postupku koji se vodi radi naplate jamstva s uspjehom baratati činjenicama o kojima sud ne može imati saznanja, a kose se sa sadržajem isprava koje prileže spisu.¹⁰⁹

I u spomenutim slučajevima posrijedi je korisnikovo ostvarivanje prava suprotno svrsi zbog koje je izdano jamstvo na prvi poziv. Utoliko, dakle, nema razlike između jamstva i garancije na prvi poziv.¹¹⁰

4.5. Prigovori s naslova klauzule o pružanju osiguranja i ništetnih klauzula iz temeljnog odnosa o pružanju osiguranja izdavanjem bankarskih jamstava na prvi poziv

Jamac se može uspješno obraniti od korisnikovih posezanja za naplatom ako jamstvo na prvi poziv isključivo služi ispunjenju ugovorne pogodbe o pružanju osiguranja, a iz spomenute pogodbe, o kojoj su se korisnik i glavni dužnik sporazumjeli u okviru odnosa valute, nedvojbeno proizlazi da korisnik nema pravo naplatiti jamstvo na prvi poziv jer je ta pogodba ništetna.¹¹¹ Pravnopolitički rezon je jasan. Od rizika vezanih uz izdavanje bankarskog jamstva na prvi poziv potrebno je ponajprije pravno zaštititi glavnog dužnika iako on nije strana ugovora o bankarskom jamstvu na prvi poziv.¹¹² Kod bankarskog jamstva na prvi poziv nema potrebe štiti banku kao jamca na prvi poziv. Pravnu zaštitu treba zaobilaznim putem usmjeriti prema glavnome dužniku.

Glavni dužnik može na temelju čl. 1111. ZOO zahtijevati od korisnika jamstva na prvi poziv vraćanje sredstava koja je naplatio od jamca ako je ugovorna pogodba o pružanju osiguranja ništetna ili ako korisnik s njenog naslova nema pravo naplatiti jamstvo na prvi poziv. Nema zapreke ni da glavni dužnik istakne korisniku kondikijski prigovor tako da mu ospori naplatu budući da ona nema pravnu osnovu. I jamac može na temelju čl. 116. st. 1. ZOO, već u postupku koji korisnik jamstva vodi protiv njega, istaknuti spomenuti prigovor

¹⁰⁹ BGH ZIP 1999, 836.

¹¹⁰ O odgovarajućim zaključcima glede bankarskih garancija na prvi poziv v. Zobl, D., op. cit. u bilj. 1, str. 44; Mühlbert, P.O., op. cit. u bilj. 1, str. 54.

¹¹¹ Tako BGH ZIP 2001, 833. V. i Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 187; Kreft, G., op. cit. u bilj. 1, str. 130-131.

¹¹² V., primjerice, Einsele, D., op. cit. u bilj. 1, § RdN 99.

ako je očito utemeljen ili ga je moguće utvrditi likvidnim dokazima.¹¹³ Pretpostavka za to je da banka kao jamac ima pravomoćnu presudu koja potvrđuje da je klauzula o pružanju osiguranja ništetna. Ništetnost klauzule iz temeljnog odnosa o pružanju osiguranja izdavanjem jamstva na prvi poziv ne povlači za sobom i ništetnost bankarskog jamstva na prvi poziv nego iz spomenutih razloga može dovesti do toga da banka valjano uskrati ili mora uskratiti korisniku naplatu.¹¹⁴

Tužbu korisnika jamstva na prvi poziv protiv jamca treba tada odbiti jer je već u prvom postupku moguće sa sigurnošću utvrditi da korisnik jamstva na prvi poziv zlouporabljuje svoj formalnopravni položaj.¹¹⁵ Građevinar kao glavni dužnik zbog ništetnosti pogodbe o pružanju osiguranja ima pravo od korisnika jamstva na prvi poziv zahtijevati povrat primljenih sredstava.

¹¹³ Tako glede čl. 116. st. 1. odgovarajućeg § 768. st. 1. njemačkog BGB, BGH ZIP 2000, 833.

¹¹⁴ Suprotno tome ipak Graf von Westphalen, F, op. cit. u bilj. 1, str. 1436. Ispravno stajalište po tom pitanju zauzima Einsele, D., op. cit. u bilj. 1, § 5 RdN 101.

¹¹⁵ V. BGH ZIP 2001, 833. U spomenutom slučaju tužitelj je povjerio građevinskom poduzetniku izvođenje građevinskih radova. Po općim uvjetima poslovanja ugovora o građenju tužitelj je imao pravo zadržati 5% od cijene izvedenih radova kroz razdoblje od pet godina nakon primopredaje građevine radi osiguranja svojih možebitnih zahtjeva prema građevinaru s naslova nedostataka građevine. Pri tome je građevinar imao pravo zamijeniti spomenuto gotovinsko osiguranje pribavljanjem bankarskog jamstva na prvi poziv naručitelju radova koje bi pokrivalo spomenute zahtjeve naručitelja radova prema građevinaru. Tužena banka izdala je po tom osnovu tužitelju jamstvo na prvi poziv. BGH je presudio da je takva pogodba općih uvjeta poslovanja o pružanju osiguranja ništetna. Presuda se u tom pogledu oslanja na ranije zauzeto stajalište BGH (v. BGH NJW 1997, 2598 = WM 1997, 1675) po kojem je klauzula općih uvjeta poslovanja o pružanju petpostotnog gotovinskog garantnog depozita ništetna jer suprotno načelu savjesnosti i poštenja prouzročava očiglednu neravnopravnost u pravima i obvezama strana na štetu suugovaratelja korisnika općih uvjeta poslovanja. Pogodbama općih uvjeta poslovanja naručitelj radova kao korisnik općih uvjeta poslovanja neprimjereno narušava građevinarova prava ako mu njihov gubitak primjereno ne nadoknadi (tako BGH NJW 1997, 2598). Utoliko BGH smatra da izdavanje zamjenskog osiguranja odnosno bankarskog jamstva na prvi poziv za građevinara nije nikakvo prikladno obeštećenje koje bi moglo opravdati narušavanje građevinarovih prava ugovorenih klauzulom općih uvjeta poslovanja o petpostotnom gotovinskom, garantnom depozitu. Prednosti koje time ostvaruje naručitelj radova nisu, dakle, razmjerne građevinarovom pravu da izdavanjem bankarskog jamstva na prvi poziv dađe naručitelju posla zamjensko osiguranje.

Moguće je i da banka izda jamstvo na prvi poziv svjesno odstupajući od pogodbe o pružanju osiguranja.¹¹⁶ Ni tada vjerovnik nema pravo da na temelju klauzule o pružanju osiguranja od banke kao jamca zahtijeva isplatu. Isticanje prigovora ne oslobađa, međutim, banku kao jamca i tada obveze da plati po korisnikovom pozivu. Banka se kao jamac ne može pozivati na dužnikove kondikcijske zahtjeve ako je jamstvo dala svjesno odstupivši od pogodbe temeljnog posla o pružanju osiguranja. Za naplatu jamstva na prvi poziv nije bitno ispunjava li njome dužnik neku svoju obvezu iz temeljnog odnosa te koji je njezin sadržaj ako je banka preuzela jamstvo suprotno volji glavnoga dužnika ili unajmanje bez njegovoga saznanja.¹¹⁷ Pravni položaj jamca odgovara tada onome u kome se jamac odrekao određenih prigovora te se svjesno lišio pogodnosti koje bi u pogledu obrane od korisnikovih zahtjeva za naplatu jamstva mogao izvlačiti iz pravnog položaja glavnoga dužnika. U spomenutom slučaju banka kao jamac ne može posegnuti za tim prigovorima ni u naknadnom regresnom postupku koji bi ona kao jamac vodila protiv korisnika bankarskog jamstva na prvi poziv.¹¹⁸

V. NAPLATA BANKARSKOG JAMSTVA NA PRVI POZIV I POSTUPOVNO PRAVO

5.1. Privremene mjere radi osiguranja novčanih tražbina vezanih uz izdavanje bankarskih garancija i bankarskih jamstava na prvi poziv

Sporno je može li glavni dužnik ishoditi izdavanje privremene mjere kojom bi sud zabranio banci da korisniku plati s naslova jamstva na prvi poziv.¹¹⁹ Pitanje je ima li glavni dužnik pravni interes ishoditi izdavanje takve privremene mjere. Banka je kao jamac slobodna odlučiti hoće li svoju obvezu s naslova jamstva ispuniti korisniku, makar u pojedinom slučaju korisnik jamstva na prvi poziv nije ujedno i vjerovnik glavnoga dužnika u temeljnom odnosu. Glavni dužnik

¹¹⁶ V., primjerice, BGH ZIP 2000, 576.

¹¹⁷ Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 188.

¹¹⁸ V. čl. 1112. st. 1. ZOO. U tom smislu za njemačko pravo, primjerice, Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 188.

¹¹⁹ Opširnije o tome Strahinjić, R., op. cit. u bilj. 1. Akademik Barbić bio je Strahinjićev mentor prilikom izrade doktorskog rada.

ne sudjeluje u pravnom odnosu na koji je usmjerena takva privremena mjera pa se ni bančina dispozicija vezano uz isplatu jamstva na prvi poziv neposredno ne dotiče njegovih pravnih interesa.¹²⁰ Pravni interesi glavnoga dužnika biti će tada ugroženi tek kada banka od njega bude zahtijevala naknadu troškova za pruženu uslugu odnosno podmireno jamstvo na temelju ugovora o nalogu koji je u okviru odnosa pokrića sklopila s glavnim dužnikom. Banka kao jamac odnosno nalogoprimalac može na temelju čl. 773. ZOO zahtijevati da joj glavni dužnik kao nalogodavac naknadi troškove što ih je imala prilikom obavljanja naloga samo ako su učinjeni troškovi doista i bili potrebni. Banka nije trebala platiti pa shodno tome ni za plaćeno teretiti glavnoga dužnika kao nalogodavca ako korisnikov poziv da mu se plati očito nije bio utemeljen ili je bilo moguće likvidnim dokazima utvrditi da nije utemeljen.¹²¹ U spomenutom slučaju glavni dužnik kao nalogodavac nema pravnog interesa za izdavanjem privremene mjere jer će zahtjevu banke da joj podmiri učinjene troškove s uspjehom suprotstaviti prigovor da banka nije ni trebala platiti s naslova jamstva na prvi poziv.

Glavnome dužniku preostaje da privremenu mjeru usmjeri prema korisniku jamstva na prvi poziv zahtijevajući od suda da mu uskrati pravo na naplatu.¹²² U postupku izdavanja privremene mjere, također, treba utvrditi udovoljava li korisnikov poziv formalnopravnim pretpostavkama za naplatu jamstva na prvi poziv odnosno je li očito ili se unajmanje može likvidno dokazati da korisnik poseže za naplatom zlouporabljajući svoj formalnopravni položaj. Postavlja se pitanje zašto je glavni dužnik već u postupku izdavanja privremene mjere dužan podastrijeti likvidni dokaze kada čl. 296. st. 1. OZ polazi od toga da je predlagatelj osiguranja dužan učiniti tek vjerojatnim postojanje tražbine i opasnost da će protivnik osiguranja bez takve mjere spriječiti ili znatno otežati naplatu tražbine tako što će svoju imovinu otuđiti, prikriti ili na drugi način njome raspolagati. Sužena mogućnost isticanja prigovora je kod jamstva na prvi poziv posljedica materijalnopravnog ograničenja kao dopuštene stranačke dispozicije. Preuzimajući materijalnopravne obveze s naslova jamstva na prvi poziv glavni dužnik je pristao stupiti u suženu, pa i izokrenutu, procesnu poziciju. Svoja prava iz odnosa valute i odnosa pokrića glavni dužnik ostvaruje u načelu nakon što banka kao jamac podmiri korisnika osim ako je iznimno u stanju dokazati da korisnikov poziv da mu se plati očito nije utemeljen ili ima

¹²⁰ Tako i Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 188.

¹²¹ Tako i Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 189.

¹²² Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 189.

likvidne dokaze za svoju tvrdnju da korisnikov poziv da mu se plati nije utemeljen. Materijalnopravni dogovor bi se, dakle, izigrao ako bi sud u postupku izdavanja privremene mjere pružio glavnome dužniku veću pravnu zaštitu nego što bi je on mogao ostvarivati u regresnom postupku koji bi nakon isplate jamstva vodio protiv korisnika. Sud će upravo to učiniti, izda li privremenu mjeru na temelju puke vjerojatnosti o postojanju tražbina glavnoga dužnika prema korisniku jamstva na prvi poziv. To se kosi sa svrhom privremene pravne zaštite, ali i s temeljnom svrhom bankarskog jamstva na prvi poziv da korisniku čim prije osigura likvidna sredstva.¹²³

Dvojbeno je može li se kao očiti primjer korisnikove zlouporabe prava uzeti slučaj kada glavni dužnik ishodi privremenu mjeru i sud po njoj zabrani korisniku naplatiti jamstvo na prvi poziv, a korisnik usprkos sudskoj zabrani uspije naplatiti jamstvo na prvi poziv. U svakom slučaju likvidnim dokaznim sredstvima ne može se smatrati rješenje o privremenoj mjeri ako je doneseno, a da nije bilo obrazloženo i ako korisnik kao protivnik osiguranja nije bio saslušan.¹²⁴ Pravilo je da se sporovi o svim pravnim i činjeničnim pitanjima trebaju rješavati u naknadnom regresnom postupku koji nalogodavac ili banka kao jamac pokreće protiv korisnika koji je naplatio bankarsko jamstvo na prvi poziv osim ako je zlouporaba prava prilikom naplate bankarskog jamstva na prvi poziv bila očita ili ju je bilo moguće utvrditi likvidnim dokaznim sredstvima. Privremena mjera sama po sebi ne udovoljava spomenutim pretpostavkama budući da podržava tumačenja samo jedne strane spornog pravnog odnosa, a iz nje se ne može razabrati ni materijalnopravno obrazloženje, barem ne u onoj mjeri u kojoj to zahtijevaju standardi dokazivanja zlouporabe prava u postupku naplate bankarskog jamstva na prvi poziv koji korisnik vodi protiv banke.¹²⁵ Privremenom mjerom kao javnom ispravom ne potvrđuje se sadržajna točnost odluke koja je njome obuhvaćena.¹²⁶ Privremena mjera ne može se sama po sebi uzeti kao dokaz zlouporabe prava jer se donosi u sumarnom postupku u kojem su mogućnosti utvrđivanja materijalne istine svedene na najmanju moguću mjeru.

¹²³ Suprotno stajalište ima Horn, N., op. cit. u bilj. 1, Vorbem zu §§ 765 RdN 164.

¹²⁴ V. BGH ZIP 2000, 2156; EWiR 2001, 59 (Tiedke). Slučaj se tiče bankarskih garancija na prvi poziv.

¹²⁵ Tako sa stajališta njemačkog prava Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 190.

¹²⁶ Tako i Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 190.

5.2. Mandatna tužba korisnika bankarske garancije na prvi poziv i korisnika bankarskog jamstva na prvi poziv

U praksi nije rijetkost da banke odbiju platiti po zahtjevu korisnika bankarskih garancija na prvi poziv odnosno po zahtjevu korisnika bankarskih jamstava na prvi poziv. Prigovori koje banka tada ističe korisniku mogu se odnositi na opće razloge nevaljanosti preuzete obveze. Postavlja se pitanje mora li se spor između banke i korisnika rješavati u redovitoj parnici odnosno može li korisnik ishoditi presudu protiv banke u sumarnom, skraćenom postupku.

Korisnik bankarske garancije na prvi poziv i korisnik bankarskog jamstva na prvi poziv mogu ostvarivati svoje zahtjeve u skraćenom, sumarnom postupku koji se vodi povodom izdavanja dokumentiranih platnih naloga.¹²⁷ Banka kao tuženik ima pravo da ulaganjem prigovora dovede u pitanje opstanak platnog naloga. Inače se u postupku otvorenim tim pravnim lijekom raspravlja se o svim procesnim i meritornim pitanjima od kojih zavisi dopustivost i osnovanost donesene odluke, po pravilima koja važe za prvostupanjski postupak.¹²⁸ Ostvarivanje prava iz bankarske garancije na prvi poziv odnosno iz bankarskog jamstva na prvi poziv po tome bi bilo skopčano sa silnim poteškoćama pa bi tako ti instituti praktički izgubili svoj smisao. Nelojalni tuženici, ovdje banke kao garanti ili jamci, unatoč postojanju svoje obveze, dolaze u priliku da korištenjem prigovora postave još jednu prepreku ostvarivanju opravdanih korisnikovih zahtjeva.¹²⁹ Zastupa se stajalište o tome da su i sredstva radi suzbijanja zlouporabe ovlaštenja u pravilu nedovoljno efikasna da osujete šikanu.¹³⁰

Nasuprot tome, u poredbenom pravu banka kao garant odnosno jamac može u sumarnom postupku isticati samo one prigovore, uključujući i prigovor zlouporabe prava od strane korisnika, samo ako ga je u stanju dokazati ispravama ili smjesta i to likvidnim dokazima odnosno ako se prigovor temelji na činjenicama koje nisu sporne.¹³¹

¹²⁷ Za Njemačku v. Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 190; Kreft, G., op. cit. u bilj. 1, str. 131. Za SAD glede *standby letters of credit* v. Dolan, J.F., op. cit. u bilj. 1, § 11.06(1); Wunicke, B./Wunicke, D.B./Turner, P., op. cit. u bilj. 1, § 7.03(II).

Općenito glede spomenutog pitanja u međunarodnoj trgovini v. Bertrams R.F., op. cit. u bilj. 1, str. 316-318.

¹²⁸ Poblize Triva, S./Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, 7. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2004, str. 813.

¹²⁹ Tako i Triva, S./Dika, M., op. cit. u bilj. 128, str. 813.

¹³⁰ V. Triva, S./Dika, M., op. cit. u bilj. 128, str. 813.

¹³¹ Za Njemačku v. BGH WM 2000, str. 715; Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 190. Za Švicarsku v. Esmch, U./Renz, H./Arpagaus, R., op. cit. u bilj. 1, Rbr. 1200. Glede spomenu-

I u hrvatskom pravu treba prihvatiti spomenuto stajalište, ali uz ponešto drukčije obrazloženje jer naše pravo ne poznaje izvornu formu mandatnog postupka, ostavi li se po strani ovršni postupak. Ako se bankarska garancija odnosno bankarsko jamstvo na prvi poziv naplaćuje u postupku povodom izdavanja platnoga naloga prigovore nije dopušteno isticati zbog materijal-nopravnih, a ne postupopravnih razloga.¹³² Postupovno pravo prilagođava se dopuštenim materijalnopravnim dispozicijama jer bi u suprotnom valjani materijalnopravni dogovori ostali pravno nezaštićeni. Ni u postupku otvorenim ulaganjem prigovora protiv platnoga naloga ne mogu se iznositi prigovori protiv korisnikova prava da se smjesta naplati osim ako nisu očito utemeljeni ili ih je moguće utvrditi likvidnim dokazima. Cilj raspravljanja u povodu prigovora protiv platnog naloga je ispitati pravilnost i zakonitost donesenog platnog naloga, i, tako, tek posredno raspraviti o osnovanosti tužbenog zahtjeva.¹³³ Sud se mora i u postupku izdavanja platnoga naloga i u postupku povodom prigovora protiv platnoga naloga rukovoditi materijalnopravnim obilježjima bankarske garancije i bankarskog jamstva na prvi poziv jer će u suprotnom oni praktički izgubiti svoj smisao.

Bankarska garancija na prvi poziv odnosno bankarsko jamstvo na prvi poziv nisu uvršteni na taksativno određenu listu vjerodostojnih isprava, a koje pružaju osnovu za donošenje rješenja o ovrsi koje u sebi uključuje platni nalog te uvjetno određivanje ovrhe na temelju takvog (neovršnog) naloga.¹³⁴

5.3. Naknadni regresni postupak jamca protiv korisnika

Materijalnopravnom dispozicijom ugovaratelji bankarskog jamstva na prvi poziv uklanjaju akcesornost u prvom, mandatnom postupku koji korisnik vodi protiv jamca ili garanta radi naplate. Akcesornost bankarskog jamstva na prvi poziv ponovno se uspostavlja u naknadnom regresnom postupku. Ona se odgađa do započinjanja regresnog postupka. Banka može u regresnom postupku koji

tog stajališta u međunarodnom trgovačkom pravu v. Bertrams, R.F., op. cit. u bilj. 1, str. 317-318.

¹³² Krämer, A., op. cit u bilj. 1, str. 191, tako i sa stajališta njemačkog prava u kojem je, *nota bene*, mogućnost isticanja prigovora u sumarnom postupku (*Urkundenprozess*) i postupnim propisima svedena na najmanju moguću mjeru.

¹³³ Tako Triva, S./Dika, M., op. cit. u bilj. 128, str. 813.

¹³⁴ V. čl. 28., čl. 37. st. 2., čl. 53. i čl. 54. OZ.

vodi protiv korisnika bez ikakvih ograničenja ostvarivati svoja prava neovisno tome što je platila po prvom korisnikovom pozivu ili po korisnikovoj tužbi u prvom postupku, a mogla je već tada prema korisniku istaknuti prigovore koje nije bilo moguće nedvojbeno ili barem likvidno dokazati.¹³⁵

Ništetna je pogodba općih uvjeta poslovanja kojom se jamac u potpunosti odriče prigovora iz čl. 116. st. 1. ZOO jer sukladno čl. 296. st. 1. ZOO suprotno načelu savjesnosti i poštenja uzrokuje očiglednu neravnopravnost u pravima i obvezama strana na štetu suugovaratelja korisnika općih uvjeta poslovanja te ugrožava postizanje svrhe sklopljenog ugovora o jamstvu na prvi poziv.¹³⁶ Jamcu na prvi poziv ne može se uskratiti pravo da u regresnom postupku zahtijeva prema korisniku povrat sredstava plaćenih s naslova jamstva na prvi poziv. Pogodbe kojima se dokida načelo akcesornosti jamstva postavljeno čl. 116. st. 1. ZOO mijenjaju bit ugovora o jamstvu, čiji je poseban oblik i jamstvo na prvi poziv, jer se kose s jasno izraženom namjerom ugovaratelja da ostanu u okvirima jamstva. Ugovaratelji će prijeći granicu dopuštenih dispozicija isključujući u potpunosti pravo jamca isticati prigovore. Jamstvo na prvi poziv posljednja je granica disponiranja akcesornošću jamstva.

U regresnom postupku koji jamac vodi protiv korisnika ispituje se po općim pravilima koja inače vrijede za jamstvo je li jamac bio dužan platiti s naslova preuzetog jamstva. Pravila o teretu dokazivanja ista su kao i u ostalim sporovima koji proizlaze iz ugovora o jamstvu.¹³⁷ Činjenica da je jamac platio ne mijenja teret dokazivanja. U regresnom postupku izokreću se stranačke uloge tako da je korisnik opet dužan dokazati da je jamstvo valjano naplatio u prvom postupku jer je njegova tražbina prema glavnome dužniku bila dospjela.¹³⁸ Jamac, s druge strane, mora osporiti temeljnu tražbinu i predložiti dokaze kako bi se utvrdili drugi prigovori koje inače ima prema korisniku. Izuzetak od pravila o teretu dokazivanja posljedica je činjenice da banka kao jamac isplaćuje korisnika s pri-

¹³⁵ Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 190; Kreft, G., op. cit. u bilj. 1, str. 132.

¹³⁶ Za njemačko pravo glede spomenutim odredbama ZOO odgovarajućih § 768 BGB i § 9. st. 2. ABGB v. BGH ZIP 2001, 833.

¹³⁷ Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 191.

¹³⁸ Tako BGH ZIP 1988, 224. Suglasni s tim su i Horn, N., op. cit. u bilj. 1, Vorbem zu §§ 765 RdN 33; Bydlinski, P., op. cit. u bilj. 1, str. 1405. Bydlinski pridodaje da korisnik i jamac mogu ugovoriti i suprotno, odnosno da jamac, a ne korisnik snosi teret dokaza u regresnom postupku. Nasuprot tome, Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, RdN 1148a, smatra da jamac snosi teret dokaza u regresnom postupku.

držajem odnosno uz ogradu¹³⁹ da je plaćanje materijalno pravno utemeljeno.¹⁴⁰ Zbog toga korisnik ne može jamcu u regresnom postupku istaknuti prigovor s naslova čl. 1112. st. 1. ZOO. Unatoč tome što je banka kao jamac u prvom postupku već poduzela činidbu, ona u drugom, regresnom postupku glede tereta dokazivanja ima položaj kao da nije poduzela činidbu.

Jamac može od korisnika zahtijevati povrat plaćenog po pravilima o povredi ugovornih obveza. Ako je korisnik u prvom postupku nešto naplatio, a da na to nije imao materijalno pravo, on je to dužan vratiti već na temelju ugovora o jamstvu.¹⁴¹ Dvojbeno je može li jamac na temelju čl. 290. st. 4. OZ zahtijevati naknadu štete od korisnika ako mu je šteta nastala određivanjem prethodne mjere vezano uz naplatu bankarskog jamstva na prvi poziv po čl. 288. st. 3. OZ, a naknadno se u regresnom postupku utvrdi da korisnik nije imao pravo naplatiti jamstvo na prvi poziv.¹⁴² Banka kao jamac može u svakom slučaju zahtijevati naknadu štete od korisnika i to po općim pravilima ako je korisnik naplatio jamstvo, a da na to nije imao pravo.

Jamstvo na prvi poziv u određenoj mjeri izmiče općem pravilu po kojem pravni temelj svakog obveznopravnog odnosa istodobno daje pravo dužniku da ispuni, a vjerovniku da primi i zadrži činidbu.¹⁴³ Razlog tomu je podvojena

¹³⁹ BGH WM 1989, 709, u inače dobro presuđenoj stvari, pogrešno obrazlaže izokretanje stranačkih uloga glede tereta dokazivanja. BGH, naime, smatra da je to posljedica činjenice da banka plaćajući korisniku u prvom postupku ni u kojem slučaju ne priznaje temeljnu tražbinu.

¹⁴⁰ Mogućnost izokretanja stranačkih uloga glede tereta dokazivanja otvara i iscrpno razrađuje Uzelac, A., Teret dokazivanja, doktorski rad, Zagreb, 1998, str. 266-269. Glede dvojbe je li i u konkretnom slučaju posrijedi sudsko ili zakonsko pravo na izokretanje stranačkih uloga vezano uz teret dokazivanja, opravdanije je prihvatiti stajalište o zakonskom, materijalnom pravu budući da ono proizlazi iz pravila ZOO o tumačenju spornih odredbi ugovora. U svakom slučaju, ponajprije treba ispitati zajedničku namjeru ugovaratelja, a ona, barem u slučaju bankarskog jamstva na prvi poziv, ide za izokretanjem stranačkih uloga glede tereta dokazivanja. U tom smjeru i Bydlinski, P., op. cit. u bilj. 1, str. 1403.

¹⁴¹ Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, RdN 1148a; Bydlinski, P., op. cit. u bilj. 1, str. 1402-1403. Njemačka sudska praksa i pravna književnost većinom smatra da se vraćanje neosnovano naplaćenih sredstava u regresnom postupku ravna po pravilima o stjecanju bez osnove. V. Horn, N., op. cit. u bilj. 1, Vorbem zu §§ 765 RdN 33; Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 192.

¹⁴² Riječ je o slučaju iz čl. 290. st. 1. toč. 3. OZ.

¹⁴³ U tom smislu i Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 192.

bit jamstva na prvi poziv jer se ovisnost jamstva o temeljnoj tražbini uklanja u stadiju naplate da bi se ponovno uspostavila u stadiju vraćanja onoga što je eventualno bilo neosnovano naplaćeno. Činjenica je da banka kao jamac na prvi poziv u većini slučajeva mora platiti čim je korisnik pozove i da uglavnom ne može računati kako će sud uvažiti njezine prigovore. Činidba koju banka kao jamac tako ispunjava korisniku nipošto se ne smije smatrati priznanjem obveze glavnoga dužnika iz temeljnog odnosa.¹⁴⁴

5.4. Naknadni regresni postupak glavnog dužnika protiv jamca

Razlog zbog kojeg banke preuzimaju jamstva i garancije na prvi poziv, a potom ih i bezuvjetno podmiruju korisnicima, leži u činjenici da bankama u pravilu nalogodavci pokriju sve troškove pa i naknade za tako pružene usluge. Banka plaća jer se pokrila. Zbog toga se i odnos između banke, jamca te nalogodavca, koji je u pravilu i glavni dužnik, označava kao odnos pokrića. Banka kao jamac može prema nalogodavcu postaviti zahtjev za pokrićem troškova i naknade samo ako je sukladno čl. 173. st. 1. ZOO, vodeći računa o okolnostima pojedinog slučaja, trebala platiti korisniku jamstva na prvi poziv. Budući da banke unaprijed pokrivaju svoje rizike vezane uz naplatu jamstava na prvi poziv u praksi su rijetki slučajevi u kojima banke imaju interesa pred sudom raščišćivati svoj odnos s korisnikom jamstva na prvi poziv. Ponajprije je u interesu glavnoga dužnika da od korisnika zahtijeva vraćanje sredstava koja je potonji naplatio od banke kao jamca, a da na to nije imao pravo na temelju njihovog međusobnog odnosa povodom kojeg je i izdano jamstvo na prvi poziv. Svoj zahtjev prema korisniku glavni dužnik može izvoditi iz jamčevog prava da od korisnika zahtijeva vraćanje ako banka kao jamac ustupi glavnome dužniku svoje pravo.¹⁴⁵ Neovisno o tome, glavni dužnik ima i samostalno pravo da od korisnika jamstva na prvi poziv zahtijeva povrat neosnovano naplaćenih sredstava. Temeljni ugovor između korisnika i nalogodavca redovito sadrži klauzulu o pružanju osiguranja, konkretno jamstva na prvi poziv. Glavni dužnik ima ugovorni zahtjev prema vjerovniku da ga oslobodi danoga osiguranja ako se naknadno ispostavi da rizici osigurani jamstvom na prvi poziv više ne mogu nastupiti. Namiri li se vjerovnik neosnovano iz pruženog mu osiguranja, glav-

¹⁴⁴ Tako i Lang, A., op. cit. u bilj. 1, str. 2332.

¹⁴⁵ V. Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 193.

ni dužnik može samostalno zahtijevati od korisnika da mu vrati neosnovano primljeno ako je banci kao jamcu podmirio ugovorenu naknadu i učinjene troškove.

5.5. Mogu li jamac i glavni dužnik u mandatnom postupku ostvarivati regresne zahtjeve prema korisniku?

U hrvatskom pravu su instituti bankarske garancije i bankarskog jamstva na prvi poziv rezultat dopuštenog materijalnopravnog dogovora. Domaće postupovno pravo prati spomenuti stranački dogovor, ne stoji mu na putu, ali nema izričite odredbe koje bi neposredno postupopravno isključivale mogućnost isticanja prigovora u redovitoj parnici ili u postupku povodom izdavanja platnoga naloga. Pojedina poredbena prava, u postupcima koji odgovaraju našem povodom izdavanja platnoga naloga, ograničavaju tuženika u izvođenju dokaza jer mu dopuštaju da svoje tvrdnje dokaže isključivo ispravama i saslušanjem stranaka.¹⁴⁶

Sa stajališta domaćeg prava ne može se stoga postupopravno iskonstruirati tvrdnja da banka kao jamac i glavni dužnik mogu u mandatnom postupku ostvarivati svoje eventualne regresne zahtjeve prema korisniku.

U njemačkom pravu ima i suprotnih stajališta s obzirom na različitu postupopravnu podlogu.¹⁴⁷ Zastupa se tako stajalište da ugovor o jamstvu na prvi poziv u pravilu ne isključuje sumarni postupak u kojemu bi banka kao jamac ili glavni dužnik ostvarili svoje regresne zahtjeve prema korisniku. Ipak, i u njemačkom pravu, koje zbog svojih postupopravnih propisa otvara prostora spomenutim spekulacijama, prevladava stajalište po kojem nije prihvatljivo da se regresni postupci u slučaju neosnovane naplate bankarskog jamstva na prvi poziv vode po pravilima sumarnog postupka (tzv. *Urkundenprozess*).¹⁴⁸ Suprotno stajalište kosi se sa svrhom bankarskog jamstva na prvi poziv, posebice, s funkcijom likvidnosti. Regresni zahtjevi ne mogu se stoga u pravilu ostvarivati u sumarnom postupku nakon plaćanja jamstva na prvi poziv. Nema smisla da se

¹⁴⁶ Za austrijski *Mandatsverfahren* v. § 548 ZPO; za njemački *Urkundenprozess* v. 592. ZPO; za švicarski *Summarischenverfahren* v. čl. 85. i čl. 86. SchKG; za francusko pravo v. *refère* postupak.

¹⁴⁷ Za njemačko pravo v. Lang, A., op. cit. u bilj. 1, str. 1229 i nadalje. Lang je inače u doba kada je napisao citirani članak bio predsjedavajući sudac IX. Senata BGH nadležnog za sporove koji proizlaze iz jamstava na prvi poziv.

¹⁴⁸ Tako izričito BGH ZIP 2001, 1871. V. i Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 195.

valutu s naslova jamstva na prvi poziv prebacuje s korisnika na jamca i obrnuto, a da se pri tome konačno ne riješi spor između korisnika i jamca.

Ostaje, međutim, otvoreno pitanje je li u ovršnom postupku dopušteno ostvarivati regresne zahtjeve ako jamac ili glavni dužnik kao ovrhovoditelji uspiju podastrijeti ovršne ili vjerodostojne isprave koje potvrđuju da nisu nastupile materijalnopravne pretpostavke potrebne za plaćanje bankarskog jamstva na prvi poziv. Ovršno pravo utoliko ne treba trpiti nikakva posebna ograničenja vezano uz bankarska jamstva na prvi poziv.

VI. ISTICANJE PRIJEBOJA OD STRANE KORISNIKA U REGRESNOM POSTUPKU

Korisnik ne može prebiti regresne tražbine koje prema njemu ima jamac ili glavni dužnik s tražbinama koje on ima prema njima osim ako potonje nisu pokrivena jamstvom na prvi poziv. Prijebor je u pravilu isključen ako je to propisano ZOO¹⁴⁹ ili ako je to izričito ugovoreno. Povrh toga, određenoj ugovornoj strani uskraćeno je izjaviti prijebor, iako bi ona inače na to imala pravo, ako je u pojedinom obveznom odnosu prijebor prešutno isključen ili je suprotno svrsi pojedinog obveznog odnosa da ispunjenje nastupi prijeborom.¹⁵⁰ Korisnik bi domašaj pogodbe o pružanju osiguranja proširio na sve tražbine koje ima prema glavnome dužniku ako bi mu se u slučaju da je neosnovano naplatio jamstvo na prvi poziv priznalo pravo da opravdanu regresnu tražbinu prebije s tražbinom koja nije pokrivena jamstvom na prvi poziv. Takvo tumačenje klauzule o pružanju osiguranja, konkretno izdavanjem jamstva na prvi poziv, nadilazi zajedničku namjeru s kojom su strane pristupile njenom ugovaranju. Praktički korisnik koji materijalnopravno neosnovano naplati jamstvo na prvi poziv ne bi snosio nikakav rizik ako bi opravdane regresne tražbine glavnoga dužnika mogao prebiti s tražbinama koje po bilo kojem osnovu ima prema glavnome dužniku. Već dovoljno jak pravni položaj korisnika time bi se dodatno poboljšao, a da za to nema podloge. Glavni dužnik bi suprotno načelu savjesnosti i poštenja bio doveden u očito neravnopravan položaj u odnosu na korisnika jamstva na prvi poziv kao svog ugovornog partnera u temeljnom odnosu, odnosu valute.¹⁵¹

¹⁴⁹ V. čl. 200. ZOO.

¹⁵⁰ Tako i Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 196.

¹⁵¹ U tom smjeru i BGH ZIP 1998, 1907.

Korisniku iznimno treba dopustiti da u regresnom postupku koji protiv njega vodi glavni dužnik izjavi prijebroj. Iznimku treba ponajprije ograničiti na slučajeve kada korisnikova tražbina prema glavnome dužniku nije sporna ili je utvrđena pravomoćnom presudom odnosno odgovarajućom privatnom ispravom. Tada pravni položaj glavnoga dužnika nije neprimjereno narušen. Korisnikovo pozivanje na to da je glavnome dužniku uskraćeno izjaviti prijebroj treba pod okolnostima pojedinog slučaja tumačiti kao nedopušteno ostvarivanje prava iz obveznog odnosa.¹⁵² Pravilo po kojem korisniku nije dopušteno izjaviti prijebroj nije osnovano da bi se zlouporabilo. Potvrda tog zaključka je slučaj kada glavni dužnik prekrši svoju ugovornu obvezu da vjerovniku pruži sredstva osiguranja radi namirenja vjerovnikovih tražbina koje nisu pokrivena jamstvom na prvi poziv.¹⁵³ Glavni dužnik krši prisilnopravna načela obveznih odnosa¹⁵⁴ i obvezu lojalnog postupanja prema svom ugovornom partneru ako korisniku uskraćuje pravo da svoje tražbine prema glavnome dužniku, koje suprotno ugovoru nisu pokrivena osiguranjem, stavi u prijebroj s tražbinama koje u regresnom postupku od njega potražuje glavni dužnik.¹⁵⁵

VII. UČINAK CESIJE KORISNIKOVE TRAŽBINE ZA ISPLATU JAMSTVA NA REGRESNI POSTUPAK

Ustupi li vjerovnik svoju tražbinu koja je osigurana jamstvom na prvi poziv, na novoga vjerovnika zajedno s ustupljenom tražbinom prelazi i vjerovnikova tražbina da kao korisnik jamstva na prvi poziv od banke naplati jamstvo na prvi poziv. Istodobno s glavnom tražbinom na novoga vjerovnika prelaze i sporedna prava, konkretno i tražbine iz ugovora s jamcem.¹⁵⁶ Moguć je i prijenos tražbine prema banci kao jamcu bez istodobnog prijenosa tražbine prema glavnom dužniku.¹⁵⁷ Odredba čl. 1042. ZOO utoliko nije primjenjiva na bankarsko jamstvo na prvi poziv nego samo na bankarsku garanciju na prvi poziv.¹⁵⁸ Nije

¹⁵² V. čl. 6. ZOO.

¹⁵³ Takav slučaj v. BGH ZIP 1998, 1907.

¹⁵⁴ V., primjerice, čl. 4. i čl. 6. ZOO.

¹⁵⁵ BGH ZIP 1998, 1907. V. i Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 196.

¹⁵⁶ V. čl. 81. st. 1. ZOO.

¹⁵⁷ Takvo stajalište glede "običnog" jamstva zastupa i Markovinović, H., Ugovor o cesiji (doktorska disertacija), (neobjavljeno) Zagreb, 2005, str. 86.

¹⁵⁸ ZOO propisuje da svoja prava iz bankarskog jamstva korisnik, ako nije drukčije ugovoreno, može ustupiti trećemu samo s ustupom tražbine koja je osigurana jamstvom i pri-

utemeljeno stajalište po kojem jamstvo nužno podrazumijeva da su vjerovnik glavnoga dužnika i jamčev vjerovnik ista osoba, pa da stoga cesija korisnikove tražbine iz jamstva na prvi poziv nije dopuštena.¹⁵⁹ Zakonska subrogacija¹⁶⁰ je posljedica ispunjenja od strane jamca i ne ovisi o tome jesu li vjerovnik glavnoga dužnika i jamčev vjerovnik ista osoba.¹⁶¹

Stekavši korisnikovu tražbinu iz jamstva na prvi poziv cesionar je stekao i pravo samostalno naplatiti jamstvo na prvi poziv.¹⁶² Cesijom tražbine iz odnosa valute na cesionara zajedno s jamstvom prelazi i sporedno pravo pozvati banku da mu isplati zajamčena sredstva.¹⁶³ Cesionar stupa u odnos s bankom kao jamcem pa je štoviše dužan pozvati banku da mu plati te ispoštovati sve pretpostavke koje se zahtijevaju prilikom naplate jamstva na prvi poziv. Nakon što je tražbina za isplatu jamstva ustupljena novome vjerovniku banka je dužna uvažiti isključivo cesionarova očitovanja volje, ne i cedentova. Nije utemeljeno konstruirati zaključke po kojima cesija korisnikova zahtjeva za isplatu jamstva slabi pravne učinke jamstva na prvi poziv obezvrjeđujući time cesionarov pravni položaj. Odmjeravajući međusobno suprotstavljene interese glavnoga dužnika i korisnika dolazi se do istoga zaključka. Korisnikov tobožnji interes po kojem samo stari vjerovnik, cedent ima pravo naplatiti jamstvo na prvi poziv nije vrijedno posebno pravno zaštititi.¹⁶⁴

Postavlja se pitanje prema kome banka kao jamac treba usmjeriti svoj regresni zahtjev ustupi li korisnik novome vjerovniku glavnu tražbinu osiguranu jamstvom na prvi poziv i plati li banka cesionaru. U pravilu je ispravnije uputiti banku na cedenta budući da vraćanje onoga što je dano bez pravne osnove treba obaviti među stranama onoga odnosa koji je pogođen tim nedostatkom.¹⁶⁵ Cedent je ugovorni partner banke te je utoliko za banku najpogodniji

jenosom svojih obveza u vezi s osiguranim tražbinama. Na ovom primjeru najbolje se može sagledati apsurdnost izraza bankarsko jamstvo kojim je zakonodavac nastojao označiti institut bankarske garancije. Odredba čl. 1042. ZOO ne primjenjuje se, dakle, na bankarska jamstva nego na bankarske garancije iako joj je naslov "Ustupanje prava iz jamstva".

¹⁵⁹ Riječ je međutim o vladajućem stajalištu njemačke pravne književnosti. V., primjerice, Kreft, G., op. cit. u bilj. 1, str. 86.

¹⁶⁰ V. čl. 110. ZOO.

¹⁶¹ Tako, uz određenu dozu opreza, Markovinović, H., op. cit. u bilj. 157, str. 87.

¹⁶² Tako i BGH ZIP 1987, 624.

¹⁶³ BGH WM 1987, str. 553. Horn, N., op. cit. u bilj. 1, Anhang § 372 Rbr VII/8.

¹⁶⁴ BGH ZIP 1987, 624. V. i Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 197.

¹⁶⁵ V. Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, str. 494; Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 197; Kreft, G., op. cit. u bilj. 1, str. 134.

za spravljanje računa, konkretno regresnih zahtjeva banke. Banka je iznimno ipak upućena na cesionara ako jamstvo na prvi poziv sadrži klauzulu po kojoj cesionar, a ne cedent treba pozvati banku da plati.¹⁶⁶ Budući da se plaćanje jamstva na prvi poziv tada može pripisati isključivo cesionarovoj radnji riječ je o činidbi koja je bez osnove poduzeta cesionaru, a ne cedentu.

Cesionar osim toga odgovara i ako je cedent zloporabom svog formalnopravnog položaja naplatio jamstvo na prvi poziv, a on je za to znao ili je morao znati.¹⁶⁷ Cesionar tada odgovara banci za nastalu štetu po općim pravilima o odgovornosti za štetu, a ne po pravilima o stjecanju bez osnove.

VIII. ZAKLJUČAK

Jamstvo na prvi poziv je međuoblik uspoređuje li se, s jedne strane, s apstraktnom garancijom, a s druge strane, s strogo akcesornim jamstvom. Jamcu nameće samostalnu, i bezuvjetnu obvezu plaćanja. Bankarsko jamstvo na prvi poziv je, kao i bankarska garancija na prvi poziv, snažno obilježeno načelom "plati pa se sudi". Praktički oba instituta dolaze do istog stupnja apstraktnosti koji se odražava u jednakoj likvidnosti¹⁶⁸, razlika je u načinu na koji se do njih dolazi. Jamčeva obveza plaćanja je privremena za razliku od garantove obveze plaćanja koja je konačna. Jamac plaća sa zadržkom jer u naknadnom regresnom postupku može zahtijevati vraćanje svega što je korisnik neosnovano naplatio. Regresni zahtjev izvodi se iz pravila o povredi ugovora o jamstvu na prvi poziv, a ne iz pravila o stjecanju bez osnove kao što je to slučaj kod bankarskih garancija na prvi poziv. Banka kao garant na prvi poziv u pravilu ni nema regresne zahtjeve prema korisniku zbog apstraktnosti bankarske garancije na prvi poziv. U regresnom postupku teret dokaza je na korisniku, a ne na jamcu kao tužitelju. Domaće postupovno pravo prati stranački dogovor o jamstvu na prvi poziv i omogućuje provedbu zajedničke namjere ugovaratelja.

Jamstvo na prvi poziv je u biti tipizirani pravni posao koji je rezerviran za bankarstvo kao bankarsko jamstvo na prvi poziv. Riječ je o institutu koji svoju primjenu ima u trgovačkom, a ne u građanskom prometu jednako kao i bankar-

¹⁶⁶ Tako i BGH ZIP 1997, 275, 280. V. i Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, str. 494; Kreft, G., op. cit. u bilj. 1, str. 134; Krämer, A., op. cit. u bilj. 1, str. 197.

¹⁶⁷ Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, str. 494.

¹⁶⁸ Tako i Nielsen, J., op. cit. u bilj. 1, § 121 RdN 69.

ska garancija na prvi poziv. Ako domaća poslovna praksa ne primi bankarsko jamstvo na prvi poziv kao svoj institut, bavljenje ovim problemom ostaje samo dobrodošla pravna gimnastika. No, i ona nas uči o tome što je zapravo bankarska garancija na prvi poziv. Preuzimanje jamstva na prvi poziv izvan bankarstva snažno je izloženo pravnim rizicima kao uostalom i preuzimanje garancija na prvi poziv izvan bankarstva. Posebice ako se ugovara putem općih uvjeta poslovanja u potrošačkim ugovorima.

Tumačenje bankarskih jamstava i bankarskih garancija na prvi poziv otvara razne dvojbe. Na poredbenopravnoj razini imamo suprotstavljena stajališta o problemu. Ni nacionalna prava nisu načistu je li riječ o jednom ili o dva instituta, da ni ne spominjemo tzv. nadnacionalna tumačenja koja su po svom pristupu problemu unajmanju ruku osebujna. Problemu treba pristupiti prizemno i jednostavno odgovoriti na pitanje jesmo li u hrvatskom pravu ostvarili ili, preciznije, sačuvali razinu da problem možemo sami privatnopravno raspraviti. Ako smo i sami u stanju privatnopravno misliti, nema potrebe bez ikakve zadržke, barem s obzirom na razgraničenje bankarskih jamstava i bankarskih garancija na prvi poziv, posezati za nadnacionalnim pravnim protezama koje su pretočene u tzv. izvore međunarodnog trgovačkog prava. Druga je stvar, i s njom ne treba brkati temu ovoga rada, kako domaće poduzetnike u međunarodnoj trgovini zaštititi od pravnih rizika vezanih uz neujednačen pristup razgraničenju bankarskog jamstva i bankarske garancije na prvi poziv. Oni se sami trebaju štititi što preciznije pristupajući ugovaranju bankarskih garancija i bankarskih jamstava na prvi poziv sa svojim inozemnim partnerima. Pojednostavnjeno rečeno, oni stvar imaju u svojim rukama i ne smiju je ispustiti.

Summary

Petar Miladin *

FIRST DEMAND BANK GUARANTEES

First demand bank guarantee is a special form of solidarity warranty. The warrant has to pay as soon as he is demanded to do so by the beneficiary. The beneficiary gives the warrant a declaration which is precisely regulated as a prerequisite for payment in

* Petar Miladin, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

the first demand guarantee contract. The declaration is highly formalised and it has to correspond to that which is stipulated in the contract.

In the procedure of payment of the first demand bank guarantee the bank cannot give objections which it is otherwise entitled to according to the Article 116 of the Law on Obligatory Relations (LOR). The warrant and the beneficiary have to agree that the warrant cannot give objections to the beneficiary that the principle debtor has towards the beneficiary issuing from their fundamental relationship including the objection on invalidity of the fundamental transaction. Contractors are entitled to the rights contained in the above regulation of the Law on Obligatory Relations, since this is not a compulsory regulation in the LOR. The rule suffers from certain limitations if the right of the warrant to give the above objections (the article 116 LOR) is excluded by general operating conditions. Even in the case of a bank guarantee and the first demand bank guarantee, the bank can deprive the beneficiary of payment only if it is evident or can be proved that the beneficiary is abusing his formal legal position based on the bank guarantee or the first demand bank guarantee.

The legal nature of the first demand bank guarantee is fully manifested only in the regress procedure after the beneficiary has received payment without justification, since in that case there is no further reason to restrict the accessory status of the first demand bank guarantee. In the procedure of guarantee payment the first demand warrant has the status of the first demand guarantor to be restituted the warrant status later. The accessory quality of the first demand bank warranties is temporarily excluded, while in the case of first demand bank guarantees it is finally excluded.

Key words: first demand bank warranty, first demand bank guarantee, payment procedure, regress procedure

Zusammenfassung

Petar Miladin *

DIE BANKBÜRGSCHAFT AUF ERSTES ANFORDERN

Die Bankbürgschaft auf erstes Anfordern ist im Grunde eine Sonderform der solidarischen Haftung. Der Bürge muss zahlen, sobald er vom Begünstigten dazu aufgefordert

* Dr. Petar Miladin, Dozent an der Juristischen Fakultät in Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

wird. Der Begünstigte gibt dem Bürgen in der Regel eine Erklärung, die im Vertrag über die Bürgschaft auf erstes Anfordern präzise als Voraussetzung für die Zahlung vorgeschrieben ist. Die Erklärung ist hoch formalisiert und muss mit dem diesbezüglich im Vertrag Vorgeschiedenen übereinstimmen.

Im Verfahren der Inanspruchnahme der Bankbürgschaft auf erstes Anfordern kann die Bank gegenüber dem Begünstigten keine Einwände geltend machen, wozu sie gemäß § 116 des Obligationengesetzes sonst berechtigt wäre. Bürge und Begünstigter vereinbaren ja gerade, dass der Bürge gegenüber dem Begünstigten die Einwände, die der Hauptschuldner gegenüber dem Begünstigten auf Grund ihres Grundverhältnisses hat, einschließlich der Einrede der Unwirksamkeit des Hauptgeschäfts, nicht geltend machen kann. Über die Rechte gemäß den genannten schuldrechtlichen Bestimmungen können die Vertragsparteien in der Regel verfügen, es handelt sich folglich nicht um zwingende Bestimmungen des Obligationengesetzes. Diese Regel erfährt gewisse Einschränkungen, wenn das Recht des Bürgen, Einwände nach Maßgabe von § 116 OG geltend zu machen, durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgeschlossen wird. Sowohl bei Bankbürgschaften als auch bei Bankgarantien auf erstes Anfordern kann die Bank dem Begünstigten die Zahlung nur dann verweigern, wenn es offenkundig ist oder der liquide Beweis vorliegt, dass der Begünstigte seine formalrechtliche Position auf Grund der Bankgarantie beziehungsweise der Bankbürgschaft auf erstes Anfordern missbraucht hat.

Die rechtliche Natur der Bankbürgschaft auf erstes Anfordern kommt erst im Rückforderungsverfahren voll zur Geltung, nachdem der Begünstigte die Bürgschaft rechtsgrundlos in Anspruch genommen hat, da dann kein Grund mehr vorliegt, die Akzessorietät der Bankbürgschaft auf erstes Anfordern zu behindern. Dem Bürgen auf erstes Anfordern kommt im Verfahren der Inanspruchnahme der Bürgschaft die Stellung des Garanten auf erstes Anfordern zu, wonach er dann wieder die Rolle des Bürgen übernimmt. Die Akzessorietät der Bankbürgschaft auf erstes Anfordern ist vorübergehend ausgeschlossen, während sie bei Bankgarantien auf erstes Anfordern endgültig ausgeschlossen ist.

Schlüsselwörter: Bankbürgschaft auf erstes Anfordern, Bankgarantie auf erstes Anfordern, Verfahren der Inanspruchnahme, Rückforderungsverfahren