

## СПЕЦИФИКИТЕ НА БАНКАРСКАТА ГАРАНЦИЈА КАКО ИНСТРУМЕНТ ЗА ОБЕЗБЕДУВАЊЕ НА ПОБАРУВАЊА

д-р Борка Тушевска

### Вовед:

Во овој труд фокусот на нашето внимание е на банкарската гаранција, и нејзините специфики како инструмент за обезбедување на побарувања. Како личен/персонален инструмент за обезбедување на побарување,<sup>1</sup> банкарската гаранција влегува во асортиманот производи и услуги на банкарскиот сектор, и тоа, во различни видови и под различни услови.

Во секојдневниот промет на стоки и услуги, бизнис секторот поклонува голема доверба на банкарските гаранции, перцепирајќи ги како најсигурени и најефикасени инструменти за обезбедување на исполнување на обврските од склучените трговски зделки. На зацврстувањето на позицијата на банкарската гаранција, големо влијание изврши и финансиската криза што ја зафати светската економија од крајот на 2007 година.<sup>2</sup> Имено, паралелно со потребите и желбите за пенетрирање на нови пазари, растеше и недовербата односно стравот кај деловните субјекти од неможноста за наплаќање на своите побарувања. Токму овој сегмент од прометот на стоки и услуги, банкарскиот сектор го лоцираше како најподобно тло за пласирање на банкарските гаранции.<sup>3</sup>

Земајќи ги предвид зголемениот обемот и забрзаната динамика на користење на банкарските гаранции, обемот и видот на личните и стварноправните инструменти за обезбедување на ризиците на банките од активирање на гаранцијата, како и провизијата што ја наплаќаат за извршената услуга, повеќе од јасно е на што се должи нивниот напор за масовно пласирање на банкарските гаранции помеѓу деловните субјекти.<sup>4</sup> По основ на ова,

---

<sup>1</sup> Личните/персонални инструменти за обезбедување на побарувања се разликуваат од стварно правните инструменти од аспект на карактерот и обемот на обезбедување. Од аспект на обемот на обезбедувањето, доверителите кои располагаат со стварно правен инструмент за обезбедување на побарувањето, се обезбедуваат од конкретен дел од имотот на должникот. За разлика од нив кај личните/персоналните инструменти доверителите се обезбедуваат од целокупниот имот на должникот. Види повеќе: Стојановиќ Д.Д., Павићевиќ Б., Право обезбедувања кредита, Београд, 1997, стр. 9-27.

<sup>2</sup> Shannon S.L., Financial Stability, Guaranteed: The Use of Bank Guarantees in Financial Crisis Containment, Doctoral thesis, University of Colorado, Boulder, CU Scholar, 2013, pp. 1-182.

<sup>3</sup> Види повеќе за улогата на банкарските гаранции во Меѓународната трговија: Lukic A., The Role and importance of bank demand guarantees in International Trade, Int.J.Eco.Res., 2014, v5i3, 06-09, pp. 6-9.

<sup>4</sup> Степен на ризик што го преземаат банките е во корелација со видот и обемот на инструментите за обезбедување што банката ги има на располагање од својот налогодавач. Овие инструменти влегуваат во условите што ги бара банката за извршување на налогот на клиентот. Повеќе за видовите и обемот на обезбедување на побарувањата на банките во однос на своите клиенти од договорот за издавање на банкарска гаранција, ќе стане збор подолу во текстот.

во современиот промет на стоки и услуги, банкарските гаранции претставуваат еден од најексплоатираните инструменти за обезбедување на побарувањата на доверителите. Паралелно со експанзијата на овој инструмент за обезбедување на побарувања, во практиката и теоријата се наметнуваат дилеми и спорови кои се однесуваат на корпусот права и обврски произлезени од ова сложено правно дело.

Според нас, во спецификите на банкарската гаранција се наоѓаат одговорите на бројни и разновидни прашања од ова проблематика. За таа цел во овој труд спецификите ги издвоивме во посебна точка, фокусирајќи се на спецификите на „гаранциите на повик,“ како најексплоатирани инструменти за обезбедување на побарувањата од прометот на стоки и услуги. Преку анализа на спецификите на банкарските гаранции на повик, ќе се обидеме да одговориме на повеќе прашања од ова област, земајќи ги предвид релевантните ставови на теоријата и практиката.

Во спецификите на банкарската гаранција ја вбројуваме и нејзината правна природа, што дава одговор на голем број прашања коишто се однесуваат на остварувањето на правата од банкарската гаранција.<sup>5</sup> Утврдувањето на правната природа на банкарската гаранција, помеѓу другото, е во функција на расчистување на конкретни прашања со практична димензија. Во насока на ова се прашањата: што практично подразбира тоа што *банката гарант во свое име, а за сметка на налогодавачот (својот клиент) издава банкарска гаранција на трето лице (корисник на гаранцијата)*. Понатаму, што практично значи детерминирањето на банкарската гаранција како еднострано обврзувачки договор,<sup>6</sup> или, кои се практичните импликации од правната самостојност (независност) на банкарската гаранција на повик, од договорот за издавање на банкарска гаранција и основниот договор чие побарување се обезбедува. Што од перспектива на практиката значи теоретското детерминирање дека договорот за банкарска гаранција *нема*

---

<sup>5</sup> Тргувајќи од основната цел што ја поставивме во трудот, и самиот наслов, неспорно е дека акцентот на ќе биде на банкарските гаранции и нивните специфики, меѓутоа, спорадично и исклучиво во функција на проучувањето на банкарската гаранција, на одредени сегменти ќе ги елаборираме односите помеѓу налогодавачот и банката од договорот за издавање на банкарска гаранција, и налогодавачот (главниот должник) и корисникот на гаранцијата (доверителот) од основното правно дело.

<sup>6</sup> Во правната литература покрај ставовите дека банкарската гаранција претставува едностран обврзувачки договор, застапени се и становишта според кои банкарската гаранција претставува еднострано правно дело. Види аргументи во прилог на ова: Стојановиќ Д.Д., Павићевиќ Б., Право обезбедувања кредита, Београд, 1997, стр. 52. Според нас, банкарската гаранција претставува еднострано обврзувачки договор. Покрај неспорно изјавената волја на корисникот да влезе во договорен однос со банката гарант, за нас е аргумент е и фактот што банкарската гаранција во ЗОО е предвидена во посебниот дел - договори, а не во делот на јавно ветување на награда, хартии од вредност итн, како еднострани правни дела.

никаква сличност со договорот во корист на трето лице?!<sup>7</sup> Конечно, кои се правните реперкусии од примената на концептот на „условна“ или „безусловна“ банкарска гаранција, односно што подразбира акцесорноста и неакцесорноста како одлики на одделните (посебни) видови на банкарски гаранции во смисла на Законот за облигациони односи итн.<sup>8</sup> Водејќи се од ова, ги структуриравме и прашања за анализа во овој труд.

## 1. Поим на банкарска гаранција

Да се дефинира поимот на банкарската гаранција првенствено значи правилно да се протолкува законското поимање на овој институт, пред да се навлезе во какви било теоретски дилеми и судски ставови за конкретни случаи. За таа цел, во контекст на дефинирањето на поимот на банкарската гаранција истакнуваме дека според законската формулација на член 1122 од ЗОО, со банкарската гаранција банката се обврзува спрема примачот на гаранцијата (корисникот) дека во случај трето лице да не му ја исполни обврската во рокот на стасаноста, ќе му ја намири обврската ако бидат исполнети условите наведени во гаранцијата.

Од самата законска формулација јасно произлегува дека со издавањето на банкарската гаранција, банката презема обврска *исклучиво* спрема третото лице како корисник на гаранцијата. Со ова, гасне облигацијата на банката гарант од договорот за издавање на банкарската гаранција склучен со налогодавачот (клиентот), и се раѓа неговата обврска спрема корисникот на гаранција и тоа по основ на издадената гаранција.

Земајќи го предвид законското поимање на банкарската гаранција, јасно е дека законодавецот оставил простор банките во Република Македонија да издаваат банкарски гаранции од акцесорна природа, и банкарски гаранции од неакцесорна природа односно гаранции како самостојни (независни) правни дела.<sup>9</sup> Од аспект на акцесорноста,

---

<sup>7</sup> Ни се чини најголемиот придонес во расчистувањето на овие прашања не е во отстранувањето на заблудите за конкретни аспекти на проблематиката, туку во создавањето на чиста правна основа за превенирање на евентуални идни спорови што ги доведува во прашања правата на учесниците во ова сложено правно дело.

<sup>8</sup> Закон за облигационите односи („Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009 и 123/2013, во понатамошниот текст ќе се користи скратеницата ЗОО).

<sup>9</sup> За разлика од законското поимање на поимот на гаранција содржан во член 1036 од ЗОО, во дефинирањето на поимот на банкарската гаранција законодавецот го изоставува зборот „полноважна“ обврска, што навидум може да упати на констатацијата дека банкарската гаранција може да биде издадена само како самостојно правно дело, со самостојна правна егзистенција, независно од не/полноважноста на основниот договор. Сепак, земајќи ја предвид целината на законските прописи кои ја уредуваат банкарската гаранција, и воспоставените теоретски ставови што имавме можност да ги консултираме, истакнуваме дека тоа не е аргумент од којшто може да се извлече заклучок дека ЗОО не познава банкарски гаранции со акцесорна природа, туку дека со законската дефиниција на поимот на банкарска гаранција законодавецот ги опфаќа банкарските гаранции како независни правни дела и банкарските гаранции со акцесорна природа.

банкарската гаранција се изедначува со гаранцијата (емството), иако и во поглед на одредени други аспекти, постојат разлики што ја одделуваат акцесорната банкарска гаранција од класичната гаранција (емството). Во поглед на ова прашање, во правната литература авторите<sup>10</sup> тргнуваат од ставовите според кои банката гарант нема обврска да ги надоместува трошоците што ги направил доверителот во обидот да го оствари побарувањето спрема главниот должник, или нема обврска да плати зголемена обврска поради задоцнување на должникот или по вина на должникот итн. Наспроти ова, кај граѓанската гаранција (емството), изречно е предвидена ова обврска на гарантот.<sup>11</sup>

Во контекст на ова и становиштете според кое обврската на банкарската гаранција во висина на износот што банката гарант го презела како обврска, и секое зголемување на обврската по основ на задоцнување на должникот, или поради трошоци на доверителот во поглед на наплатата на побарувањето, не влијае врз обемот на обврската на банката гарант.<sup>12</sup> Според нас, ова треба да се сфати во смисла на тоа дека банката гарант го обезбедува побарувањето на доверителот до максимумот, т.е. банкарскиот плафон определен во издадената гаранција. Банката гарант нема обврска да го обештети корисникот по основ на зголемени трошоци или зголем главен долг, доколу тоа го надминува гарантираниот износ. Зголемувањето пак на обврските по основ на зголемени трошоци од задоцнување или по кој било друг основ е обврска на емецот, од причина што тој а дели правната субина на обврската на должникот од основниот договор. Последново пак не треба да се сфати како императ. Имено, и кај емството, гарантот може да преземе обврска за обештетување до однапред предвиден максимум (ЗОО, член 1041/3).<sup>13</sup> Следствено, разликата помеѓу овие два института може да се бара формата и обемот на обврската од издадената гаранција.<sup>14</sup>

. Анализирајќи го поимот на банкарска гаранција, ни се чини дека од практичен особено внимание треба да се посвети на вториот дел од дефиницијата за поимот на банкарската гаранција и тоа: *„ќе му ја намири обврската ако бидат исполнети условите*

---

<sup>10</sup> Pavićević B., кај Blagoević B., Krulj V., Komentar zakona o obligacionim odnosima, Beograd, 1983, str. 2192.

<sup>11</sup> Ова решение е предвидено и во ЗОО, член 1041, став 2 и 3. Според ставот 2, гарантот е должен да ги надомести потребните трошоци што ги направил доверителот со цел да го наплати долгот од главниот должник. Понатаму, според ставот 3, Гарантот одговара и за секое зголемување на обврската што би настанало со задоцнување на должникот или по вина на должникот, доколку поинаку не е договорено.

<sup>12</sup> Pavićević B., Stakić B., Instrumenti plaćanja i obezbeđenja plaćanja u međunarodnom prometi, Gornji Milanovac, 1989, str. 73.

<sup>13</sup> Pavićević B., Stakić B., Banke i platni promet za inostranstvom, Beograd, 1987, str. 76.

<sup>14</sup> За разлика од граѓанската гаранција (емството) каде гарантот го обезбедува побарувањето на доверителот во формата и видот во кој што е договорена обврската од основниот договор (изградба на објект, превоз на стока, организирање на транспорт итн.), кај банкарската гаранција независно од тоа дали е чинидбена или платежна гаранција, обврската кон корисникот од издадената гаранција е во паричен облик

наведени во гаранцијата“. Следствено се поставува прашањето: Каква е природата/карактерот на услови што треба да бидат исполнети од страна на корисникот на гаранцијата за да го оствари своето право од гаранцијата?! Дали станува збор за услови од технички карактер (презентација на оригиналната банкарска гаранција, доставување на гаранцијата од страна на овластеното лице кај доверителот, поднесувањето на изјава дека главниот должник не ги исполнил обврските од основниот договор, поднесување на барањето во предвидениот рок итн), или станува збор за услови од материјален карактер што го условуваат исполнувањето на обврската на банката спрема корисникот од издадената гаранција?

Употребувајќи ја ова сентенца законодавецот оставил простор условите за реализирање на правата од банкарската гаранција да ги определат учесниците во прометот на стоки и услуги. Формално правно и согласно перцепцијата и практикувањето на банките, условите од банкарската гаранција ги определува банката. Сепак, ако се земе предвид фактот дека банката ја издава банкарската гаранција по налог на главниот должник (налогодавачот), повеќе од очигледно е и неговото влијание во поглед на определувањето на условите во гаранцијата. Од друга страна повеќе од јасно е дека при склучувањето на основниот договор помеѓу главниот должник и доверителот (корисникот на гаранцијата), преку „гарантната/финансиската клаузула“ од основниот договор доверителот и должникот индиректно ги утврдуваат условите на банкарската гаранција.<sup>15</sup> „Финансиската/гарантната клаузула“ го одложува правното дејство на основниот договор помеѓу доверителот и главниот должник.<sup>16</sup>

Суштински сосема поинаква концепција од акцесорната концепција на банкарска гаранција предвидува член 1126 од ЗОО. Согласно законската формулација, теоријата и практиката, станува збор за банкарски гаранции на „прв повик“, односно банкарски гаранции „без приговор,“ или гаранции кои содржат слична клаузула со идентично правно

---

<sup>15</sup> Види: Општи услови за девизно работење на Комерцијална банка, достапни на: <http://www.kb.com.mk/Default.aspx?sel=3320&lang=1&uc=1>, пристапено на 15.01.2017 година. На воспоставувањето на правните односи на банкарската гаранција му претходи одреден договорен однос (распишување на тендер, склучување на договор за купување на стока, опрема, изведување на градежни работи и сл.), во кој е содржана финансиската клаузула за обврската на Банката да обезбеди банкарска гаранција во корист на доверителот од основниот договор, односно Корисникот на гаранцијата. Со финансиската клаузула во основниот договор се дефинираат сите прашања во врска со гаранцијата: банката гарант, износот на гаранцијата, рокот на важењето, видот на гаранцијата, условите на гаранцијата и сл.

<sup>16</sup> Според, Василиќ, клаузулата за издавање на банкарска гаранција предвидена во основниот договор има ултимативен карактер, односно претставува услов за полноважност на договорот. Следствено, доколку главниот должник не обезбеди банкарска гаранција, договорот не произведува правно дејство.

значење. Во суштина тоа е практично најексплоатираниот финасиски инструмент за обезбедување на секојдневниот промет на стоки и услуги.<sup>17</sup>

Банкарските гаранции на „прв повик“ или „без приговор“ претставуваат самостојни (независни) правни дела. Со издавањето на овој вид на банкарска гаранција, банките го покриваат не само ризикот од повреда на обврските од основниот договор, туку и ризикот од неполноважност на договорот, застарувањето на правото да се бара присилно исполнување на обврската, порамнувањето на главниот должник и доверителот итн. Овие правни дејства се ирелеватни за преземената обврска на гарантот спрема доверителот (корисникот на гаранцијата) од банкарската гаранција на „прв повик“, односно гаранција „без приговор.“

Искуството од практиката покажува дека банките во целост го практикуваат овој вид на гаранција од причина што преку преземањето на самостојна и независна обврска спрема корисниците на гаранцијата, обезбедуваат сигурен пласман кај бизнис секторот, деловен углед и сигурна провизија. Нудејќи промтна и безусловна финансиска услуга, односно исплаќање на обезбеденото побарување што не го платил главниот должник банките влеват сигурност кај бизнис секторот.<sup>18</sup>

Банките се користат со повеќе стварно правни и персонални инструменти за обезбедување на побарување, или нивна комбинација. Во поглед на обезбедувањето на побарувањето спрема своите налогодавачи по основ на договорот за издавање на банкарска гаранција (договор за налог), банките користат: гаранции обезбедени со наменски депозит (денарски или девизен), гаранции обезбедени со хипотека, залог на движен имот и/или меница со нотарски акт, залог на опрема итн. Во принцип определувањето на инструментите за обезбедување зависи од деловните односи со клиентот, неговиот финансиски кредибилитет итн. Следствено нивните ризици се пресметани и обезбедени, а бенефиции во поглед на стекнатиот угледот и доверба максимално функционални.

---

<sup>17</sup> Согласно информации преземени од страна на банкарскиот сектор во Република Македонија, банките работата со гаранции на „прв повик“, односно „без приговор.“ И покрај законската можност за издавање на гаранции од акцесорна природа, банките се сосема свесни за потребите на бизнис секторот, следствено ги пласираат гаранциите „на прв повик“, како најефикасен инструмент за заштита на интересите на доверителите, односно за обезбедување на правна сигурност во прометот на стоки и услуги.

<sup>18</sup> Во правната литература застапени се становишта според кои непотребно е теоретското анализирање на акцесорната банкарска гаранција која во суштина претставува емство. Попрецизно дека кога станува збор за банкарска гаранција, деловната практика мисли на безусловна банкарска гаранција, односно гаранција на повик, „гаранција без приговор.“ Сепак, со оглед на фактот што ЗОО ја уредува и акцесорната банкарска гаранција, сметаме дека добро е да се истакне дека банките имаат законска можност за издавање и на ваков вид на гаранција.

Со издавањето на банкарската гаранција на „прв повик“ или „без приговор,“ банката гарант има право само на приговорите кои што произлегуваат од гаранцијата и тоа: пригор упатен до корисникот дека гаранцијата ги нема сите битни елементи, дека гаранцијата не е потпишана од овластено лице, дека барањето за исплата по гаранцијата не е поднесено во рокот на важење на гаранцијата итн.<sup>19</sup> Според законската формулација од член 1126 став 1 ако банкарската гаранција содржи клаузула "без приговор", на "прв повик" или содржи зборови што имаат исто значење, *банката не може да ги истакнува спрема корисникот приговорите што налогодавецот како должник може да ги истакнува спрема корисникот по обезбедената обврска*. Секое поинакво постапување го менува карактерот и природата на гаранцијата.

Самостојноста како правна специфика на банкарската гаранција на прв повик произлегува и од неприменливоста на генералниот концептот на законска персонална суброгација карактеристичен за гаранцијата (емството).<sup>20</sup> Оттука сосема логично и оправдано е решението од ставот 2 на чле 1126 од ЗОО според коешто налогодавецот е должен да и го плати на банката секој износ што го платила банката врз основа на гаранција издадена со клаузулата на „прв повик“ односно „без приговор“ или која било друга клаузула со идентично правно значење.

Во научната и стручната литература се среќаваат становишта според кои банката гарант по основ на издадената банкарска гаранција на „повик“ или „без приговор,“ може да поднесе приговор од основниот договор единствено ако има *докази дека главниот должник ја исполнил обврската спрема доверителот*. Кај банкарската гаранција на повик, банката гарант не може да приговара за неисполнувањето на обврската од страна на корисникот на гаранцијата (доверителот), или на застареноста на обврската од основниот договор, раскинувањето на договорот, неговата неполноважност итн., бидејќи тоа е основ на кој што може да приговара само налогодавачот, и секое поинакво определување би било спротивно на природата на гаранцијата на повик, односно гаранцијата „без приговор.“ Сепак, во поглед на правото на приговор кога банката има доказ дека главниот должник ја има исполнето обврската спрема доверителот, целосно сме согласни со авторите кои го поддржуваат ова становиште. Во прилог на ова становиште, Василиќ ќе

---

<sup>19</sup> Василиќ Ј., стр. 44.

<sup>20</sup> ЗОО, член 1042, врз гарантот кој намирил побарување на доверителот преминува тоа побарување со сите споредни права и со гаранциите за неговото исполнување.

истакне дека докажаната измама претставувала оправдано отстапување од плаќањето на обврската по издадената гаранција.<sup>21</sup>

Иако го поддржуваме како решение, истовремено сме свесни дека може како дилема да се наметна прашањето: дали тоа ја доведува во прашање самостојната правна природа на гаранцијата на повик. Во практиката најчесто налогодавачот како клиент на банката склучува договор за издавање на банкарска гаранција и ги реализира сите други плаќања од сметките на клиентот. Оттука, во овие случаи банката има точни сознанија дали е исполнета обврската од основниот договор и располага со докази со кои може да го одбие барањето на корисникот за исполнување на обврската. Сепак, не смее да се игнорира и фактот дека на барање на доверителот, должникот (налогодавачот) може да склучува договор за издавање со банка за која доверителот верува дека е со повисока репутација, па постои можност истата да нема увид во сите сметки на должникот. Иако во практиката еден од условите за издавање на банкарската гаранција е клиентот да има отворено денарска и/или девизна сметка во банката, сепак факт е дека на клиентот не може да му се забрани да има сметки во другите банки преку кои може да се исполни обврската.

Ако се земе предвид решението од став 3 на член 1126 од ЗОО, законодавецот како да го имал ова во предвид, па утврдил дека корисникот на гаранцијата му го должи на налогодавецот износот примен врз основа на гаранцијата на кој инаку не би имал право поради оправданите приговори на налогодавецот. По основ на ова законско решение може да се протолкува дека оправданите приговори сепак не може да ги поднесе банката гарант, туку исклучиво налогодавачот почитувајќи го во целост принципот на самостојност на банкарската гаранција. Оттука, единствено решение за заштита на позицијата на банката би била содржината од ставот 3 на член 1126 од ЗОО. Според нас, истакнувањето на приговор против барањето на корисникот за исполнување на обврската од гаранцијата, во случај кога главниот должник ја исполнил обврската, е сосема оправдано. Ова не се однесува и на приговорите со кои се оспорува барањето на корисникот по основ на неподнесување на доказ дека корисникот ја исполнил обврската спрема главниот должник. Тоа е ирелеватно за обврската на банката од гаранцијата на повик, и банката не треба да навлегува во тоа. Доколку банката го бара тоа како доказ со кој било документ со кој се докажува исполнувањето на обврската (коносман за бродски превоз, односно товарен стока за железнички или авионски превоз, доказ дека градбата е завршена итн), не станува

---

<sup>21</sup> Види повеќе за аргументите во прилог на оправданоста на правото на приговор на банката гарант во случај кога должникот ја исполнил обврската спрема доверителот кај Василић Ј., стр. 61.

збор за без условна гаранција што во теоријата е дефинирана како гаранција на „прв повик, односно „без приговор.“

## **2. Спецификите на банкарската гаранција со клаузула на „прв повик“ или „без приговор“**

спецификите на банкарската гаранција ќе ги анализираме исклучиво од перспектива на банкарските гаранции со клаузула „прв повик“, клаузула „без приговор“ или како што во практиката и теоријата е прифатено предмет на анализа ќе бидат само „безусловните банкарски гаранции.“<sup>22</sup> Во функција на целосноста оправданост на ова се и Еднообразните правила за гаранции на повик број 758, што се плод на Меѓународната трговска комора во Париз, а што се однесуваат исклучиво на гаранциите на повик (*demand guarantee*) прифатени во банкарскиот сектор.<sup>23</sup>

При анализата на спецификите на банкарската гаранција на повик, доволно беше само површна анализа да се утврди дека тие се во тесна врска со основните начела на банкарската гаранција и тоа: самостојност, писменост, персоналноста (*intuitu personae*), и непосредност (последново се однесува на случаите на издавање на супергаранција).<sup>24</sup> Како суштествена *differentia specifica* на банкарските гаранции на повик претставува независната правна егзистенција како правно дело, и тоа како од договорот за издавање на банкарската гаранција (договор помеѓу налогодавачот и банката), така и од договорот помеѓу главниот должник (налогодавачот) и доверителот, односно корисникот на гаранцијата.

Покрај јасно воспоставените теоретски ставови, судската практика во поглед на ова прашање одамна се има произнесено. Имено, во контекст на самостојноста (независноста) на банкарската гаранција заслужува внимание пресудата на Високиот трговски суд во Србија, Пж. 5944/92 од 30.06.1992.<sup>25</sup> Имено, поради раскинување на договорот со доверителот (основниот договор), налогодавачот поднел тужба за раскинување на договорот за издавање на банкарската гаранција. Во образложението

---

<sup>22</sup> Во овој сегмент од трудот, секаде каде што ќе го употребиме терминот банкарска гаранција, мислиме на гаранција на повик.

<sup>23</sup> Замајки ја предвид улогата и значењето што ја имаат Еднообразните правила за гаранции на повик број 758, за обезбедувањето на правна сигурност во реализацијата на меѓународните трговски зделки, како нивното јавно и изречно одобрување од страна на Комисијата за меѓународно трговско право (УНЦИТРАЛ), овие правила ќе биде елаборирани во посебна точка, што во основа игра најголема улога во расчистувањето на конкретни прашања од обврските за банката од издадената банкарска гаранција.

<sup>24</sup> Kelly-Louw M., *Selective legal aspects to bank demand guarantee*, doctoral thesis, University of South Africa, 2008. p. 371.

<sup>25</sup> Васиќиќ, Ј., стр. 88.

судот истакнал: „Раскинувањето на основниот договор не може да влијае врз обврската на гарантот спрема корисникот на гаранцијата. За таа цел судот го одбива тужбеното барање за раскинување на договорот за издавање на банкарската гаранција, истакнувајќи дека гаранцијата е издадена врз основа на договорот за издавање на банкарска гаранција и нема основ да се раскине во случај кога истата е кај корисникот на гаранцијата.“

Самостојноста на банкарската гаранција ја одразува и независноста на издадената банкарска гаранција од договорот за налог. Имено, со склучувањето на договорот за издавање на банкарска гаранција, налогодавачот ги губи сите овластувања во поглед на дадениот налог, односно, не може да го отповикува, да го менува, или на кој било друг начин да влијае врз него. Во процесно правна смисла, со издавањето на банкарската гаранција, налогодавачот (главниот должник) губи активна легитимација да поднесе какво било тужбено барање за *обврските од банкарската гаранција*. Активна легитимација во поглед на исполнувањето на обврските од гаранцијата има само корисникот на гаранцијата (доверителот од основниот договор). Следствено, за неисполнувањето или неправилното исполнување на обврските на банката, може да тужи само корисникот, односно доверителот.

Помеѓу бројните специфики на банкарската гаранција во однос на другите финансиски инструменти за обезбедување на побарување, исклучително битно е да се истакне нејзината неотповикливост. Неотповикливоста на банкарската гаранција подразбира неможност истата да се отповика од моментот кога таа пристигнала кај корисникот (доверителот). Од тој момент се смета дека банкарската гаранција е произведува правно дејство, т.е. е перфектна спрема корисникот. Во поглед на ова специфика, ни се чини најсоодветно решението од ЕППП каде во делот што се однесува на издавањето и правното дејство на гаранцијата, е предвидено дека гаранцијата е издедна од моментот кога ја напушта контролата на гарантот. Гаранцијата е неотповиклива, дури и во случаите кога тоа не е наведено во неа (ЕППП, член 4/1/2).

Неотповикливоста на банкарската гаранција му дава право на корисникот да ги остварува правата од гаранцијата без оглед на правната судбина на договорот за издавање на банкарска гаранција. Поинаку кажано, неисполнувањето на обврските од договорот за издавање на банкарска гаранција, се ирелаватни за полноважноста на обврските од издадената банкарска гаранција. Илустративно, доколку во договорот за издавање на банкарска гаранција налогодавачот се обврзал спрема банката покрај надоместот за издадената гаранција да ја обезбеди банката гарант и со хипотека, или залог на движен имот и/или меници со нотарски акт, а налогодавачот тоа не го стори,

банката гарант нема право да ја повлече банкарската гаранција, ниту пак евентуалната тужба за раскинување на договорот за издавање на банкарската гаранција ќе влијае врз обврските на банката од издадената гаранција. Обврските на банката гарант по основ на издадената гаранција не може да се променат по ниту еден основ што произлегува од основниот договор. Следствено, намалувањето или зголемувањето на обврските на главиот должник од основниот договор, застарувањето на обврските, раскинувањето на договорот, порамнувањето или менувањето на кои било услови од основниот договор, не влијаат врз обврската на гарантот.

Самостојноста на банкарската гаранција ја одразува и нејзината неможност да истакнува приговор спрема корисникот со аргумент дека главниот должник склучил принудно порамнување, односно дека на обврската на гарантот треба да се примени решетието за принудно порамнување, следствено да се намали обврската на гарантот. Обврската на гарантот може да се промени доколку за тоа постигнат спогодба корисникот и банката гарант. Во ова насока е и резонот на Високиот трговски суд во Белград во пресудата Пж. 846/87 од 20.02.1987 година. По основ на изнесената фактичка состојба, а земајќи го предвид применливото материјално право, Судот образложил: принудното порамнување со коешто е намалена обврската на главниот должник спрема доверителот, не ја ослободува банката гарант од плаќање на износот утврден во банкарската гаранција.

Во спецификите на банкарската гаранција ќе се позанимаваме и со рокот како битен елемент на банкарската гаранција.<sup>26</sup> Рокот претставува одреден временски период во кој што корисникот на гаранцијата има право да бара исполнување на обврските од издадената банкарска гаранција. Попрецизно, рокот во банкарската гаранција претставува временски период во кој што корисникот има право да бара исполнување на обврската од гаранцијата. Рокот на важноста на банкарската гаранција е материјално правен прекузивен рок, после чие истекување, корисникот го губи правото од гаранцијата. Овој прекузивен рок истовремено ја означува и временската рамка во која банката има обврска да ја плати гарантираната сума. Рокот на важење на банкарската гаранција почнува да

---

<sup>26</sup> ЗОО изречно не набројува кои се битни елементи на банкарската гаранција, меѓутоа практиката одамна има прифатено кои се битни елементи на банкарската гаранција, земајќи ја предвид природата и целта на институтот. Со цел да не го обременуваме трудот со анализа на секој елемент посебно, ќе наведеме кои се тие елементи, а ќе се задржиме на рокот како суштествена состојка. Оттука, битни елементи се: називот на фирмата (називот) на банкарската гаранција и нејзиното седиште, фирмата (називот) на корисникот на банкарската гаранција, податоците за основното право дело од кое произлегува побарувањето што се обезедува, паричниот износ на којшто гласи гаранцијата, рокот на важење на банкарската гаранција, местото и датумот на издавање на банкарската гаранција, потпис на банката гарант. Банкарските гаранции може да содржат и други (небитни) елементи на банкарската гаранција и тоа: клаузула за враќање на банкарската гаранција, број на банкарската гаранција, и други небитни елементи за кои банката ќе процени дека треба да бидат содржани во гаранцијата.

тече од денот кога доспеала обврската на должникот од основниот договор. Оттука, неподнесувањето на барањето за активирање на гаранцијата во рамки на овој рок, подразбира губење на правото на корисникот по основ на издадената гаранција.

Пасивниот однос на корисникот на гаранцијата од моментот на доспавањето на обврската на главниот должник до рокот на важење на гаранцијата, се рефлектира и врз неговото право по судски пат да го оствари побарувањето по основ на гаранцијата. Имено, доколку корисникот на гаранцијата не се обратил до банката со барање за активирање на гаранцијата, го губи да бара судска правна заштита. Доколку пак во рамки на рокот се обратил до гарантот, а не успеал да го наплати своето побарување, може да бара судска правна заштита. Во контекст на ова и резонирањето на Високиот трговски суд во Белград, во пресудата Пж.2913/93 година. Земајќи ја предвид изнесената фактичка состојба, Судот истакнал: на правилно утврдената фактичка состојба, првостепениот суд погрешно го применил материјалното право кога ја усвоил тужбата на корисникот. Имено, со оглед на фактот што тужителот благовремено не поднел барање за активирање на гаранцијата во рокот на важење на гаранцијата, логично е да се одбие и тужбеното барање поднесено после рокот. Во врска со ова законско решение и воспоставена практика е и резонирањето на Врховниот Суд на Република Македонија, во пресудата Рев. бр. 1441/97 од 05.11.1998 година.<sup>27</sup>

Во корелација со рокот на важност на банкарската гаранција исклучително интересно е прашањето за правните реперкусии од враќањето на гаранцијата од страна на клиентот, пред рокот утврден во гаранцијата. Како што напоменавме, враќањето на гаранцијата не е битен елемент на договорот. Ова од причина што со истекот на рокот на важноста, гаранцијата ја губи правната сила. Банкарската гаранција се издава на име, не е хартија од вредност, па правата инкорпорирани во неа може да се пренесат исклучиво преку цесија. Сепак, се поставува прашањето дали доколку корисникот на гаранцијата ја врати гаранцијата пред истекот на рокот на важност на гаранцијата, формално значи дека ги губи правата по основ на гаранцијата. Понатаму дали исплаќањето само на еден дел од обврската на барање на корисникот, значи губење на правото на остатокот обврската што банката решила да го прати после рокот на важноста на гаранцијата. Во поглед на прашање се произнесе и Македонската судска практика во пресудата на Основен Суд Скопје 2 Скопје бр. VIII ПС бр.1035/07.<sup>28</sup> Според Судот, враќањето на банкарската гаранција во конкретниот случај било направено по убедување на банката дека парите ќе

<sup>27</sup> Збирка на судски одлуки 1998, книга VII, Скопје, 1999.

<sup>28</sup> Достапно на: <http://www.osskopje2.mk/Odluki.aspx?odluka=76..> [пристапено на 16 Јануари, 2017 година].

се исплата со отворање на нерезидентна сметка во Република Македонија. Следствено, корисникот не го губи правото од гаранцијата.

Според ставовите на судската практиката, тужбата е начин на активирање на банкарската гаранција. Попрецизно, барањето за исплата на банкарската гаранција може да биде поднесен и преку судски пат, односно со тужба. Вакво становиште зазел и Високиот трговски суд во Белград, во пресудата Пж. 195/97 од 29 Јануари 1997 година.<sup>29</sup> „Во конкретниот случај со првостепената пресуда се обврзал првотужениот на тужителот да му исплати одреден паричен износ на име долг и камата, со тоа што судот ја обврзал и банката како второтужена солидарно со првотужениот да го исплати износот со првотужениот. Во жалбата против пресудата, второтужената банка истакнала дека станува збор за гаранција на прв повик, а со вештачењето е утврдено дека тужителот не се обратил до банката (второтужениот) како гарант. Жалбата била одбиена како неоснова. Поднесувањето на тужба до судот во време кога гаранцијата важела, претставува полноважно исполнување на обврската за активирање на гаранцијата.“

При проучувањето на банкарската гаранција, особено внимание ни привлече прашањето за пренесувањето (цедирањето) на правата од банкарската гаранција. Имено, согласно ЗОО член, 1125, своите права од банкарската гаранција, корисникот може да му ги отстапи на трет само со отстапување на побарувањето што е обезбедено со гаранцијата и со пренос на своите обврски во врска со обезбеденото побарување. Согласно определени теоретски становиташта, ова законско решение се однесува само на акцесорните банкарски гаранции, што подразбира дека само кај овој вид на гаранција може да се цедираат правата *под услов да се пренесе побарувањето од основниот договор и пренос на обврските со обезбеденото побарување.*<sup>30</sup> Аргументите во прилог на ова становиште, Раџиќ ги базира на фактот што цедирањето на правата од гаранциите на повик не може да се пренесуваат кај гаранциите на повик, бидејќи услов за тоа е да се пренесе побарувањето од основниот договор со којшто банката издавач на гаранција на повик нема правна корелација, односно нема заедничка правна судбина.

Во контекст на ова становиште истакнуваме дека нашите ставови допираат до становиштата на Раџиќ во делот дека акцесорните гаранции може да се пренесат само со пренесување на основниот договор, за што како аргумент може да се истакне и фактот што законодавецот го предвидува ова решение во делот пред банкарката гаранција со клаузула на „прв повик“, односно „без приговор.“ Ова становиште го делиме особено

---

<sup>29</sup> Petrović Z., Kozar V., Sredstva obezbeđenja potraživanja iz ugovora u privredi, Beograd, 2009, str. 143.

<sup>30</sup> Pavićević B., kaj Blagoević B., Krulj V., op. cit., str. 2200.

поради вториот дел од членот, (што е поиздржан аргумент во однос на систематиката на ЗОО на која се повикуваме ) и тоа: „и со пренос на своите обврски во врска со обезбеденото побарување“ ако се земе предвид фактот дека обврски во врска со обезбеденото побарување (пример: известување на гарантот дека врз главниот должник е отворена стечајна постапка) произлегуваат само кај обичната гаранција, односно акцесорната гаранција, целосно се согласуваме со овој став. Од друга страна, на мислеме сме дека членот 1125 не треба да се толкува во смисла дека цедирањето под законските определени услови од член 1125 е дозволено само кај акцесорната банкарска гаранција, туку дека кај овој вид на гаранција преносот е условен со претходен пренос на правата и обврските од основниот договор.

Според нас, доволно е само површна анализа да се констатира дека ирелеватно е за банката на кому му должи, односно дали на корисникот или на субјектот што ќе стекне статус на корисникот со цедирање на правата од гаранцијата. Оттука, членот 1125 не го сфаќање како неможност да се цедираат права кај банкарската гаранција на повик, туку дека може да се цедираат без да се пренесе побарувањето од основниот договор. Нашето толкување не е ништо повеќе од повикувањето на самостојноста на гаранцијата на повик, оттука и независноста од основното правно дело од побарувањето што корисникот на гаранцијата сака да го пренесе.<sup>31</sup>

Конечно, обезбедувањето на побарувањето не се ограничува на конкретен објект од имотот на гарантот, туку на целокупниот имот, што претставува уште еден аргумент во прилог на ефикасноста и сигурноста во правилното исполнување на преземените обврски од основниот договор.<sup>32</sup> Во прилог на ова, стои и фактот што банките имаат висок рејтинг кога станува збор за обезбедување на побарувања по основ договор или друго правно дело. Оттука, ни се чини од практичен аспект ќе се отвораат нови и бројни други прашања за кои ќе треба да се заземе ставови.

### **3. Банкарската гаранција наспроти другите финансиски инструменти за обезбедување на побарување во банкарскиот сектор**

Прашањето за разграничување на банкарската гаранција од другите инструменти за обезбедување на побарување е од исклучително битно значење. Искуството од

---

<sup>31</sup> ЕППП содржат поинакво решение. Попрецизно, преносот го условуваат со согласност од страна на гарантот, и пренос на основниот договор. Загрижува фактот што еминетни автори од ова област ставаат акцент на различни аспекти од ова решение, донекаде и различно толкување. За ова повеќе во делот на влијанието на ЕППП врз гаранциите на повик.

<sup>32</sup> Види повеќе за односот на гаранцијата (емството) и банкарската гаранција: Василиќ Ј., Банкарска гаранција и акцептни налог у пракси привредних судова, Београд, 1995, стр. 14.

истражувањето на ова проблематика не наведе на констатацијата дека потребата од разграничување не се однесува само помеѓу инструментите за обезбедување на побарувањата, туку и помеѓу инструментите на обезбедување и инструментите наплаќање, односно помеѓу инструментите за обезбедување и платежните инструменти.

Во овој дел најмалку ќе се задржиме на разликата помеѓу гаранцијата (емството) и банкарската гаранција како самостојно правно дело, од причина што суштинските разлики ги изнесовме во воведните аспекти на трудот и спецификите на банкарската гаранција на прв повик. Сумарно изнесено, обврската на емецот не може да биде поголема од обврската на главниот должник и зависи од полноважноста на основното правно дело. Генерално обемот на одговорност на емецот е идентичен со обемот на одговорност на главниот должник. Доверителот и емецот може единствено да предвидат помала обрска од обврската на главниот должник. Кај банкарската гаранција важи принципот на фиксна обрска според којшто може да се побарува само во висината на преземената обрска од гаранцијата, што во принцип зависини од износот на провизијата што и се плаќа на банката, и обезбедувањето што го дава клиентот. Обврската на банкарската гаранција генерално е помала од обврската на главниот должник. Суштински за овие обврски е што вишата сила, опростувањето на долгот, или која било друга причина што ја згаснува облигацијата од основниот договор, е ирелеватно за обврската на банката за нивното нивното исполнување. Конечно, гарантот (емецот) презема идентична по суштина и обем обрска како и главниот должник. Банката гарант се обврзува дека ќе ја надомести штетата што ја претрпел корисникот на гаранцијата како доверител од основниот договор, до висина однапред определена.

Во поглед на разграничувањето на банкарската гаранција од другите лични средства за обезбедување на побарување, вреди да се елаборираат разликите помеѓу банкарската гаранција и авелираната меница. Авал е гаранција со која што се нотира дека износот назначен во меницата ќе се исплати. Во смисла на член 38 од Закон за меница („Службен весник на Република Македонија“ бр. 3/2002, 67/2010 и 145/2015, во понатамошниот текст ќе се користи скратеницата ЗМ). Исплатата на трасираната и сопствената меница за целата менична сума или за одреден нејзин дел може да се обезбеди со авал. Авал може да даде секое трето лице, дури и некој од потписниците на меницата (ЗМ, член 38/2). Под авал се подразбира менична изјава со која одредено лице со својот потпис на меницата, гарантира дека меничниот должник ќе ја исполни својата

обврска од меницата, т.е. ќе ја исплати меничната сума што е назначена во меницата.<sup>33</sup> Со авалот и банкарската гаранција се засноваат самостојни правни дела, што подразбира дека обврската на авалистот и гарантот е независна од правната судбина на побарувањето што се обезбедува. Тука не влегува постоењето на формалните недостатоци во смисла недостаток на некој од битните менични елементи, недостаток на потписот на лицето за кое се дава авалот итн.

Според законската формулација на член 40/1/2 од ЗМ, авалистот одговара исто како што одговара лицето за кое гарантира. Обврската на авалистот останува *и тогаш кога обврската за која гарантира е ништовна од било која причина, освен во случај на формален недостаток*. По основ на ова законско решение може да се извлече заклучок дека во овој сегмент се разликува банкарската гаранција од авелираната меница. Имено, обврската на банката гарант е полноважна без разлика на полноважноста на основното правно дело, вклучувајќи ги и случаите на формални недостатоци.

Ова специфика на банкарската гаранција и дава универзален карактер, и далеку поголемо значење во меѓународната трговија на стоки и услуги во однос на авелираната меница. За преземените обврски авалистот одговара солидарно со главниот должник.<sup>34</sup> Наспроти ова, банката гарант нема солидарна одговорност, освен ако на тоа се обврзала, или кога станува збор за супергаранција.<sup>35</sup> Иако нема законска пречка да се предвиди солидарна одговорност кај банкарската гаранција (видно и од компаративната практика елаборирана во спецификите на банкарската гаранција), тоа претставува исклучок и во принцип се врзува за граѓанската гаранција. Во поглед на правото на обештетување што гарантот и авалистот го имаат спрема налогодавачот, односно корисникот на авалот, битно е да се истакне разликата дека последниот *ex lege* има право да се регресира.<sup>36</sup> Банката гарант не стекнува право на регрес по сила на закон. Компарирајќи ги спецификите на овие два института, лесно е да се констатира присуството на повеќе специфики на банкарската гаранција во обезбедувањето на сигурноста и ефикасност во исполнувањето на обврските во правниот промет. Најголемата вредност се огледа во нејзиното универзално прифаќање од страна на банкарскиот сектор и довербата од бизнис задницата. И покрај високата провизија, бизнис секторот е најсигурен со

<sup>33</sup> Bartoš M., Antonijević Z., Jovanović V., *Menično i čekovno pravo*, Beograd, 1974, str. 88.

<sup>34</sup> Лицата кои ја трасирале, акцептирале, индосирале или авалирале меницата му одговараат солидарно на имателот на меницата ЗМ, член 57/1.

<sup>35</sup> Ако друга банка ја потврди обврската од гаранцијата, корисникот може своите барања од гаранцијата да ги поднесе било до банката што ја издала гаранцијата, било до онаа што ја потврдила гаранцијата (ЗОО, член 1124).

<sup>36</sup> Со исплата на меницата, авалистот ги стекнува правата кои произлегуваат од меницата спрема лицето за кое гарантирал, како и спрема лицата кои се одговорни по меницата (ЗМ, член 40/3).

обезбедувањето преку банкарска гаранција. Последново особено поради бројните стечајни постапки кои се отворија поради кризата. Имено, и покрај отворањето на стечајна постапка врз главниот должник, доверителот е сигурен дека ќе биде обештетен, од причина што за обврската по гаранцијата ирелеватно е решението за отворање на стечајната постапка.

Експанзијата од употребата на различните видови финансиските инструменти за обезбедување и плаќање на побарувањата во меѓународниот промет, се базираат на скоро идентични причини. Со зголемувањето на обемот и динамиката на прометот во светски рамки, се зголемува бројот на трговски зделки во меѓународниот промет на стоки и услуги. За таа цел, во деловната практика како *платежен инструмент* во банкарскиот сектор, а за потребите на бизнис заедницата се појави документарниот акредитив.<sup>37</sup> Во литературата овој финансиски инструмент е плод на несигурноста и недоволното меѓусебно познавање на деловните субјекти. За таа цел, Koch ќе наведе дека акредитивот е „дете на недовербата.“<sup>38</sup> Сепак, нужно е да се истакне дека светската бизнис заедница многу одамна ја осетила потребата од унифицирана примена на правниот режим на акредитивот, и за таа цел Меѓународната трговска комора во 1993 година ги донесе Еднообразните правила и обичаи за документарен акредитив. Сегашната верзија на овие правила е имплементирана во 2007 година како УЦП 600.<sup>39</sup>

Заедничко за банкарската гаранција и акредитивот е создавањето на најмалку три правни односи кои се самостојни и независни помеѓу себе.<sup>40</sup> Акредитивот е меѓународно платежно средство чија првенствена улога е плаќањето, *а не обезбедувањето на побарувањето.*<sup>41</sup> За разлика од ова, банкарската гаранција е инструмент за обезбедување на побарувањето. Акредитивната банка не презема обврска дека ќе ја исполни обврската на главниот должник во случај кога после доспевањето на обврската тоа не го направи главниот должник. Овие два самостојни правни дела произведуваат правно дејство од моментот од издавање на гаранцијата, односно издавање на акредитивот, при што условите за нивно активирање се разликуваат. Имено, исплатата на банкарската гаранција зависи од настанувањето на иден неизвесен услов, односно од

---

<sup>37</sup> Документарен акредитив е познат и на ЗОО. Согласно член 1114 документарен акредитив постои кога банката е должна да му исплати на корисникот на акредитивот определена парична сума под услов да и бидат поднесени документите според условите утврдени во акредитивот.

<sup>38</sup> Koch A., *Das Akkreditivgeschäft u Gruchot'SBeitrage*, 1969, str. 1.

<sup>39</sup> Види повеќе: <https://www.tradefinanceglobal.com/letters-of-credit/ucp-600/>, [пристапено на 17 Јануари, 2017].

<sup>40</sup> Vukmir B., *Razlozi za obustavu isplate bankarskih garancija na poziv*, Zbornik PFZ, 56, Posebni broj, 253-279 (2006), str. 12.

<sup>41</sup> Види повеќе: Тушевска Б., *Акредитивот како средство за плаќање во меѓународниот промет*, Зборник на трудови на Правен факултет, Универзитетот „Гоце Делчев“ - Штип, 2011, стр. 86.

тоа дали главниот должник ќе ја исполни обврската од основниот договор. Наспроти ова, исплатата на акредитивот во суштина е исплата на купопродажната цена, односно надомест за испорачаната стока, или извршената услуга.

Активирањето на акредитивот е условено од презентирање на документите со кои корисникот на акредитивот го докажува исполнувањето на својата обврска, односно правото да му се плати купопродажната цена. Во меѓународниот транспорт на стока, продавачот е должен да презентира оригинален коносман пред банката за да докаже дека стоката е товарена на бродот, а со тоа дека продавачот ја исполнил својата обврска спрема купувачот. Кај гаранцијата на повик, корисникот на гаранцијата нема обврска да докажува дека ја исполнил обврската или дека доверителот не ја исполнил обврската (безусловна гаранција). Конечно, со банкарската гаранција се презема обврска за надоместувањето на штетата на корисникот, поради неисполнување на обврската.

Во литературата и во практиката се јавува потребата од разграничување на банкарската гаранција и од договорот за осигурување, документарниот инкасо и другите слични инструмент. Меѓутоа, дополнителната анализа значи дополнително обременување на трудот

#### **4. Влијанието на Еднообразните правила за гаранции на повик (УРДГ бр, 758) врз банкарскиот и бизнис секторот**

Еднообразните правила за гаранциите на повик бр. 758 (во понатамошниот текст ЕПГП) се применуваат на која било гаранција или контрагаранција што ја предвидува нивната примена (ЕПГП, член 1). Како што произлегува и од самиот назив, ЕПГП се применуваат *исклучиво* на „гаранциите на повик,“ следствено и фактот дека овие правила играат најважна улога во преземањето на обврските од издадените банкарски гаранции, односно од прифатените налози на коминтентите (клиентите).

Меѓународната трговска комора, Комисијата за Меѓународно трговско право (УНЦИТРАЛ), банкарскиот сектор и бизнис заедницата со акламација го дочекаа новиот сет на еднообразни правила за *гаранциите на повик*, како ревизија на ЕПГП број. 458 (1992-2009).<sup>42</sup> За важноста на ЕПГП најдобро се има произнесено Меѓународната

---

<sup>42</sup> Повеќе од 17 години, ЕПГП број. 458 од страна на најрелевантните фактори во деловното опкружување беа прифатени како успешни и применливи согласно намерата за која што беа донесени. ЕПГП број. 458 беа широко прифатени од страна на банкарскиот сектор, индустријата, меѓународните организации, финансиските институции. За разлика од неуспешните Еднообразни правила за договорна гаранција, број. 325, ЕПГП број. 459 скоро две децении беа базата на меѓународниот правен режим под кои што се обезбедува побарувањата од склучените зделки.

трговска комора при образложувањето на причините за ревидирање на ЕПГП број. 458. Имено, главната идеја на ЕПГП е да придонесе кон израмнување на полето на плаќањето помеѓу издавачите и корисниците на банкарската гаранција, без разлика на економскиот или социјалниот систем во кој што оперираат.<sup>43</sup>

ЕПГП 758 се усвоени од страна на извршното тело на Меѓународната трговска комора на 3 декември 2009 година. Овие правила стапија во сила на 1 Јули, 2010 година. Споредено со ЕПГП бр. 458, а особено со Еднообразните правила за договорните гаранции (ЕПДГ 325), бизнис заедницата и банкарскиот сектор ги прифати како појасни, попрецизни и поразбирливи правила на полето на гаранциите на повик.<sup>44</sup> Согласно член 1, ЕПГП се применуваат на која било гаранција или контрагарнција на повик, што изречно покажува дека е нивни предмет на уредување. Од образложението содржано во ICC Publication No. 758E, произлегува дека, ЕПГП може да се применат и како трговски обичај или по основ на имплементацијата од востапоставениот конзистенте однос помеѓу страните на гаранцијата и контрагаранцијата, кога тоа е предвидено во меродавното (применливото) право.

Во анализите спроведени врз предностите на ЕПГП број 758 во однос на претходните, изречно е нагласено дека покрај ревидирањето, овие правила содржат сериозни бенефиции во обезбедувањето стабилен и унифициран меѓународен правен режим за гаранции на повик. Во овој сегмент ќе се задржиме на новините, без тотално да ги игнорираме специфиите содржани на гаранциите на повик според ЕПГП број 758. Согласно ЕПГП, гаранциите на повик се неотповикливи, дури и кога тоа не е наведено во гаранцијата (ЕПГП, член 4. б). Од аспект на правната природа на гаранцијата на повик и контрагаранцијата, ЕПГП изречно предвидуваат дека ти се независни од основниот договор и од договорот за налог (ЕПГП, член 5. а и б), а со цел да се истакне правната егистенција на гаранциите на повик, ЕПГП во продолжение на членот 5 т. а и б., ЕПГП предвидуваат дека која било референца што е содржана во гаранција а што се однесува на основниот договор, има за цел да го идентификува основниот договор, *и не може да влијае на самостојната правна природа на издадената гаранција.*<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> ICC model Rules for Demand Guarantees Including Model Forms 2010 Revision, ICC Publication No. 758E, p. 8.

<sup>44</sup> Chipashvili H., The banks guarantee under the uniform International rules, European Scientific Journal, Special edition vol.1 ISSN: 1857 – 7881, 2013, p. 69.

<sup>45</sup> Како прецизирање на нагласената самостојноста на банкарската гаранција, во истиот член ЕПГП истакнува дека дејствијата што ги презема банката за да ја исполни обврската од издадената гаранција не се резултат на барања што произлегуваат од некој друг однос, туку исклучиво од односот помеѓу банката гарант и корисникот на гаранцијата.

Проучувајќи ги ЕПГП, особено низ призма на практиката, ни се чини со право констатираме дека ЕПГП во голема мерка придонесуваат кон редуцирање на судските и арбитражни спорови, отстранување на двосмислените толкувања, нејасните решенија од ЕПГП број. 458 итн. Во обидот да изгради стандардизиран систем на правила, ЕПГП број 758 предвиде неколку клучни новини во насока на подобрување на позицијата на корисникот на гаранција. Во ова насока, најголема улога одиграа решенијата со кои јасно се укажа на самостојноста (независноста) на гаранцијата на повик (ЕПГП, член 5.а.б), одредувањето на временската рамка од 5 работни дена како рок за испитување на барањето за активирање на банкарската гаранција (ЕПГП, член 20), продолжувањето на гаранцијата во случај на виша сила (ЕПГП 26), имплементација на правилото „*продолжи или плати*“ (ЕПГП член 23), правилото на отстапување на правата од гаранцијата (член 33 ЕПГП), правилото за валутата на плаќање (ЕПГП, член 21) итн. Еден дел од цитираните членови се во заштита на корисникот на гаранцијата, а дел во интерес на работодавачот и банката гарант.

Земајќи ги предвид наведените членови, повеќе од очигледен е придонесот на ЕПГП за стандардизирањето на практиката и зголемувањето на степенот на правната сигурност. Во контекст на ова, е имплементацијата на правилото "*extend or pay*". Во поглед на ова правило првенствено е битно да се сфати дека истото е во функција на банките а не во заштита на корисниците на гаранцијата. Практично членот 23 му остава дискреционо право на банката гарант да одлучи дали ќе го замени плаќањето со продолжување на важноста на гаранцијата. Со оглед на фактот што на практиката и е доста познат концептот „продолжи го рокот или плати“, логично е банката да одлучува за тоа со оглед на фактот што таа го поднесува ризиците се на нејзина страна. Попрецизно, доколку корисникот се обрати до банката со барање за продолжување, одбивањето од страна на банката не му дава право на жалба доколку банката одлучи да ја плати гаранцијата. Банката гарант може да го замени плаќањето со продолжувањето на рокот, меѓутоа не повеќе од 30 дена. Истекувањето на рокот од гаранцијата за време на овие 30 дена, не влијае врз правото на корисникот од гаранцијата.

Во интерес на заштита на правата на банката е и правилото за можноста на отстапување на правата од гаранција (*transfer of guarantee and assignment of proceeds*), со претгодна согласност на гарантот, и презентирање на потпишана изјава на лицето што ги стакнало правото дека, истовремено му се пренесени и правата од основниот договор. Помеѓу новитетите од ЕПГП заслужува внимание примената на правилото за валутата на плаќање. Имено, во поглед на ова ЕПГП дозволува отстапување на банката во случај кога

не може да плати во договорената валута, или кога тоа е нелегално согласно важечкото право во земјата каде е седиштето на банката, валидно е и плаќањето во валутата важечка во земјата. Ова решение исто така остава простор за дилема во практиката. Кои се тие случаи што се оправдани а во кои гарантот не може да плати во договорената валута?! ЕПГП број 758 ги земаат предвид и правните последици од вишата сила како концепт. Имено, според решението од член 26, кога презентацијата на потребните документи од страна на корисникот е направена во временската важност, меѓутоа испитувањето на барањето и плаќањето не е реализирано како резултат на виша сила (во точка а ЕПГП јасно наведуваат кои се тие случаи), времето за испитување е продолжено за периодот на траење на вишата сила, додека плаќањето мора да биде извршено што заврши влијанието на вишата сила. Во прилог на корисникот на гаранцијата предидено е дека истекот на рокот на важноста на гаранцијата за тоа време, не влијае врз правото на корисникот. Факт е дека ЕПГП број 758 решаваат претходно спорни ситуации, следствено превенираат и редуцираат спорови.<sup>46</sup> После темелното проучување на овие правила, силно ја поддржуваме нивната примена во договорите за банкарска гаранција. Ни се чини дека тоа не само што ќе ја зголеми репутацијата на секоја банка како учесни во меѓународниот промет, туку генерира далеку постандардизирани правила и принципи на работа. Ако кон ова се додаде и меѓународната судска и арбитражна практика од примената на ЕПГП, јасно е дека банките и сите други учесници би биле на посигурен терен.

### **Заклучок:**

Најбитно за превенирање или редуцирање на судските или арбитражните спорови од банкарските гаранции, е *прецизно и правилно формулирање* на условите под кои е издадена банкарската гаранција. Правилното формулирање на условите од гаранцијата на повик, е во суштинска врска со почитувањето на концептот на „безусловна банкарска гаранција, “ што подразбира отстранувањето на секаква опасност од паѓање во

---

<sup>46</sup> Roy Goode, Herbert Kronke, Ewan McKendrick, Jeffrey Wool, *Transnational Commercial Law: International Instruments and Commentary*, Oxford, 2012, p.

стапица на корисниците на гаранцијата, преку двосмислените/нејасно предвидените услови во гаранциите.

Според нас, најдобриот начин да се обезбеди ова, е да им се даде заслужената позиција на Еднообразните правила на Меѓународната трговска комора за гаранциите на повик. Искуствата од практиката покажуваат дека и покрај бројните спорови по основ на овие правила, тие обезбедуваат најголема правна сигурност и најстандардизирана практика на остварувањето на правата од гаранциите на повик. Нагласуваме, само имплементацијата (повикувањето) на овие правила не е доволна и нема да го постигне очекуваниот резултат. Последново се остварува единствено преку правилното толкување на овој сет правила, и тоа како од страна на банкарскиот сектор, така и на другите учесници во правното дело. За таа цел, еднообразните правилата за гаранциите на повик треба повеќе да се разработат во Македонското право и практика. И тука банките мора да бидат многу внимателни. Од перспектива на Македонското законодавство, ни се чини потребна интервенцијата во делот на гаранциите на „прв повик,“ преку прецизирање на концептот на „безусловност“ согласно меѓународните правила, и потребите на бизнис секторот, без да се игнорира фактот дека банкарската гаранција првенствено е плод на автономната трговска практика.

### **Summary:**

The most important for the prevention or reduction of court or arbitration disputes in the field of bank guarantee, is the precisely and properly formulation of the conditions, under which the demand guarantee is issued. Proper formulation of the terms in demand guarantee, is substantially connected with the respectation of the “unconditional concept” of bank guarantee. This means elimination of any kind of dangerous from falling into a trap, accepting ambiguous terms prescribed in the bank guarantee.

According to our opinion, the best way of providing this, is to put ICC Model Rules for Demand Guarantee in the earned position. Experiences show that despite numerous disputes on the basis of these rules, they provide the greatest legal certainty. We emphasize that merely the implementation of these rules, doesnot achieve the desired outcome. This can be only achieved by proper interpretation of these set of rules, by the bank sector and all other participants in the transaction. So, these rules must be a subject matter from many other aspects and deeply analyzed by experts. From Macedonian law perspective, our opinion is that intervention is necessary regarding the demand guarantee. This is possible, by properly defining the concept

"unconditionality" according to International rules and business practice, beyond any ignorance of the fact that this instrument is primarily fruit of the autonomous trade practice.