

*Вера Марковић,
судија Врховног суда Србије у пензији, Београд*

**Примена Једнообразних правила за гаранције на позив
(U.R.G.G. 458) МТК у Паризу и Једнообразна правила и
обичаји за документарне акредитиве – ревизије 1993.
године МТК - 500 у судској пракси**

Већ из самог наслова се може видети да ће бити речи о примени ових правила у привредним споровима са међународним елементом где се као корисници у овим пословима јављају инострана правна лица.

На односе између домаћих лица код спорова у вези са акредитивима и гаранцијама примењује се домаће право.

Тако је институт акредитива регулисан одредбама од 1072. до 1082. Закона о облигационим односима а институт банкарска гаранција од члана 1083. до 1087. истог закона.

На односе и спорове у међународном промету примењују се напред наведена правила јер су све банкарске асоцијације прихватиле ова правила и уградиле их у систем свога пословања.

Нема сумње да је то корисно како за банке тако и за привредне субјекте. Могу се примењивати и у унутрашњем промету ако је њихова примена уговорена.

Усвајање Једнообразних правила представља значајан успех не само у започетом процесу унификације послова банкарског права већ показује охрабрујућу тенденцију у унификацији аутономних послова међународног трговинског права уопште. Изабрани метод унификације путем Једнообразних правила показао се врло успешним и готово универзално прихваћеним од пословних људи и њихових

асоцијација. Управо је то поступак који су прихватиле све националне банке и њихове асоцијације и уградиле у свој систем пословања.

Надаље ће се најкраће изнети карактеристике оба правна посла која су под једнаког значаја за привредну активност.

Прво ће бити речи о акредитиву. У међународном платном промету документарни акредитив има вишеструку функцију. Најважније су две: као средство плаћања и као средство за обезбеђење потраживања. Плаћање преко документарног акредитива највише се користи код купопродајних уговора али се примењује и код неких других уговора у привредном промету (код извођења инвестиционих радова, код уговора о појединим привредним услугама итд.) Иако у суштини представља испуњење обавезе из основног посла документарни акредитив има своју посебну правну судбину. Током овог развоја документарни акредитив се све више одвајао од основног посла и постајао апстрактни правни посао и сада је потпуно одвојен од основног посла. Поред функције инструмента плаћања документарни акредитив обавља и друге споредне функције па тако он може бити средство кредитирања трговачког клиринга и друго. Функција документарног акредитива као средства за заштиту интереса налогодавца – купца је у томе што је налогодавцу обезбеђено да ће друга уговорна страна из основног уговора (корисник акредитива) извршити своју уговорну обавезу која се састоји у испоруци робе, извођењу инвестиционих радова или другом чињењу. У складу са условима акредитива, банка ће извршити исплату акредитивног износа тек када корисник акредитива подношењем докумената наведених условима акредитива докаже уредно испуњење своје обавезе.

И његов положај као купца је бољи него у случају кад се плаћање врши готовим новцем. Када продавац поднесе банци робна документа, на купца прелази право располагања робом што за купца представља такође обезбеђење. При томе треба имати у виду да је налогодавац тај који одређује која робна документа корисник акредитива треба да поднесе банци као и да он одређује контролну организацију која ће утврдити количину и квалитет испоручене робе, односно извршених радова и чији ће сертификат о извршеној контроли имати пресудни утицај приликом исплате цене. Самим тим је његово потраживање из основног посла скоро у пуној мери обезбеђено.

Документарни акредитив се такође користи у обезбеђењу потраживања и заштити интереса корисника акредитива (продавца робе, извођача инвестиционих радова, извршиоца уговорне обавезе). Наплаћивањем преко акредитива продавац је сигурнији да ће му испоручена роба бити плаћена. Пре свега у пракси се документарни акредитив ствара пре него што наступи уговорени рок испоруке робе и исплате цене. Продавац пре рока за испоруку робе буде обавештен од акредитивне банке да је акредитив отворен сагласно уговору из основног посла. Отуда и продавац у акредитивној банци види гаранцију да ће наплатити цену робе ако испуни своју уговорну обавезу испоруком робе. Ова гаранција је утолико већа уколико у акредитивном послу учествују познате банке односно банке које уредно

испуњавају преузете обавезе. Треба рећи да од тога како банка извршава обавезе расте углед банке у свету. Стога банке строго воде рачуна да код уредно поднетих докумената исплату врше уредно и благовремено.

Иначе, ови послови спадају у ред такозваних неутралних банкарских послова јер се банкарска организација не појављује ни као поверилац ни као дужник нити је у уговорном односу са корисником акредитива већ само за рачун свог клијента – налогодавца, са којим је у уговорном односу, обавља одређене правне послове за које јој припада провизија. С обзиром на обавезе које банка преузима према свом клијенту и с обзиром на овлашћења која клијент даје банци, несумњиво се ради о уговору о налогу између налогодавца за отварање акредитива и банке.

Чињеница је да се развојем платног промета све више користи документарни акредитив као врло ефикасно средство које прати основни посао. Иако документарни акредитив уз основни посао представља неки споредан уговор, он има своја посебна правила и посебну правну судбину. У документарном акредитиву у међународном промету појављују се најмање четири субјекта: налогодавац и акредитивна банка који стоје у уговорном односу, акредитивна банка и корисник акредитива између којих не постоји уговорни однос и посредничка и исплатна банка на страни корисника акредитива. Посао документарног акредитива није посебан и независан између налогодавца и корисника акредитива јер од тога да ли је проведен акредитивни посао зависи да ли ће корисник акредитива тражити наплату и судским путем, ван акредитива. Заправо корисник акредитива уколико средства не наплати за продату робу преко акредитива, има право да тражи тужбом код суда како исплату из акредитива од акредитивне банке тако и исплату од налогодавца односно од свога купца из основног посла. За разлику од корисника акредитива који за наплату свога потраживања може тражити како наплату од купца тако и наплату од акредитивне банке, налогодавац не може тражити исплату из акредитива али може тражити раскид уговора о налогу уколико акредитивна банка није исплатила износ акредитива из депонованих средстава. Такав став је изграђен кроз судску праксу а у задњој ревизији Једнообразних правила усвојен је као правило.

У судској пракси чести су случајеви спорова како због непознавања садржине Једнообразних правила тако и због непридржавања истих. Доста је предмета у судској пракси из међународног промета робе у вези са акредитивима али ће овде бити дати неколико примера.

Налогодавац није легитимисан да тражи исплату из отвореног акредитива

Члан 3. Једнообразних правила

Из образложења:

Врховни суд налази да је правилно становиште другостепеног суда када је пре-иначио првостепену пресуду и одбио тужбени захтев, јер и овај суд налази да овлашћење за наплату из акредитива према члану 3. Једнообразних правила има само корисник акредитива када испуни услове дате у акредитивном налогу, будући да се ради о неопозивом акредитиву. И по одредби члана 1079. Закона о облигационим односима, који се примењује на однос тужиоца који је домаће лице и домаће банке, прописано је да тужилац није овлашћен да располаже средствима из акредитива нити да мења обавезу банке без сагласности свих заинтересованих страна. Како таквог споразума односно сагласности свих заинтересованих страна нема, то је правилно другостепени суд закључио да тужилац као налогодавац за отварање акредитива није легитимисан да располаже депонованим средствима акредитива па је правилно одбијен тужбени захтев. Дакле, и по становишту Врховног суда неопозиви документарни акредитив садржи самосталну и непосредну обавезу банке и представља одвојени правни однос од правног односа тужиоца као купца робе у односу према продавцу робе као кориснику акредитива.

(Из пресуде Врховног суда Србије, Прев. 208/93).

Други пример се односи на следеће:

Када је акредитивна банка дала налог авизирајућој банци да обавести корисника о отварању акредитива, без давања конфирмације, а овај изда конфирмацију, онда је то учинила на сопствени ризик и сопствену одговорност.

Члан 6, 8, 12. и 14. Једнообразних правила.

Из образложења:

Првостепени суд је одбио тужбени захтев закључујући да је тужилачка банка одступила од услова акредитива са разлога што је по акредитиву била само авизирајућа банка. Конфирмацију и плаћање по спорном акредитиву извршила је мимо изричите забране акредитивне банке.

Врховни суд налази да су нижестепени судови правилно применили материјално право када су одбили тужбени захтев. Није спорно да је тужилачка банка требало да буде само авизирајућа банка. Према члану 8. Једнообразних правила која се у конкретном случају примењују, обзиром да је авизирајућа банка имала седиште на Кипру, авизирајућа банка је имала само обавезу да изврши саопштење

кориснику акредитива. Такође није спорно да је тужилачка банка имала изричиту забрану да изда конфирмацију. У таквој ситуацији, када је тужилачкој банци изричито забрањено од акредитивне банке да конфирмира акредитив, произлази да све што је тужилачка банка радила у вези са исплатом из акредитива било мимо услова из акредитива, па је исплату извршила на свој ризик и на своју одговорност. Како је тужилачка банка морала, према члану 14. Једнообразних правила, у случају нејасних информација и инструкција, да затражи комплетне инструкције од акредитивне банке а то није учинила то произлази да је све радње обавила на своју одговорност. Ова одговорност банке произлази из члана 12. Једнообразних правила, која предвиђају да су банке одговорне за сваку последицу која би настала због тога што нису поступале онако како се захтева у предходним параграфима.

(Из пресуде Врховног суда Србије Прев. 116/95).

Када се тиче примене Једнообразних правила за гаранције на позив (URDG 458) потребно је нешто кратко рећи о карактеристици истих: велики број спорова је за наплату по основу гаранције како из унутрашњег промета тако из међународног промета. У унутрашњем промету посао банкарске гаранције је регулисан Законом о облигационим односима, Законом о банкама и другим финансијским организацијама, Законом о девизном пословању и Законом о кредитним пословима са иностранством. У међународном промету самостална гаранција је регулисана Једнообразним правилима за гаранције на позив из 1992. године (ICC PUBLICATION NO 458) о којој ће бити речи у овом раду. Акцесорне гаранције регулисане су Једнообразним правилима за уговорне гаранције из 1978. (Публикација 325).

Како је предмет овог рада ограничен на банкарске гаранције које се користе у међународном промету, то ће у даљем тексту бити речи о решењима која су садржана у међународним изворима, пре свега у Једнообразним правилима за гаранције на позив од 1992. године и у преовлађујућој теорији и међународној пракси.

Банкарске гаранције се могу поделити по различитим критеријумима али се најчешће деле према природи обавезе банке гаранта, условима исплате гарантне суме и предмету гаранције. Према природи, преузете обавезе деле се на каузалне и апстрактне, према условима испуњавања гарантне обавезе деле се на условне и безусловне, а према предмету гаранције се деле на гаранције за добро извршење посла, лицитационе, авансне гаранције, гаранције за плаћање обавеза и гаранције за враћање кредита.

Праћењем судске праксе произлази да се у пракси најчешће срећу условне и безусловне, те ће се овај рад на њима задржати. Код условних гаранција, ти услови се по правилу састоје у захтеву да корисник поднесе одређене документе који су наведени у самој гаранцији. Подношење докумената, међутим, нема карактер испуњавања (наступања, услова у правно техничком смислу као будућег неизвесног догађаја, од чијег наступања зависи настанак промена или престанак правног посла, већ карактер услова у смислу правне претпоставке који мора бити остварен

да би дошло до исплате гарантног износа. У безусловним гаранцијама нису одређени било какви услови за њихову наплату. Довољно је да се корисник обрати простим захтевом који, по правилу, мора бити у писменој форми и изјавом да налогодавац из основног посла није испунио своју обавезу. Међутим, Једнообразним правилима у члану 20. и тај писмени захтев који се подноси мора испуњавати неке услове, у том смислу да се мора објаснити по ком уговору је принципал прекршио своју обавезу у ком погледу је принципал у прекршају, уз подношење докумената која су наведена у гаранцији.

Приликом испитивања поднетих докумената и доношења одлука о исплати гаранције, Једнообразна правила прописују обавезу гаранта да разумном пажњом утврди да ли су уз захтев за плаћање и поднети документи по свом спољном изгледу у складу са условима гаранције. Ако поднети документи по спољном изгледу нису у складу са условима гаранције или су међусобно неусаглашени, гарант их мора одбити. Очигледна је намера састављача правила да и у овом случају праксу из документарних акредитива пренесу и на гаранције. Захтевани степен пажње који се подразумева код аналогне обавезе издавачке (акредитивне) банке приликом испитивања спољне саобразности поднетих акредитивних докумената, у правној теорији је познат под називом доктрина строге саобразности. Под утицајем формиране праксе, по документарним акредитивима формулисане су и одредбе о ослобађању од одговорности гаранта за формом за недовољност, тачност, порекло или правно дејство било ког од поднетих докумената као и за опште и посебне наводе у документима. Искључење одговорности гаранта у наведеним случајевима је ограничено захтевом да гарант у свим тим ситуацијама поступају у доброј вези и са разумном пажњом (члан 11, 12, 14. и 15. Једнообразних правила). Стога, за наплату из гаранције веома је важно да подносилац захтева за исплату гаранције испуни све услове наведене у гаранцији. Навешћемо примере из судске праксе:

Када гаранција чија се исплата тражи садржи клаузулу "ово гарантно писмо подлеже одредбама ICC Pariz" онда је корисник гаранције дужан да испуни све услове предвиђене чланом 20а Једнообразних правила за гаранције на позив МТК.

Члан 20. Једнообразних правила за гаранције на позив (URDG 458).

Из образложења:

Из списка произлази да је свака гаранција чија се исплата тражи садржавала клаузулу "Ово гарантно писмо подлеже одредбама ICC Paris, (а место јурисдикције је Београд СР Југославија). Дакле, за активирање гаранције потребно је да тужилац поступи по одредбама ових правила. Овим правилима је за разлику од Закона о облигационим односима, посебно уређено питање позива за плаћање по гаранцији и то тако што је у члану 20а. предвиђено да сваки позив за плаћање мора бити у писменој форми и мора бити (уз друга документа, као што је наведено у га-

ранцији) праћен писменом изјавом која показује да је принципал прекршио своју обавезу по основном уговору и у ком погледу је принципал у прекршају, с тим да се овај параграф примењује ако није изричито искључен одредбама гаранције. У конкретном случају, наведени параграф не само да није искључен већ је у свакој од спорних гаранција које су издате за тачно означене уговоре или протоколе да ће банка испунити своје обавезе на први писмени захтев и по пријему исправно потписане од стране тужиоца, у којој се наводи да купац није испунио обавезе из означених уговора или протокола, чиме се одрекао свих права на жалбу.

(Из пресуде Врховног суда Србије у Београду Прев. 246/01 и Пзз. 44/01).

Оно што је потребно указати код безусловне гаранције или гаранције на позив то је могућност злоупотребе исте. Иако банке против корисника не могу истичати друге приговоре осим личних и оних који потичу из саме гаранције, опште прихваћено је правило да се банке могу успешно одбранити код исплате ако докажу злоупотребу. Један од начина злоупотребе састоји се у захтеву за реализацију гаранције иако је потраживање које је гарантовано од корисника гаранције пренето трећем лицу. Наш Закон о облигационим односима у одредби члана 1086. предвиђа: “своја права из банкарске гаранције корисник може уступити трећем само са уступањем потраживања које је осигурано гаранцијом и преносом својих обавеза у вези са осигураним потраживањем”.

Ову одредбу треба тумачити и тако да корисник нема право на реализацију гаранције ако је потраживање које је обезбеђено гаранцијом цедирао на треће лице. О томе се у пресуди Врховног суда каже:

Уколико је корисник банкарске гаранције потраживање које је обезбеђено гаранцијом уступио трећем лицу, онда је изгубио право на наплату из гаранције.

Из образложења:

У поновном поступку суд ће утврдити на поуздан начин да ли је потраживање према дужнику пренето на треће лице. Основано се у захтеву за заштиту законитости истиче да је чињеница у вези са преносом потраживања битна за одлуку о тужбеном захтеву с обзиром на одредбу члана 1086. Закона о облигационим односима. Овом одредбом је прописано да корисник своје право из банкарске гаранције може уступити трећем само заједно са уступањем потраживања које је обезбеђено гаранцијом. Ова одредба се мора тумачити и тако да је корисник изгубио право на наплату гаранције ако је своје потраживање према дужнику пренео на треће лице. Овакво условљавање пуноважности уступања права из гаранције логична је последица природе целокупног односа који је у економско финансијском смислу јединствен. Уколико би дошло до цепања таквог односа потраживање повериоца би се удвостручило, односно дуг дужника би био удвостручен утолико

што би стицалац права из гаранције био у могућности да наплати потраживање од банке гаранга, а нови поверилац на кога је цедирано потраживање био би у могућности да наплати дуг од дужника. Код таквог стања ствари, било је нужно утврдити чињенице које су везане за евентуално уступање потраживања тужиоца трећем лицу, а те чињенице су битне за одлуку о праву на реализацију гаранције.

(Пресуда Врховног суда Србије Прев. 246/01 и Пзз. 44/01).

Да би се спречиле злоупотребе у погледу наплата гаранције на међународном плану од међународне организације преко UNCITRALA предузимају се мере да се донесу Једнообразна правила у оквиру Уједињених нација о понашању у случају преваре.

На крају треба нешто рећи у вези са застарелошћу потраживања, обзиром да Једнообразна правила не садрже одредбе о застарелости. Ни одредбе у Закону о облигационим односима у делу који се односи на банкарску гаранцију и акредитив немају одредбе о застарелости.

У многобројним споровима Врховни суд Србије је изразио став да се код оба института ради о потраживањима чија застарелост се има ценити по општим одредбама из члана 371. ЗОО. Такав став је важио и за исплате из акредитива. Међутим, код исплате из акредитива недавно је Савезни суд у својој пресуди Гзс. број 15/2001 од 13.12.2001. године променио, односно изразио став да се на потраживања из акредитива примењује рок застарелости од три године према члану 374. ЗОО, закључујући да се ради о уговору између акредитивне банке и корисника. Међутим, такав закључак није исправан са разлога што између акредитивне банке и корисника не постоји уговор, а постоји уговор између налогодавца и акредитивне банке. Дакле, акредитивна банка отварајући акредитив поступа по налогу свог уговарача налогодавца: отвара акредитив и обавештава корисника акредитива да исти може користити, те се између њих не закључује уговор како погрешно закључује Савезни суд. Ни разлог да се институти акредитива и банкарске гаранције налазе у одељку Закона о облигационим односима где су облигациони уговори, не даје основа за закључак да се рок застарелости односи као и на остале облигационе уговоре и да износи три године. Ово са разлога што у том одељку има и других банкарских уговора као што је банкарска гаранција, депозит, сеф, кредит и други на које се не примењује члан 374. него општи рокови застарелости или пак и нема застарелости. Ово питање је расправљено на саветовању привредних судова на Златибору јуна 1998. године, када је закључено да се ради о уговору *sui generis* на који се примењује општи рок застарелости из члана 371. Својом одлуком Савезни суд је ово питање поново отворио.

Резимирајући, применом Једнообразних правила за документарне акредитиве и Једнообразних правила за гаранције на позив МТК могу се унапредити односи у унутрашњем промету. То подразумева да приликом одлучивања и судови, уколико су странке уговориле њихову примену, односно ако у гаранцији као услов стоји

клаузула о примени оних правила примењују исте, као унутрашње уговорно материјално право. По становишту аутора овог рада, има разлога за уговарање примене Једнообразних правила који леже у чињеници да су Једнообразним правилима ови институти разрађени много подробније и у много већем броју одредаба него што је то учињено у Закону о облигационим односима. Са друге стране, Једнообразна правила не само да нису у супротности са домаћим правом већ детаљно објашњавају како поступак тако и значај појединих клаузула и понашања странака у издавању и реализацији ових института.

Тиме се успешније обезбеђују инвеститори, а наш правни систем брже уклапа у правила Европске уније.