

Јован ВУЈИЧИЋ

стручно-технички сарадник Правног факултета Универзитета у
Крагујевцу

ПРЕВАРЕ И ПРИВРЕМЕНЕ МЕРЕ КОД ГАРАНЦИЈА НА ПОЗИВ

Резиме

Концепт преваре код гаранција на позив развијан је кроз судску праксу, при чему су узимани у обзир различити критеријуми за примену овој изузетка од правила по коме је гарант обавезан да изврши плаћање по презентацији докумената који по свом изгледу представљају усклађену презентацију. Само у малом броју земаља ово плаћање је законски регулисано. У циљу проналажења одговарајућег решења, у раду ћемо анализирати одредбе међународних аката унификације, као и појединих националних прописа којима су регулисани случајеви преваре, као и привремене судске мере код гаранција на позив.

Кључне речи: гаранције на позив, неодржавани позиви за плаћање, привремене судске мере.

I Увод

Издавањем гаранције на позив,¹ гарант преузима самосталну и неопозиву обавезу да кориснику гаранције исплати гарантни износ по

1 У раду је коришћен појам „гаранција на позив“, а не „банкарска гаранција на позив“, јер се у међународноправном промету као гарант може појавити и осигуравајуће друштво или друго правно или физичко лице, а не само банка. Такав појам је у складу са усвојеним међународним актима унификације којима је регулисан овај

презентацији позива који је у складу са одредбама и условима гаранције. Да би корисник остварио право из гаранције, довољно је да гаранту благовремено поднесе захтев за плаћање у предвиђеном месту плаћања. Захтев се најчешће подноси у писаној форми,² заједно са изјавом корисника којом се указује у ком погледу је налогодавац повредио своје обавезе из основног посла.

Једноставним и брзим начином реализације остварује се функција ликвидности гаранције на позив. Гаранција на позив представља замену за готовинске депозите, који су раније коришћени као средство обезбеђења, али су са развојем међународне трговине постали претерано скупи.³ Очигледне погодности које гаранција на позив пружа корисницима допринеле су њеном масовном коришћењу у унутрашњем и међународноправном промету. Међутим, олакшан начин остварења права из гаранције на позив пружа могућност да гарантни износ буде наплаћен, без обзира на то да ли је ризик покривен гаранцијом оставарен и да ли је позив за плаћање оправдан.

Неоправданим позивом за плаћање (*unfair calling*) корисник гаранције врши злоупотребу права (*abuse of right*), јер своје право врши противно циљу због кога је оно законом признато или установљено. Истовремено, такав позив представља и превару (*fraud*), јер се њиме друга страна доводи у заблуду у погледу његове оправданости. У теорији се ови појмови употребљавају као синоними, па ће као такви бити коришћени и у овом раду.

Стварни ефекти плаћања по неоправданом позиву погодиће налогодаваца, који ће гаранту надокнадити исплаћени износ на основу њиховог уговорног односа. Налогодавац би могао у редовном судском поступку захтевати повраћај неоправдано наплаћеног износа од корисника гаранције, као друге стране из основног посла. Међутим, када су у питању спорови са елементом иностраности, дуготрајност поступка и

правни посао. Видети: Једнообразна правила за гаранције на позив из 1992. године (*ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publication No. 458*; даље у фуснотама: *URDG 458*), чл. 2 ст. а и Конвенција УН о независним гаранцијама и *stand-by* акредитивима из 1995. године (*United Nations Conventions on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit*; даље у фуснотама: *UN Convention*), чл. 2 ст. 1.

2 Према праву Саудијске Арабије гарант је дужан да плати на корисников усмени захтев, упркос јасној одредби у гаранцији којом се захтева писани позив. Boris Kozolchyk, „Bank Guarantees and Letters of Credit: Time for Return to the Fold“, *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, Vol. 11, 1989, стр. 8.

3 Roy Goode, *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publication N° 510*, Paris, 1992, стр. 8.

проблеми у вези са признањем и извршењем страних судских и арбитражних одлука могу привремену угроженост претворити у коначну и ненадокнадиву штету.⁴

Поштовање начела самосталности гаранцијске обавезе, без изузетка, могло би довести до неприхватљиве правне заштите преваре. Због тога је у свим правним системима, у складу са максимумом *Fraus omnia corumpit*, признат изузетак од обавезе гаранта да изврши плаћање по презентацији докумената који по свом изгледу представљају усклађену презентацију.

Признавањем таквог изузетка, конституише се посебан појам преваре у послу гаранције на позив. Проблем, међутим, настаје приликом одређивања критеријума на основу којих се оцењује постојање преваре. Основно питање у вези са преваром у послу гаранције на позив је у ком правном односу превара мора постојати, да ли у основном послу или у правном односу између гаранта и корисника гаранције.⁵ Друго питање је каквог интензитета превара мора бити да би се обуставило плаћање по гаранцији.⁶ У циљу проналажења одговарајућег решења, у раду ће бити анализирани одредбе међународних аката унификације, као и појединих националних прописи којима је ово питање регулисано.

II Једнообразна правила Међународне трговинске коморе

1. Једнообразна правила за уговорне гаранције

Међународна трговинска комора из Париза је 1978. године објавила Једнообразна правила за уговорне гаранције. Циљ ових правила је успостављање праведне равнотеже између легитимних интереса сва три учесника у послу гаранције.⁷ Покушано је да се проблем неоправданих позива за плаћање реши захтевањем од корисника да, приликом подношења захтева за плаћање, поднесе и судску или арбитражну одлуку којом је утврђено да је налогодавац, као дужник из основног посла повредио своје обавезе, или писану изјаву налогодавца којом се

4 Radovan D. Vukadinović, „Granice korišćenja prava u bankarskim garancijama na prvi poziv – s posebnim osvrtom na nemačku sudsku praksu“, *Правни животи*, бр. 3–4/1992, стр. 525 и даље.

5 Branko Vukmir, „Razlozi za obustavu isplate bankarskih garancija na poziv“, у: Stanko Petković (urednik), *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, посебан број, Zagreb, 2006, стр. 266.

6 *Ibid.*, стр. 267.

7 Једнообразна правила за уговорне гаранције из 1978. године (*ICC Uniform Rules for Contract Guarantees*, *ICC Publication No 325*; даље у фусногама: *URCG 325*), Увод.

саглашава са захтевом и његовим износом.⁸ На овај начин се желело подстаћи поверење у такве гаранције и омогућити им да буду широко прихваћене у међународној трговини.⁹

Ипак, и поред оваквог очекивања правила нису била прихваћена у пракси. Несумњиво да се овакавим обликом гаранција доприноси већој правној сигурности, али управо због везаности за основни посао оне имају велике недостатке.¹⁰ Претходно решавање спора између налогодавца и корисника гаранције, као страна из основног посла, повезано је са великим трошковима и губитком времена, чиме се онемогућава остварење основне функције која се од гаранције очекују у правном промету, „...да њиховим корисницима омогући по поступку и условима једноставан и брз, а по сигурности поуздан начин наплате гарантног износа...“¹¹ Као разлог неприхватања, наводи се и то што у њиховој изradi нису учествовали представници корисника гаранција (инвеститори и извозници), већ углавном представници банака и других лица, која су најпре штитили интересе гараната и налогодавца.¹² То је за последицу имало правну заштиту гараната и налогодавца од неоправданих позива за плаћање, и занемаривање интереса корисника гаранције. Неприхватању Једнообразних правила за уговорне гаранције допринело је и то што њима нису биле обухваћене гаранције на позив, које су у међународној банкарској пракси биле највише заступљене.¹³

2. Једнообразна правила за гаранције на позив

Једнообразна правила за гаранције на позив из 2010. године представљају ревизију истоимених правила из 1992. године. За разлику од решења предвиђеног за уговорне гаранције, од корисника се не захтева да приликом остварења права из гаранције доказује да је наступио ризик покривен гаранцијом. Довољно је да поднесе потписани документ којим захтева плаћање по гаранцији, који ће бити подржан другим документима,¹⁴ као што је у гаранцији наведено, и у сваком

8 URСG 325, чл. 9.

9 URСG 325, Увод.

10 Božidar Pavićević, *Bankarska garancija u teoriji i praksi*, Beograd, 1999, стр. 172.

11 Radovan Vukadinović, Cvijeta Anđelković, Dragoslav Vuković, *Garancije na poziv u međunarodnoj praksi*, Beograd, 1995, стр. 21.

12 В. Vukmir, *нав. чланак*, стр. 262.

13 URСG 325, Увод.

14 О значају других докумената чије је подношење одређено као услов наплате гаранције, и њиховом утицају на начело самосталности гаранција на позив, видети у: Радован Д. Вукадиновић, „Банкарске гаранције на први позив према

случају изјавом корисника којом се указује у ком погледу је налогодавац повредио своје обавезе из основног посла.¹⁵

Прописивањем оваквих услова за реализацију гаранција на позив желела се постићи равнотежа између различитих интереса корисника гаранције, који у случају повреде основног посла од стране налогодавца има потребу да на брз и једноставан начин наплати гарантни износ, и налогодавца коме је неопходна правна заштита у случају неоправданих позива за плаћање. Захтевањем од корисника да изричито изјави да је друга страна повредила своје уговорне обавезе, и у чему се та повреда састоји, опасност од неоправданих позива је на неки начин смањена,¹⁶ јер ће корисник можда оклевати пре него што гаранту поднесе лажну изјаву којом оправдава свој позив.¹⁷ Ипак, заштита која се на овај начин пружа налогодавцу је ограничена, будући да изјаву даје корисник, а не неко треће независно и објективно лице.

Елементи правне заштите налогодавца се могу наћи и у обавези гаранта да без одлагања обавести инструктодавца¹⁸ о сваком позиву по гаранцији.¹⁹ На овај начин се налогодавцу омогућава да гаранту достави доказе о постојању евентуалне преваре на страни корисника гаранције. За разлику од решења предвиђеног Једнообразним правилима за гаранције на позив из 1992. године, новим правилима се не захтева од гаранта да инструктодавцу достави и корисников захтев за плаћање и друге поднете документе. Тиме се налогодавцу умањује шан-

Једнообразним правилима из 1992. године“, *Право и привреда*, бр. 5-6/1994, стр. 65 и даље.

15 Једнообразна правила за гаранције на позив из 2010. године (*ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publication No. 758*; даље у фуснотама: *URDG 758*), чл. 15 ст. а.

16 Norbert Horn, *The United Nations Convention on Independent Guarantees and the Lex Mercatoria*, Roma, 1997, стр. 10.

17 R. Goode, *нав. дело*, стр. 93.

18 Инструктодавац је банка, институција или друго лице, по чијим инструкцијама је издата гаранција, и које поступа по захтеву свога клијента, тј. налогодавца. *UN Convention*, чл. 2 ст. 2(б). Слична дефиниција инструктодавца дата је и у Једнообразним правилима за гаранције на позив из 2010. године. Инструктодавац је лице, које није контрагарант, које даје инструкције да се изда гаранција или контрагаранција и одговорно је за обештећење гаранта или, у случају контрагаранције, контрагаранта. Инструктодавац може али не мора бити налогодавац. *URDG 758*, чл. 2 алинеја 21. Инструктодавац се најчешће јавља у међународноправном промету код индиректних гаранција, када корисник захтева да гаранција буде издата од локалне банке. Ако налогодавац не послује са таквом банком, обратиће се својој банци са захтевом да обезбеди издавање гаранције од банке у корисничковој држави. У циљу извршења таквог налога, налогодавчева банка даће упутства за издавање гаранције банци у корисничковој држави.

19 *URDG 758*, чл. 16.

са да оспори захтев за плаћање, имајући у виду да је гарант дужан да унутар кратког рока од пет радних дана који следе дану презентације испита поднети позив и одлучи да ли ће платити или одбити захтев за плаћање.²⁰

Питање превара и привремених мера није регулисано Једнообразним правилима за гаранције на позив. То је у складу са њиховом уговорном природом. Њима, као и осталим правилима Међународне трговинске коморе, регулисана су само она питања која ваљано могу бити регулисана споразумом између странака.²¹ Тиме се, међутим, не искључује примена правила и начела националног права која се односе на преваре или очигледне злоупотребе или неоправдане позиве за плаћање.²²

III Национални прописи

Иако је гаранција на позив у правном смислу одвојена од основног посла, њена независност није потпуна.²³ У свим правним системима признаје се да доказ о превари од стране корисника гаранције представља основ за одбијање плаћања по гаранцији. Концепт преваре код гаранција на позив углавном је развијан кроз судску праксу, при чему су, чак и у оквиру исте државе, примењивани различити критеријуми.²⁴ Постојање преваре није ограничавано само на случајеве у којима је корисник гаранције имао преварну намеру, већ је ширено и на случајеве који су противни начелу савесности.²⁵

Од националних прописа, питање превара и привремених мера регулисано је Једнообразним трговачким закоником Сједињених Америчких Држава. Члан 5. којим је ово питање решено, односи се на документарне акредитиве и *standby* акредитиве, али се по аналогiji може применити и на гаранције на позив, будући да су *standby* акредитиви и гаранције на позив са правне тачке гледишта синоними.²⁶ Да су у питању

20 URDG 758, чл. 20 ст. а.

21 R. Goode, *нав. дело*, стр. 25.

22 URDG 458, Увод.

23 R. Goode, *нав. дело*, стр. 43.

24 За немачку судску праксу видети: R. D. Vukadinović, „Granice korišćenja prava u bankarskim garancijama na prvi poziv – s posebnim osvrtom na nemačku sudsku praksu“, стр. 523–540; за судску праксу Сједињених Америчких Држава, Велике Британије, Канаде и Аустралије видети: Gao Xiang, Ross P. Buckley, „A Comparative Analysis of the Standard of Fraud Required Under the Fraud Rule in Letter of Credit Law“, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 13, 2003, стр. 293–336.

25 R. Goode, *нав. дело*, стр. 23.

26 *Ibid.*, стр. 8.

само различити појавни облици истог правног посла, у чијој основи је апстрактна и самостална обавеза, сведочи и јединствена Конвенција Уједињених нација којом су регулисане независне гаранције и *stand-by* акредитиви.²⁷

Ако је учињена презентација по свом изгледу усклађена са одредбама и условима акредитива, али је захтевани документ фалсификован или битно преваран, или би хонорисање презентације олакшало битну превару издаваоца или налогодавца од стране корисника, издавалац, који делује у доброј вери, може одбити да хонорише презентацију.²⁸

Шта се подразумева под битном преваром (*material fraud*), није одређено Једнообразним трговачким закоником. У циљу објашњења овог појма, у Званичном коментару Једнообразног трговачког законика је наведено да, када су у питању *standby* акредитиви, битна превара постоји једино када корисник ни наизглед нема право да очекује хонорисање и када не постоји чињенична основа којом би се подржало такво његово право.²⁹ Уколико би на основу околности конкретног случаја, захтев за плаћање макар наизглед био основан, постојао би само спор из основног посла који не представља довољан основ за одступање од правила прво платити, а затим расправљати (*pay first, argue later*).

За разлику од оваквог схватања, у америчкој судској пракси стандард битне преваре је у појединим случајевима неоправдано уско тумачен, и примењиван само ако корисников захтев за плаћање није уопште имао чињеничну основу.³⁰ Такође, постоје и случајеви у којима је стандард битне преваре изједначаван са повредом обавезе поступања у доброј вери, што је потпуно неоговарајуће, јер се на тај начин овај стандард тумачи сувише широко.³¹

Ни Једнообразним трговачким закоником, нити Званичним коментаром се не захтева да корисникова преварна намера мора бити до-

27 Радован Д. Вукадиновић, *Међународно пословно право, посебни део*, Крагујевац, 2009, стр. 489.

28 Једнообразни трговачки законик Сједињених Америчких Држава из 1962. године (*Uniform Commercial Code*; даље у фуснотама: *UCC*), чл. 5. пар. 5–109(а), доступно на адреси: <http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html>, 1.4.2012..

29 Званични коментар члана 5 Једнообразног трговачког законика, пар. 3. Наведено према: G. Xiang, R. P. Buckley, *нав. чланак*, стр. 317.

30 Видети судске одлуке у споровима: *Western Surety Co. v. Bank of Southern Oregon*, 1999 U.S. Dis. LEXIS 8863 (D. Or. June 9, 1999), *aff'd*, 257 F.3d 933 (9th Cir. 2001) и *New Orleans Brass v. Whitney National Bank and the Louisiana Stadium and Exposition District*, La. App. LEXIS 1764 (La. Ct. App. 4th Cir. May 15, 2002). Наведено према: G. Xiang, R. P. Buckley, *нав. чланак*, стр. 319–321.

31 Видети судску одлуку у спору: *Mid-America Tire v. PTZ Trading Ltd. Import and Export Agents*, 2000 Ohio App. LEXIS 5402 (Ohio Ct. App. Nov. 20, 2000). Наведено према: G. Xiang, R. P. Buckley, *нав. чланак*, стр. 321–322.

казана. Из тога закључујемо да је битна тежина преваре и њен утицај на трансакцију, а не корисникова намера.³² Превара мора бити тако озбиљна да корисник без ње не би имао могућност да наплати износ из гаранције.³³

Није битно да ли превара постоји у правном односу између гаранта и корисника гаранције или у основном послу. У оба случаја се може позивати на превару. Постоје схватања према којима је овакво питање сувишно, јер се превара не може односити само на презентацију докумената, а да истовремено не постоји и у основном послу.³⁴ Применом концепта преваре и на основни посао, угрожава се начело самосталности гаранцијске обавезе. Међутим, посматран са аспекта правне сигурности, овакав приступ је похвалан, нарочито у случају гаранција на позив којима се осим захтева за плаћање и изјаве корисника којом се указује у ком погледу је налогодавац повредио обавезе из основног посла, не захтевају и други документи (гаранције „на први позив“, „без приговора“). У противном, концепт преваре би био без значаја јер би постојање преваре практично било немогуће доказати.

Одбијање плаћања по гаранцији у случају битне преваре предвиђено је као право, а не обавеза гаранта. Истовремено, налогодавцу који тврди да је захтевани документ фалсификован или битно преваран, или да би хонорисање презентације олакшало битну превару издаваоца или налогодавца од стране корисника, дато је право да од надлежног суда захтева да издаваоцу привремено или трајно забрани хонорисање презентације или одобри сличну меру према издаваоцу или другом лицу.³⁵

IV Конвенција Уједињених нација о независним гаранцијама и *stand-by* акредитивима

Имајући у виду да је Конвенција УН о независним гаранцијама и *stand-by* акредитивима (у даљем тексту: Конвенција) намењена за међународну употребу, редактори Конвенције су избегли да у Конвенцији употребе термине „превара“ и „злоупотреба права“, јер о њиховом значењу постоје различита схватања у националним правима. Уместо тога, Конвенцијом су набројани случајеви у којима се сматра оправданом примена изузетка од правила по коме је гарант дужан пла-

32 G. Xiang, R. P. Buckley, *нав. чланак*, стр. 318.

33 B. Vukmir, *нав. чланак*, стр. 267.

34 *Ibid.*, стр. 266 и даље.

35 УСС, чл. 5 пар. 5–109(б).

тити по презентацији позива који је по свом изгледу усклађен са одредбама и условима гаранције. На тај начин су обухваћени „чињенични обрасци“ покривени у различитим правним системима појмом „преваре“ и „злоупотребе права“.³⁶

Гарант који послује у доброј вери има право да кориснику ускрати плаћање ако је очигледно и јасно да:

- а) било који документ није оригиналан или је фалсификован;
- б) на основу захтева за плаћање и пратећих докумената обавеза плаћања није доспела; или
- в) судећи на основу врсте и сврхе гаранције, захтев нема прихватљиву основу.³⁷

Због јасноће, дати су примери ситуација у којима се сматра да захтев за плаћање нема прихватљиву основу: када ризик покривен гаранцијом очигледно није остварен; када је обавеза налогодавца из основног посла судском или арбитражном одлуком проглашена непунважном, осим ако је и такав ризик покривен гаранцијом; када је обавеза из основног посла несумњиво испуњена; када је испуњење обавезе из основног посла јасно спречено намерним пропустом корисника.³⁸ Набрајање ситуација није исцрпно, већ само илустративно. Свакако, оно је од изузетног значаја, јер је њиме установљен јасан међународни стандард, уског обима којим се несумњиво обезбеђују корисне смернице националним судовима приликом одлучивања о изузецима од обавезе гаранта да изврши плаћање по гаранцији.³⁹

Из захтева да постојање „преваре“ мора бити очигледно и јасно, при чему се не тражи да корисникова намера буде доказана, закључујемо да се Конвенцијом, као и Једнообразним трговачким закоником, наглашава природа таквог понашања, а не намера лица које га врши.⁴⁰ У сваком случају, само знање издаваоца није довољно, већ је потребно применити објективни критеријум, којим се инсистира на стварном стању поднетог захтева за плаћање.⁴¹ Међутим, тиме се не искључује могућност да у различитим државама буду примењени различити стан-

36 *Explanatory note by the UNCITRAL secretariat on the United Nation Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit*, пар. 46, доступно на адреси: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/payments/guarantees/guarantees.pdf>, 1.4.2012.

37 *UN Convention*, чл. 19 ст. 1.

38 *UN Convention*, чл. 19 ст. 2.

39 G. Xiang, R. P. Buckley, *нав. чланак*, стр. 333.

40 *Ibid.*

41 Radovan D. Vukadinović, „Standby akreditiv i njegovo izvršenje u međunarodnom prometu“, *Правни живои*, бр. 11-12/1993, стр. 1742.

дарди у погледу извесности постојања „преваре“. Како правилна примена Конвенције зависи од националних судова и њихове спремности да се приликом тумачења одредаба Конвенције не ослањају искључиво на појмове и теорије унутрашњег права, већ да воде рачуна о њеном међународном карактеру и потреби унапређења њене једнообразне примене,⁴² остаје да се види која је права вредност ових правила.⁴³

Дилема да ли је превара од значаја само ако постоји у правном односу између гаранта и корисника гаранције, или се на њу може позивати и ако је присутна у основном послу, решена је на исти начин као у Једнообразном трговачком законику, прописивањем да ће превара бити узета у обзир у оба случаја.

Давањем права, а не наметањем обавезе, гаранту да у случају преваре одбије да кориснику исплати износ из гаранције, Конвенцијом се наглашава независна улога гаранта, а истовремено оставља могућност да реализација гаранције буде усклађена са стварним стањем основног посла. На тај начин се жели постићи равнотежа између различитих интереса учесника у овом правном послу. Омогућавањем дискреције гаранту који поступа у доброј вери, Конвенцијом се уважава забринутост гаранта за очување поузданости коју гаранција има у правном промету као обећање независно од основног посла.⁴⁴

На овај начин се налогодавцу не ускраћује право, које би могао имати из уговорног односа са гарантом, да гаранту одбије да надокнади исплаћени износ.⁴⁵ Ово право налогодавца може се заснивати на повреди обавезе гаранта да поступа по налозима и упутствима налогодавца, будући да су код гаранција на позив упутства по природи ствари императивна.⁴⁶ Међутим, гаранти традиционално настоје да у својим општим условим пословања или индивидуалним уговорима ограниче или искључе своју одговорност за поједине пропусте који се налазе у сфери њихове пословне делатности.⁴⁷ Таква тенденција изражена је и у Једнообразним правилима за гаранције на позив, којима је, поред осталог, искључена одговорност гаранта за фалсификат било ког потписа или документа који му је презентован.⁴⁸

42 *UN Convention*, чл. 5.

43 За сада нема пријављених случајева у којима је примењена Конвенција УН о независним гаранцијама и *stand-by* акредитивима. Видети: *Case Law on UNCITRAL Texts (CLOUT)*, доступно на адреси: http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html, 1.4.2012.

44 *Explanatory note by the UNCITRAL secretariat on the United Nation Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit*, пар. 48.

45 *UN Convention*, чл. 17 ст. 2.

46 В. Рајић, *нав. дело*, стр. 43.

47 *Ibid.*, стр. 44.

48 *URDG 758*, чл. 27а.

Истовремено, Конвенцијом се предвиђа да налогодавац има право да од суда захтева издавање привремених мера.⁴⁹ Овим се правилно препознаје да је улога суда, а не гаранта, да истражује чињенице из основног посла.

Због потребе одлучивања о издавању привремене мере у кратком року, докази морају бити одмах поднети суду. Суд ће одлучивати само на основу непосредно доступних доказа, без упуштања у расправљање о предмету спора. Овакво решење је у складу са функцијом ликвидности гаранције на позив. Међутим, у сложеним случајевима, за налогодавца може бити изузетно тешко да одмах поднесе доказе о „превари“.

У погледу јачине доказа, Конвенцијом је предвиђено да докази морају бити јаки, тј. такви да се њима са великом вероватноћом указује да, у вези са захтевом за плаћање који је поднет, или се очекује да ће бити поднет, од стране корисника, постоји нека од „преварних“ или „злоупотребљавајућих“ околности предвиђених чланом 19 став 1. Висок стандард у погледу доказа о постојању „преваре“ заснива се на чињеници да би у противном могла бити нанета ненадокнадива штета, не само поверењу које гарант ужива, већ и пословном угледу корисника гаранције који је оптужен за „превару“.

Захтев за издавање привремене мере може поднети налогодавац или инструктодавац. Уколико је од стране овлашћеног лица поднет захтев за издавање привремене мере уз одговарајуће доказе, суд може одредити привремену меру којом ће се производити правно дејство и према гаранту и према кориснику гаранције, у зависности да ли је плаћање по гаранцији извршено или не. Ако исплата није извршена, суд може издати привремену меру којом се корисник спречава да прими износ, укључујући и меру којом се гарант обавезује да задржи износ из гаранције.⁵⁰ Када је плаћање извршено, суд може издати привремену меру којом се средства примљена од стране корисника блокирају, уз испуњење додатног услова. У таквом случају, узеће се у обзир и да ли би налогодавац у одсуству такве мере вероватно претрпео озбиљну штету.⁵¹

Приликом издавања привремене мере, суд може захтевати од лица које је такву меру тражило да пружи средство обезбеђења које суд сматра одговарајућим.⁵² На тај начин се у извесној мери штите интереси савесног корисника гаранције који би због одлагања плаћања по гаранцији могао претрпети штету.

49 *UN Convention*, чл. 19 ст. 3.

50 *UN Convention*, чл. 20 ст. 1(a).

51 *UN Convention*, чл. 20 ст. 1(б).

52 *UN Convention*, чл. 20 ст. 2.

Конвенцијом је мешање суда у правне односе учесника у послу гаранције изричито ограничено на тачно предвиђене случајеве. Од овог правила постоји изузетак у случају коришћења гаранције у криминалне сврхе. Конвенцијом није одређено шта се поразумева под овим појмом, па ће то питање бити решено у складу са меродавним правом.

Прописивањем услова за издавање привремених мера, процесно право држава уговорница може бити значајно измењено. То даље може довести до уздржаности држава од ратификовања Конвенције,⁵³ и њеног званичног признања као извора права. Независно од тога, у теорији су присутна схватања према којима Конвенција одражава *communis legis opinio* међународне заједнице у погледу принципа потребних и адекватних да заштите међународну трговину од неоправданих позива за плаћање.⁵⁴ Стога, ови принципи могу служити као водичи за тумачење и међународну примену независних гаранција и *stand-by* акредитива као део *lex mercatoria*.⁵⁵

V Закључак

Начин реализације гаранција на позив пружа могућност да ова врста гаранција буде злоупотребљена у правном промету. Стварни ефекти плаћања по неоправданом позиву погодиће налогодаваца, који ће гаранту надокнадити исплаћени износ на основу њиховог уговорног односа. Због наведене опасности, налогодавци су заинтересовани да им се обезбеди правна заштита заснована на обавези гаранта да у случају неоправданих позива за плаћање одбије исплату кориснику гаранције. Са друге стране, корисници гаранције желе једноставан и брз начин реализације, којим се остварује функција ликвидности гаранције на позив. Гаранти су, такође, заинтересовани за доследно поштовање документарног карактера гаранција на позив. Они не желе да утврђују стварно стање основног посла, већ само да, на основу испитивања да ли захтев за плаћање и поднети документи по свом изгледу представљају усклађену презентацију, изврши плаћање или одбије исплату по гаранцији. Сукоб различитих интереса учесника у послу гаранције дошао је до изражаја и приликом међународне унификације правила којима се регулишу гаранције на позив.

53 Конвенцију је до сада ратификовало осам држава: Белорусија, Еквадор, Ел Салвадор, Габон, Кувајт, Либерија, Панама и Тунис. Сједињене Америчке Државе су потписале Конвенцију, али је нису ратификовале. Доступно на адреси: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/1995Convention_guarantees_status.html, 1.4.2012.

54 N. Horn, *нав. дело*, стр. 19.

55 *Ibid.*

Изузетак од обавезе гаранта да плати по презентацији усклађеног позива у случају неоправданог позива за плаћање мора бити уско тумачен (*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*). Приликом одређивања граница његове примене, чини се прихватљивим стандард битне преваре предвиђен Једнообразним трговачким закоником Сједињених Америчких Држава. Међутим, како овај стандард у пракси може бити различито тумачен, потребно је комбиновати га са решењем из Конвенције УН о независним гаранцијама и *stand-by* акредитивима. У члану 19 став 2 наведене су врсте ситуација у којима се сматра да захтев за плаћање нема прихватљиву основу, чиме су дате корисне смернице учесницима у овом правном послу, као и судовима приликом одлучивања о постојању изузетка од начела самосталности гаранције на позив.

Jovan VUJIĆIĆ

Teaching Assistant at the Faculty of Law, University of Kragujevac

THE FRAUD AND PROVISIONAL COURT MEASURES IN DEMAND GUARANTEES

Summary

The concept of fraud in demand guarantees was being developed through the legal practice, besides the different criterious were being taken into consideration for the use of this exception of the guarantor's obligation to pay on presentation of complying demand. This issue is regulated by the law just in several countries. Because of finding an appropriate solution, in this paper we are going to analyze acts of international unification of law, as well as some national regulations wich regulate the cases of fraud and provisional court measures in demand guarantees.

Key words: *demand guarantees, unfair calling, provisional court measures.*