

*Проф. др Михаило Велимировић
Правни факултет, Источно Сарајево*

Инвеститорска банкарска гаранција

Резиме

Чланак се састоји од шест међусобно повезаних цјелина. Прво је дефинисана банкарска гаранција као средство обезбјеђења извршења преузетих уговорних обавеза. Она је представљена као редовни пратилац великих привредних послова, нарочито оних инвестиционе природе, спољнотрговинских послова, послова у вези са акционарским капиталом и акционарским зајмовима. Утврђено је да банкарске гаранције могу да издају овлашћене банке, осигуравајућа друштва и различити финансијски фондови. Садржај банкарске гаранције обухвата нарочито ознаку основног правног посла, новчани износ на који гласи гаранција, рок важења гаранције и др.

Аутор је обрадио банкарске гаранције које прате уговоре о инвестиционим улагањима капитала. То су лиценцијационе гаранције, гаранције за добро извршење посла и авансне гаранције. Утврдио је својства банкарских гаранција: неопозивост, самосталност и безусловност.

Банкарска гаранција је сложени правни посао, у којем учествује најмање три лица, а може да их буде и више. Између тих лица настају одговарајући правни односи. То су: правни однос између налогодавца и корисника гаранције; правни однос између налогодавца и даваоца гаранције; правни однос између даваоца и корисника гаранције.

Кључне речи: *гаранција, ризик, уговор, инвестиција, солвенност, инсолвен-
тност, лиценцијација.*

1.

Термин *г а р а н ц и ј а* долази од француске ријечи "garantie", која значи сигурност, заштита. Управо је сврха и смисао сваке гаранције да пружи заштиту ономе у чију је корист дата. То је заштита од комерцијалних ризика, ризика неизвршења или непотпуног извршења преузетих уговорних обавеза. Највећи је, међутим, ризик платежне неспособности и инсолвентности дужника, од којих повјериоца штити банкарска гаранција. Постоје гаранције и од некомерцијалних ризика, али то није предмет обраде у овом тексту.

Општи појам финансијске гаранције дат је у Закону о облигационим односима (чл. 1083), под заједничким називником "банкарска гаранција". Према тој дефиницији, банкарска гаранција јесте изјава банке, односно неког другог даваоца гаранције, којом се она обавезује према своме комитенту, као кориснику гаранције, да ће му подмирити обавезу неког трећег лица, уколико оно не испуни своју обавезу о доспјелости и ако буду испуњени услови наведени у гаранцији.

Банкарска гаранција је, дакле, начин преузимања одговорности за правилно извршење одређене обавезе банчиног комитента према његовом сауговарачу из одређеног правног посла. На тај начин банкарска гаранција штити повјериоца од ризика немогућности дужника да изврши своју обавезу из закљученог уговора, али се путем ње не извршавају саме обавезе из тог правног посла. Обавезу из правног посла који је обезбдијеђен банкарском гаранцијом преузео је уговарач као дужник, а не банка или неки други давалац гаранције. Банка само гарантује да ће дужник испунити своју уговорну обавезу, чиме се ојачава његов положај у том правном послу. То је нарочито потребно код сложених привредних послова, који су обично већи или веома велике вриједности. У пословној пракси се ни не може замислити неки посао веће вриједности, а да није заштићен банкарском гаранцијом. То се нарочито односи на инвестиционе послове, али и на све друге велике привредне уговоре, посебно оне са иностраним партнерима.

Извори права за банкарске гаранције су наш Закон о облигационим односима (ЗОО) (чл. 1083-1087) и правила међународне пословне регулативе, која су диспозитивног карактера. То су Једнообразна правила за уговорне гаранције (Публикација МТК – 325) и Једнообразна правила за гаранције "на позив" (Публикација МТК – 458). И једна и друга правила донијела је Међународна трговинска комора (МТК), са сједиштем у Паризу. Путем ових правних извора ријешено је и питање могуће примјене мјеродавног права у пословима са банкарским гаранцијама.

Према једнообразним правилима за уговорне гаранције (чл. 10) и према Једнообразним правилима за гаранције на позив (чл. 27), странке у послу с банкарском гаранцијом имају право да својом слободном израженом вољом одаберу надлежно право примјенљиво за њихов гаранцијски правни однос. Уколико странке не искористе то своје право и не определијеле се за изабрано право, тада се надлежно право одређује према територијалном принципу. Према том принципу, надлежно право се одређује према праву мјеста у којем гарант обавља своје пословање.

Уколико, пак, гарант послује у више мјеста, примјењује се закон сједишта његове пословне јединице или филијале, која је издала банкарску гаранцију.

Другачије је у пословима између наших домаћих привредних субјеката, који нису уговорили примјенљиво право у њиховом међусобним односима. У том случају се претпоставља да су странке имале у виду природну претпоставку да ће се примјењивати домаће право, а то је Закон о облигационим односима. То је становиште прихватила наша судска пракса, која се определијелила да се на уговоре о издавању банкарских гаранција између наших домаћих правних лица примјењује Закон о облигационим односима (Одјелење за привредне спорове Вишег трговинског суда у Београду; "Правни информатор", бр. 1, 2007, стр. 48).

2.

Банкарске гаранције имају велики привредни и правни значај, јер су оне врло погодно средство обезбјеђења испуњења обавеза из уговора у привреди, а нарочито оних из спољнотрговинског пословања, кредитних и инвестиционих послова, послова у вези са акцијским капиталом, акционарским зајмовима, у вези са проширењем, модернизацијом, финансијским реструктурирањем постојећих привредних организација. У транзиционим односима приватизације друштвене својине у акционарску својину или у неки други облик приватне својине, банкарске гаранције су веома важан садржај правних послова таквог конституисања власништва над предузећима. Зато су банкарске гаранције радо и често коришћено средство обезбјеђења испуњања преузетих уговорних обавеза, у тим и у другим пословним сферама, као што је обезбјеђење права из уговора о лизингу и сл.

Банкарска гаранција на свој начин неутрализује ризик пословања, који је нормални пратилац заснивања дужничко-повјерљачких односа. Зато повјериоци настоје да обезбиједу своју пословну сигурност у извршавању дужникових обавеза. Потребне за тим произилазе нарочито из околности да се у развијеним тржишним односима пословни партнери и не познају довољно или се уопште не познају, нарочито у погледу њихове солвентности, техничке опремљености, уопште у погледу њиховог финансијског, кредитног, кадровског потенцијала. Зато се издавањем банкарске гаранције уноси сигурност у извршавању обавеза из правних послова. Јер, банке или други гаранти се обавезују да преузимају посљедице неиспуњења или неуредног испуњења обавеза од стране дужника из основног правног посла између наручиоца гаранције и њеног корисника. Та се гарантова обавеза састоји једино у дужности да исплати предвиђени новчани износ кориснику гаранције, тј. повјериоцу и да то буде у предвиђеном року.

Банке и други даваоци гаранција су погодни субјекти за давање гаранција, јер они трајно одржавају своју ликвидност плаћања, дакле, своју солвентност. Те су организације стручно квалификоване да могу да правилно процјењују економску ефикасност одређеног инвестиционог или неког другог улагања капитала. Зато ове организације уливају сигурност инвеститорима и другим повјериоцима у њихо-

ве пословне подухвате и партнере, као дужнике, јер иза њих стоји давалац банкарске гаранције са својим активним капиталом. Повјерилац из основног правног посла, као корисник банкарске гаранције, овлашћен је да се обрати њеном даваоцу чим наступи гарантни случај. То је и једини општи услов да би повјерилац могао захтијевати од гаранта да приступи испуњењу своје обавезе из банкарске гаранције.

3.

Гаранција за обезбјеђење извршења обавезе из правног посла може се дати на више начина и у више облика. То може да буде банкарска гаранција као посебна исправа, а затим и у другим облицима и под другим називима, као: издавањем кредитног писма, акцептирањем трасиране мјенице за одређену своту новца, авалирањем сопствене мјенице коју издаје банчин клијент, депоновањем хартије од вриједности које гласе на одређену своту новца и др.

Постоје и други облици реалног и личног обезбјеђења потраживања повјерилаца, као што су залога, хипотека, јемство, солидарна одговорност дужника и др. Предмет проучавања у овом тексту је само онај облик обезбјеђења потраживања који се у свом називу означава појмом "банкарска гаранција", а и то само у оквиру материје која се односи на заштиту инвеститора, јер ограниченост простора не дозвољава ширу зараду овог правног института.

Изјава даваоца банкарске гаранције о преузимању гаранцијске обавезе јесте формални правни акт, јер гаранција мора да буде састављена у писаној форми (чл. 1083. ЗОО). То је, уједно, и једина законска одредба о издавању банкарске гаранције. Поступак издавања банкарске гаранције, њена садржина и све друго из тога поступка слободно уређују субјекти који учествују у послу гарантовања извршења обавезе.

Банкарске гаранције могу да издају овлашћене банке, одакле им и име, али то могу да чине и друге финансијске организације, као што су осигуравајућа друштва, разни финансијски фондови и др. Сви издаваоци банкарских гаранција могу да то чине искључиво према правилима о издавању банкарских гаранција. Закон о облигационим односима (чл. 1088) садржи изричиту норму да се његове одредбе које се односе на банкарске послове сходно примјењују и на сва друга правна лица, уколико су она овлашћена за обављање одређених банкарских послова. То је израз правила да банкарски послови нису само "банчини" послови, јер се они обављају према општим банкарским правилима пословања, без обзира на то ко су субјекти тих послова.

Банкарске гаранције за обезбјеђење инвестиционих кредита и других потраживања издају кредитори у своје име. Они то чине у границама свога ликвиднога инвестиционог потенцијала. Под тим потенцијалом се подразумијевају постојећа ликвидна средства даваоца гаранције, као и прилив таквих средстава која се у периоду важења гаранције могу употријебити за инвестиције.

Без писане форме нема банкарске гаранције, јер је форма услов њене правне ваљаности. Обим предвиђене обавезе даваоца гаранције произилази из њене садржине, а та се садржина утврђује према предмету главног или основног уговора, ради чијег правилног извршења се издаје банкарска гаранција. Издавању банкарске гаранције, наиме, претходи закључење неког уговора, као што су: уговор о куповини и продаји, уговор о грађењу, уговор о финансијском кредиту, уговор о улагању капитала, тј. инвестициони уговор и др. То су основни уговори који се закључују између налогодаваца банкарске гаранције и неког трећег лица, а та је гаранција пратилац неког од тих или других правних послова. Ови уговори обично садрже финансијску и гарантну клаузулу, према којој је дужник из основног уговора обавезан да прибави банкарску гаранцију у корист свога повјериоца. На тај начин банкарска гаранција има своју подлогу у самом предмету уговора који се њоме покрива. Према томе, банкарска гаранција је обично обавеза чије издавање произилази из одређеног уговора, а неки пут је она претходник будућег уговора, јер повјерилац неће да га закључи све док не добије претходно обезбјеђење банкарском гаранцијом.

Уговори који се обезбјеђују банкарском гаранцијом су обично врло сложени правни послови велике вриједности. Зато се у састављању таквих уговора обично консултује и давалац банкарске гаранције. Давалац гаранције и њен наручилац анализирају основни уговор или нацрт тога уговора, са гледишта његове садржине, остваривости предвиђених обавеза, вриједности правног посла, рокова извршења обавеза. Након тога слиједи давање банкарске гаранције.

Садржај банкарске гаранције се исказује кроз њене битне и небитне елементе. Давалац банкарске гаранције и њен наручилац заједнички и договорно одређују какав ће да буде њена садржина. Банкарска гаранција обично садржи следеће битне елементе: Пословно име (фирму) и сједиште даваоца гаранције; пословно име (фирму) и сједиште корисника гаранције; ознаку основног правног посла чије се извршење обезбјеђује банкарском гаранцијом; новчани износ на који гласи банкарска гаранција; рок важења банкарске гаранције и др. Банкарска гаранција може да садржи као своје небитне елементе и различите клаузуле, као што су: клаузула о враћању гаранције, клаузула о примјени мјеродавног права и о рјешавању спорова из међународних пословних односа, као и друге потребне клаузуле.

Након издавања банкарске гаранције издавалац прати њену даљу правну судбину, а нарочито ако дође до исплате гарантованог новчаног износа. Банке и други издаваоци банкарских гаранција савјесно и одговорно извршавају своје гаранцијске обавезе. Уколико не би тако поступали били би одговорни и обавезни да надокнаде сву штету кориснику банкарске гаранције. То би шкодило и њиховом добром угледу, што је веома важно на тржишту финансијских услуга.

Давалац банкарске гаранције има право да наплати накнаду или провизију за извршене услуге из гаранције. Право даваоца банкарске гаранције на накнаду (провизију) и висина провизије уређују се уговором о издавању банкарске гаранције. Провизија коју је обавезан да плати налогодавац гаранту представља цијену

за ризик који се преузима за случај да дужник из основног посла не изврши обавезе плаћања, па ту обавезу буде извршавао гарант. Висина банкарске провизије за издату банкарску гаранцију зависи од врсте банкарске гаранције, солвентности дужника из основног посла, висине гарантованог износа, као и других услова који су од утицаја на степен ризика даваоца гаранције за наступање обавезе плаћања кориснику по издатим гаранцијама. Банкарска провизија се обично уговара у одређеном проценту од гарантованог износа, а то може да буде одређено и тарифом даваоца гаранције. Банка или други давалац банкарске гаранције има право на уговорену провизију без обзира на то да ли је кориснику гаранције вршила плаћање по основу издате гаранције, ако између налогодавца и гаранта није уговорено друкчије. Наплата провизије доспијева у одређеним временским интервалима. Поред провизије, давалац банкарске гаранције има право и на трошкове у вези са издатом гаранцијом, уколико странке не уговоре да се у висину провизије укључују и трошкови (Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије "Правна схватања Врховног суда Србије", Београд, 2007, стр. 51-53).

На завршетку трајања гаранцијског односа врши се гашење банкарске гаранције. То је редовни начин престанка тога односа, али до тога гашења може да дође и на друге начине. Банкарска гаранција може да се угаси и пријевремено, до чега мож доћи сагласношћу налогодавца и корисника гаранције. До тога може да дође и ако прије истека рока важења гаранције наступе неке околности због чега више не постоји сврха њеног постојања (на примјер, падом дужника или повјериоца под стечај).

4.

Банкарска гаранција јесте исправа (није хартија од вриједности), која садржи писмено обећање банке или неког другог њеног издаваоца да ће дужник из основног правног посла уредно испунити своју уговорну обавезу. Она је средство личног обезбјеђења извршења уговорне обавезе; она има више практичних предности у односу на друга средства обезбјеђења. Од тих других средстава личног обезбјеђења на прво мјесто се ставља јемство, као класични правни институт.

Банкарска гаранција и јемство су доста слични правни институти, тако да у теорији има схватања да је банкарска гаранција, по својој правној природи, врста јемства. Између банкарске гаранције и јемства сличност је нарочито у циљевима оба правна института, а то је заштиат повјериоца из основног уговора. Оба института су правни послови везани за оснивни правни посао, с тим што је јемство акцесорне природе, а банкарска гаранција је самостални правни посао. Садржајно и суштински посматрано, између јемства и банкарске гаранције постоје врло значајне квантитативне и квалитативне разлике, али се то овдје не може елаборирати због ограничености простора за овај текст.

Изјава даваоца банкарске гаранције ствара неопозиву, самосталну и безусловну обавезу гаранта.

Обавеза даваоца банкарске гаранције је *неојозива*, јер он не може да одустане од дате гаранције у току трајања њене важности. То би било могуће једино уз претходну сагласност корисника гаранције, као и свих других учесника у гаранцијском послу. Уосталом, дата гаранција се већ налази код њеног корисника, па је њен издавалац не може једнострано повући, јер би то било противно корисниковим интересима.

Самостјалносћ банкарске гаранције огледа се у томе што је она потпуно правно одвојена од основног правног посла, ради правилног извршења је издата. Банкарска гаранција са клаузулом "без приговора" или "на први позив" и сл. даје гаранцији карактер самосталне банкарске гаранције. Банкарском гаранцијом са таквом клаузулом повјерилац из основног посла се обезбјеђује првенствено од платежне неспособности дужника, али и од других ризика. Практична снага банкарске гаранције са оваквим клаузулама је и у томе што давалац гаранције не може да истиче приговоре према кориснику гаранције, које може да ставља налогодавац, као дужник из основног правног посла, према кориснику банкарске гаранције.

Банкарска гаранција јесте *безусловни* правни посао, па и ако би била издата као условна гаранција. Безусловност банкарске гаранције се састоји у томе што је повјерилац из основног правног посла овлашћен да се обрати даваоцу гаранције чим наступи гаранцијски случај, а то је ако главни дужник из основног правног посла не буде благовремено и уредно извршио своју обавезу покривену банкарском гаранцијом. Кад се корисник банкарске гаранције обрати њеном издаваоцу за извршење преузете обавезе из гаранције, давалац банкарске гаранције је дужан да своју обавезу безусловно изврши. Уколико је била издата условна банкарска гаранција обавеза из ње ће бити извршена чим тај услов буде испуњен.

5.

Банкарска гаранција јесте сложени правни посао. У том правном послу учествују најмање три лица, а могуће је да их буде и више. Та лица су: корисник банкарске гаранције, као повјерилац из основног правног посла; налогодавац издавања банкарске гаранције, као дужник из основног правног посла; банка или неки други давалац гаранције, као гарант у основном правном послу. Поред ових лица, у правном послу банкарске гаранције могу да учествују и друга лица. То може да буде банка контргарант, банка супергарант, авизирајућа банка, конфирмирајућа банка.

Између учесника правног посла банкарске гаранције настају међусобни правни односи.

Правни однос између налогодавца и корисника банкарске гаранције. То је правни однос између дужника и повјериоца из основног правног посла, ради чијег обезбјеђења је банкарска гаранција издата. Тај се однос успоставља одговарајућим уговором, који се закључује прије издавања банкарске гаранције, а могуће је и да је

његово закључивање било условљено претходним издавањем банкарске гаранције. То може да буде неки инвестициони правни посао, посао испоруке опреме, купопродајни уговор, уговор о грађењу и др. Све су то уговорни односи обично са одложним роковима плаћања и са трајнијим извршавањем уговорених чинидби.

Правни однос између налогодаваоца и даваоца банкарске гаранције. То је непосредни уговорни однос између налогодавца, као дужника из основног правног посла, и даваоца банкарске гаранције. Банке или неки други давалац банкарске гаранције издаје гаранцију у своје име, а за рачун налогодавца. Зато је уговор о издавању банкарске гаранције у својој суштини комисиони правни посао. Тим уговором оба уговарача стичу одређена права и обавезе. Банка или неки други давалац гаранције се обавезује да ће дати тражену банкарску гаранцију и да ће извршити обавезу која је њоме преузета, под условима које су уговорили. Налогодавац банкарске гаранције се, са своје стране, обавезује да ће даваоца гаранције исплатити одговарајућу накнаду за извршену услугу.

Правни однос између даваоца банкарске гаранције и корисника гаранције. То је непосредни правни однос између ових субјеката банкарске гаранције. Банка или неки други давалац банкарске гаранције издаје гаранцију њеном кориснику, о чему га обавјештава посебним писмом. Уговором о издавању банкарске гаранције обавезује се њен издавалац да ће кориснику гаранције исплатити гарантовани износ новца, у предвиђеним роковима и под условима који су утврђени тим уговором.

Сви међусобни односи учесника у послу банкарске гаранције представљају економско јединство, иако су они самостални и независни један од другог.

Уколико у правном послу банкарске гаранције учествују два или више давалаца гаранције, тиме се само повећава број учесника, али се не мијењају правни односи између учесника у правном послу. Тиме се банкарска гаранција једног даваоца покрива супергаранцијом другог дваоца.

6.

Постоји више врста банкарских гаранција, које се разврставају према различитим критеријумима. Наслов тиме која се овдје излаже одређен је према заштићеном субјекту правног посла, а то су инвеститори, без обзира на то у којем облику и на који начин пласирају свој капитал. Одатле и формулација "инвеститорска банкарска гаранција".

Врсте и систематизацију инвеститорских банкарских гаранција утврђени су у Једнообразним правилима за уговорне гаранције (МТК – 1978). То су: лицитационе гаранције; гаранције за добро извршење посла; гаранције за повраћај аванса (чл. 2). Примјена ових правила је добровољна, али су она значајан оријентир и регулатор за утврђивање односа у вези са давањем гаранције за уредно испуњавање преузетих обавеза. Ова правила садрже ознаку да се односе на "уговорне гаранције", а то значи да је банкарска гаранција, по својој правној природи, уговорни правни посао.

1. Лицитациона гаранција. Лицитациона уговорна или банкарска гаранција је сте гаранција коју је дала банка, осигуравајући завод или нека друга страна ("гарант"), на захтјев подносиоца понуде на лицитацији ("принципал"). Она може да буде дата и на бази инструкције неког од овлашћених издавалаца гаранције кориснику гаранције. Овом гаранцијом се гарант обавезује да у границама уговореног новчаног износа плати кориснику гаранције одређени износ у случају да принципал не испуни обавезу из његове поднесене понуде на лицитацији.

2. Гаранција за добро извршење посла. Гаранција за добро извршење посла је сте гаранција коју даје банка, осигуравајући завод или нека друга уговорна страна ("гарант") кориснику гаранције. Она се даје на бази одређене испоруке робе, извршења неке услуге или извођења инвестиционих радова од стране субјеката тих послова ("принципал"). И ова гаранција може да буде дата на бази инструкције овлашћених давалаца банкарских гаранција. Гаранцијом за добро извршење посла давалац гаранције се обавезује да, у случају принципаловог пропуста у уредном извршавању обавеза из уговора закљученог између њега и корисника гаранције, он сам плати кориснику гаранције износ новца оји је у њој одређен. Обавеза гаранта може да буде и друкчије предвиђена, као на примјер, да он изврши обавезу из основног уговора умјесто плаћања гарантованог новчаног износа.

3. Авансна гаранција. Авансна гаранција јесте гаранција која се издаје на захтјев испоручиоца робе или извођача радова ("принципал"). И ову гаранцију могу да издају банке, осигуравајуће организације или неко друго лице овлашћено од принципала ("гарант"). Гарант се обавезује авансном гаранцијом да, у случају принципаловог пропуста да изврши отплату у складу са условима уговора између њега и корисника гаранције, он плати кориснику гаранције уговорени новчани износ. То је износ који је кроисник гаранције авансирао или платио принципалу, а који кориснику није враћен на неки други начин.

Mihailo Velimirović, Ph.D.
Professor at the Faculty of Law, East Sarajevo

INVESTMENT BANK GUARANTY

Abstract

This paper contains six interrelated parts. First one defines bank guaranty as means of securing performance of contractual obligations. It is a regular component of large commercial transactions, especially those of investment nature, foreign trade related and transactions dealing with shareholders capital and shareholders loans. It has been determined that bank guaranties can be issued by competent banks, insurance companies and different financial funds. The content of bank guaranty contains especially the

notation of the main legal transactions, money amount of guaranty, term of its validity etc.

The author of this paper has dealt with bank guaranties related to contracts of investment of capital. These are bid bonds, performance guaranties and advance payment guaranties. It has established the characteristics of bank guaranties, legal relationship between the applicant and the issuer, legal relationship between the issuer and the beneficiary of guarantee.

Key words: *guarantee, risk, contract, investment, solvency, insolvency, bid.*