

Univerza v Ljubljani

Pravna fakulteta

ZLORABE BANČNE GARANCIJE

(magistrsko diplomsko delo)

Avtorica: Maruša Bizjan

Mentor: doc. dr. Gregor Dugar, univ.dipl.prav

Ljubljana, junij 2017

1. POVZETEK

Magistrska naloga uvodoma pojasni pojem bančne garancije, njene osnovne značilnosti in vrste ter oblike. Največ pozornosti je namenjeno obravnavi zlorab neodvisnih bančnih garancij, oziroma bančnih garancij »na prvi poziv«. Za zlorabo gre, ko so sicer izpolnjeni pogoji za izplačilo garantiranega zneska iz bančne garancije, vendar pa je očitno, da zavarovana obveznost iz temeljne pogodbe ni kršena. Naročnik garancije ima v takem primeru možnost predlagati sodišču izdajo začasne odredbe, kasneje pa pravico neupravičeno izplačan znesek zahtevati nazaj. Banka garant ima regresno pravico do naročnika, prav tako pa ima možnost predlagati izdajo začasne odredbe.

Ključne besede:

Bančna garancija, bančna garancija na prvi poziv, garant, naročnik garancije, upravičenec, zloraba.

ABSTRACT:

Magister theses initially explain the concept of bank guarantee, its basic features, types and forms. Further there is more attention on fraud and abuse of independent bank guarantee or bank guarantee on first call. Abuse of bank guarantee is when the conditions for payment of the guarantee amount of bank guarantee are fulfill, but is obvious that secured obligation from main contract is not breached. Principal of the bank guarantee has in such case the opportunity to propose the Curt for temporally injunction; furthermore he has a right to require undue amount paid back. Bank guarantor has a right of recourse to the subscriber, the bank has also the opportunity to propose the Curt for temporally injunction.

Key words:

Bank guarantee, bank guarantee on first call, guarantor, the principal/ the principal debtor, the creditor/ obligee, abuse.

2. KAZALO

3.	UVOD	5
4.	BANČNA GARANCIJA.....	6
4.1	RAZVOJ.....	6
4.2	PRAVNA PODLAGA	7
4.3	POJEM	8
4.3.1	FUNKCIJE BANČNE GARANCIJE	9
4.3.2	IZDAJATELJI BANČNE GARANCIJE	10
4.3.3	PRAVNA NARAVA IN ZNAČILNOSTI BANČNE GARANCIJE	11
4.3.4	VRSTE BANČNIH GARANCIJ	13
4.3.4.1	POGOJNE IN BREZPOGOJNE GARANCIJE	14
4.3.4.2	GARANCIJA NA ZAHTEVO IN DOKUMENTARNA GARANCIJA.....	15
4.3.4.2.1	GARANCIJA NA ZAHTEVO	15
4.3.4.2.2	DOKUMENTARNE GARANCIJE	17
4.3.4.3	BANČNA GARANCIJA ZA DOLOČEN ČAS	17
4.3.4.4	KONTRA BANČNA GARANCIJA.....	18
5.	ZLORABA BANČNE GARANCIJE	19
5.1	UNFAIR CALLING	20
5.1.1	MOŽNE OBLIKE ZVIJAČNEGA RAVNANJA.....	21
5.2	PREPOVED ZLORABE PRAVIC.....	24
5.3	MOŽNOSTI NAROČNIKA BANČNE GARANCIJE ZOPER UPRAVIČENCA	27
5.3.1	ZAČASNE ODREDBE.....	27
5.3.1.1	ZAČASNE ODREDBE ZA ZAVAROVANJE DENARNE TERJATVE	28
5.3.1.2	ZAČASNE ODREDBE ZA ZAVAROVANJE NEDENARNE TERJATVE	28
5.3.1.3	UKREPI	29
5.4	MOŽNOSTI BANKE, DA ZAVRNE PLAČILO NA PODLAGI BANČNE GARANCIJE	30
5.5	PRIMERJALNO-PRAVNI VIDIK	32
5.5.1	ZDRUŽENO KRALJESTVO	32

5.5.2	AVSTRIJA IN NEMČIJA.....	33
5.5.3	FRANCIJA IN BELGIJA.....	33
6.	ZAKLJUČEK.....	35
7.	VIRI IN LITERATURA.....	37
7.1	LITERATURA.....	37
7.2	PREDPISI.....	37
7.3	SODNA PRAKSA.....	38

3. UVOD

V magistrskem delu sem opredelila in na kratko predstavila pojem bančne garancije in pojavne oblike, nato pa sem se bolj posvetila glavni obravnavani temi – zlorabi bančne garancije. Zloraba je značilna predvsem za neodvisno bančno garancijo, ki izrazito varuje interese upnika, saj mu omogoča izplačilo na prvi poziv, oziroma ne da bi izkazal, da je zavarovana obveznost (obveznost iz temeljne pogodbe) kršena. Predstavila sem predvsem možnosti zlorabe bančne garancije ter možna pravna sredstva naročnika bančne garancije in garanta.

Pri pisanju sem največ pozornosti namenila naročniku bančne garancije ter njegovim možnostim v primeru zlorab. Naročnik bančne garancije je izvajalec iz temeljne pogodbe, pogosto pa je to celo (manjši) podizvajalec, ki je na podlagi formule »vzemi ali pusti« primoran zagotoviti bančno garancijo, sicer omenjenega posla ne bi dobil. Garantirani zneski, ki se zahtevajo, so običajno v praksi zelo visoki. Naročnik pa mora za izdajo bančne garancije banki (garantu) plačati, poleg tega pa mu mora ponuditi še ustrezno zavarovanje (za primer regresnega zahtevka). V primeru uspešne izvedbe posla načeloma večjih težav ni, problem pa nastane, če je obveznost iz temeljne pogodbe pravilno izpolnjena, upravičenec pa kljub temu pozove garanta k izplačilu garantiranega zneska. Banka bo tak znesek (brez upoštevanja ugovorov) izplačala, nato pa izplačan znesek zahtevala od naročnika garancije, ki je sicer svojo obveznost povsem pravilno izpolnil. Lahko pa se pojavijo manjše (bagatelne) napake pri izpolnitvi, unovčen pa bo celoten (običajno visok) znesek dane bančne garancije.

Problem nastane pri vračilu tako unovčenega zneska, saj so sodni postopki običajno dolgi in dragi, v teku le-teh pa lahko upravičenec postane nelikviden ali celo preneha obstajati. Naročnik bo tako kljub temu, da bo morda uspel pridobiti zanj ugodno pravnomočno in izvršljivo odločbo, ostal brez navedenega, neupravičeno izplačanega zneska, saj ga ne bo mogel (uspešno) izterjati. Riziko stečaja pa nosi upnik.

4. BANČNA GARANCIJA

Bančna garancija se je razvila v poslovni praksi, saj je ta iskala nove, inovativne rešitve problemov, ki so se pojavljali v praksi med gospodarskimi subjekti. Gre za eno od pomembnejših oblik osebnopravnih varščin, ki se je v gospodarskem prometu razvila z namenom zaščite udeležencev pred riziki, katerim so izpostavljeni v poslovanju tako na mednarodnem, kot na domačem trgu.

Ena bistvenih značilnosti bančne garancije, je obligacijsko pravna narava, ki za razliko od stvarnopravne, ki učinkuje *erga omnes*, učinkuje le *inter partes*, to je med koristnikom garancije in njenim dajalcem. Vendar pa zato v praksi ni nič manj pogosto uporabljena, saj vseeno nudi strankam zadostno mero zaščite oziroma zmanjšanja rizika.¹

4.1 RAZVOJ

Bančna garancija, tako kot druge osebnopravne oblike zaščite upnikov, izvira iz poroštva, tudi tista, ki je sicer po svoji naravi neakcesorna, torej tista, ki je neodvisna od osnovne pogodbe med upnikom in dolžnikom. Poroštvo sega zgodovinsko gledano v najoddaljenejša obdobja pravne zgodovine (že v čas Sumerskega in Akadskega prava in kasneje rimskopravna stipulacija). Vendar pa pri zapletenih gospodarskih poslih poroštvo kmalu ni več zadoščalo, ker ni ponujalo zadostne zaščite strank, zato so se razvila t.i. korporativna jamstva in instrumenti finančnih institucij. Osebna jamstva (običajno neodplačna) so lahko zelo nevarna za dajalca takega poroštva, hkrati pa na drugi strani ne ponujajo zadostne zaščite oziroma varnosti upniku. Ravno zato so se razvile institucije, ki se z dajanjem poroštva ukvarjajo profesionalno in odplačno, poleg tega pa so bile take finančne institucije tudi boljša garancija za upnika, oziroma so zaradi zadostnih sredstev predstavljale dobro obliko zavarovanja.

Nadalje je potrebno omeniti razvoj t.i. kavcijskih zavarovanj, ki so praviloma od osnovne pogodbe akcesorni posli. Gre pravzaprav za jamstvena zavarovanja, ki so se razvila v Veliki Britaniji in v ZDA, kjer so jamstva za določene posle dajale posebne – specializirane zavarovalnice, ki so se profesionalno ukvarjale s prevzemanjem tveganj na strani dolžnika.³

¹ M. Jus, Bančne garancije in sorodni instrumenti financiranja trgovine, 2010 str. 33.

³ M. Jus, Bančne garancije in sorodni instrumenti financiranja trgovine, 2010 str. 36-53.

4.2 PРАВNA PODLAGA

Slovenski pravni red, kot eden redkih, pravno normira bančno garancijo. Obligacijski zakonik (OZ)⁴ sicer bančnih garancij ne omenja, zato se na podlagi drugega odstavka 1061. člena OZ uporabljajo določbe od 1083. do 1087. člena Zakona o obligacijskih razmerjih (ZOR),⁵ ki pa bančno garancijo urejajo le na splošno in se ne spuščajo v obravnavo morebitnih zlorab ali neupravičenih pozivov. ZOR v tem delu opredeljuje pojem bančne garancije, njeno obličnost (pisna oblika), dejstvo, da je potrebno izplačilo izvesti v denarju (razlika od kavcijskih zavarovanj – opredeljeno v nadaljevanju), opredeljuje pa tudi t.i. bančno garancijo »brez ugovora«. Glede bančne garancije »brez ugovora« določa, da banka ne sme uveljavljati proti upravičencu ugovorov, ki jih ima naročnik proti upravičencu iz glavne pogodbe. Prav tako pa določa, da mora upravičenec naročniku povrniti izplačan znesek, do katerega zaradi utemeljenih naročnikovih ugovorov sicer ne bi bil upravičen. ZOR torej zgolj vzpostavi pravno podlago, na podlagi katere lahko naročnik zahteva vračilo neupravičeno izplačanega zneska, ne opredeljuje pa zlorabe in ne navaja morebitnih možnosti naročnika, da prepreči izplačilo garantiranega zneska.

Bančna garancija je podrobno urejena s pravili, ki jih je izdala Mednarodna trgovinska zbornica in sicer Enotna pravila za garancije na prvi poziv MTZ, publikacija 758 iz leta 2010.⁶ Vendar tudi ta pravila ne obravnavajo vprašanj v zvezi z neupravičenim pozivom, verjetno predvsem zaradi kompleksnosti in občutljivosti obravnavane teme. Prvi člen Enotnih pravil za garancije na prvi poziv določa, da ta pravila veljajo za vsako garancijo, v kateri je navedeno, da zanjo veljajo ta pravila. Uporaba teh pravil je torej prepuščena odločitvi strank. Vseeno je Vrhovno sodišče RS s sklepom dopustilo revizijo v zvezi z vprašanjem, ali so stranke, še posebej banka kot garant oz. kontragarant v postopku unovčenja garancij oz. kontragarancij na poziv dolžne upoštevati zgornja pravila kot uzance oziroma poslovne običaje.⁷ Vrhovno sodišče RS je v zvezi s tem sprejelo stališče, da ta pravila MTZ niso niti uzance niti običaj v smislu 12. člena OZ. Ta določa, da se v obligacijskih razmerjih gospodarskih subjektov za presojo potrebnih ravnanj in njihovih učinkov upoštevajo poslovni običaji, uzance in praksa, vzpostavljena med strankama. Kot prakso pa bi jih lahko upoštevali le, če bi stranki uspeli izkazati, da se je med njima vzpostavila dalj časa trajajoča praksa uporabljanja teh pravil, ki bi morda lahko pomenila, da se je strankama konkretnega razmerja zdelo samoumevno, da ta pravila veljajo za vse primere, ko banka izda garancijo naročniku. Pomembno je torej, da

⁴ OZ, Uradni list RS št. 97/07.

⁵ ZOR, Uradni list SFRJ, št. 29/1978, 3/1985 in 57/1989.

⁶ ICC Uniform Rules for Demend Guarantees (RDG), Publicatin No. 758, 2010.

⁷ Sklep Vrhovnega sodišča RS, opr. št.: III DoR 45/2014, z dne 23.09.2014.

se presoja konkretno razmerje med strankama in praksa, ki se vzpostavi med njima, ter da stranki tudi izkažeta stalno prakso uporabe teh pravil med njima.⁸

Možno pravno podlago predstavlja tudi Konvencija ZN o neodvisnih bančnih garancijah in stand-by akreditivih.⁹ Slovenija je sicer ni ratificirala, vendar pa je njena uporaba lahko pomembna kot argument razlage.

Za obravnavano tematiko zlorabe bančne garancije predstavlja pravno podlago predvsem 7. člen OZ, ki predstavlja institut prepovedi zlorabe pravic, kar izhaja tudi iz sodne prakse.¹¹

4.3 POJEM

Pogodbeno razmerje med strankama je polno rizikov, kot so riziko neizpolnitve ali nepravilne izpolnitve. Ti riziki so za gospodarske subjekte večji če gre za »velike posle«, zato je razumljivo, da se pogodbeni stranki želita čimbolj zavarovati, oziroma povedano drugače, želita čimbolj zmanjšati rizike in tveganja pri izvedbi posla, čemur pa služi (med drugim tudi) bančna garancija.

Načeloma že Obligacijski zakonik uvaja instrumente zaščite strank v primeru neizpolnitve ali nepravilne izpolnitve pogodbe (odgovornost za stvarne in pravne napake – 100. člen OZ; pravilo sočasne izpolnitve – 101. člen OZ; prenehanje pogodbe zaradi neizpolnitve – 5. odsek, III. del OZ – izpolnitev obveznosti, odstop od pogodbe, pravica do odškodnine v vsakem primeru; pomen pravočasne izpolnitve,...). Vendar so sodni postopki dragi, dolgi ter zapleteni in prepogosto ne vodijo do želenih rezultatov. Kot primer lahko navedemo situacijo pri kateri nastale škode v sodnem postopku ne bo moč dokazati (oziroma bo dokazovanje težko in ne nujno uspešno), zato je tudi povzročitelj ne bo dolžan povrniti. Ali pa, če se škoda sicer uspe dokazati, to še ne pomeni, da bo izvršba uspešna zaradi morebitne insolventnosti dolžnika. Za preprečitev takšnih in podobnih rizikov ter neželenih dogodkov, ki še dodatno podaljšajo izterjavo dolga in lahko povzročijo še večjo škodo, ki ni nujno krita, gospodarski subjekti za zaščito zahtevajo bančno garancijo (ali pa kakšen drug instrument jamstva finančnih institucij), predvsem pri večjih in bolj kompleksnih poslih.

Bančne garancije predstavljajo jamstvo tretje osebe (predvsem banke, lahko pa tudi druge finančne institucije) za pravilno izpolnitev obveznosti dolžnika iz temeljne pogodbe. Predvsem gre za prenašanje (popolno/delno) rizikov na tretjo osebo – dajalca bančne garancije.

⁸ Sklep Vrhovnega sodišča RS, opr. št.: III Ips 145/2014, z dne 21.06.2016

⁹ United Nation Convention on Independent Bank Guarantees and Stand-by Letters of Credit (New York 1995).

¹¹ Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št.: I Cpg 298/2014, sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št.: I Cpg 463/2014, sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št.: I Cpg 807/2014, in drugi.

Pomembna razlika med bančnimi garancijami in drugimi sredstvi zmanjševanja rizikov pri poslovanju je predvsem v tem, da bančna garancija ne krije nujno le rizika neplačila (plačilne garancije), temveč je lahko izdana za različne namene, na primer kot zaščita stranke pred neizpolnitvijo ali nepravilno izpolnitvijo na strani dobavitelja blaga ali pa izvajalca določene storitve (storitvene/dobavne garancije – pogosto jamčevanje za napake – nepravilna izpolnitev).¹³

4.3.1 FUNKCIJE BANČNE GARANCIJE

Bančna garancija ima več funkcij, ena glavnih je zaščita pred riziki pri izpolnitvi temeljne pogodbe. Pri tem lahko že sama pridobitev bančne garancije s strani dolžnika priča o njegovi resnosti oziroma kreditni ali izpolnitveni sposobnosti. Banka bo namreč izdala bančno garancijo le za komitenta, za katerega po pregledu ugotovi oziroma oceni, da so njegove sposobnosti ali ponujena sredstva zavarovanja dovolj visoka za morebitno kritje regresne pravice.

Izdaja oziroma dogovor o vključitvi bančne garancije predstavlja utrditev pogodbene discipline in večjo verjetnost izpolnitve dolžnikove obveznosti iz temeljne pogodbe. Poleg tega pa regresni zahtevki, ki ga ima dajalec bančne garancije (garant) do glavnega dolžnika (naročnika garancije) v primeru unovčitve bančne garancije in izplačila garantiranega zneska sili dolžnika, da pravilno izpolni obveznost iz temeljne pogodbe. Dolžnik se namreč zaveda možnosti uveljavljanja regresnega zahtevka. V pravnem smislu gre sicer za neakcesornost posla, vendar pa lahko trdimo, da zavedanje možnosti regresnega zahtevka dajalca bančne garancije vsaj posredno vpliva na ravnanje glavnega dolžnika.

Še ena pomembna funkcija bančne garancije je, da je bančna garancija sredstvo zavarovanja obveznosti iz pogodbe (obveznost plačila, lahko pa tudi dobava blaga, oprava storitev ali njihova solidnost, jamčevanje za napake,...). Pri tem bančna garancija ščiti koristnike pred omenjenimi nepravilnostmi ali neizpolnitvijo s strani glavnega dolžnika.

S pomočjo bančne garancije se lahko prenaša plačilo dolžnika upniku, zato je funkcija bančne garancije lahko tudi plačilni instrument.¹⁴

¹³ M. Jus, Bančne garancije in sorodni instrumenti financiranja trgovine, 2010, str. 60-64.

¹⁴ M. Jus, Bančne garancije in sorodni instrumenti financiranja trgovine, 2010, str. 64-69.

4.3.2 IZDAJATELJI BANČNE GARANCIJE

Izdajatelji bančne garancije so predvsem banke. Vendar pa bi bilo omejevanje teh poslov samo na banke preozko tolmačenje, vsaj glede na mnenja nekaterih teoretikov.¹⁶ Bančne garancije se namreč kot generičen pojem uporabljajo za razna jamstva tretjih oseb, ne le za jamstva, ki jih izdajajo banke.

Izdajanje bančnih garancij je urejal Zakon o bančništvu (ZBan-1),¹⁷ ki jih je v 10. členu urejal kot druge, vzajemno priznane finančne storitve. Trenutno veljaven Zakon o bančništvu (ZBan-2)¹⁸ uvršča izdajanje garancij in drugih jamstev v 5. člen zakona kot eno izmed (temeljnih)¹⁹ storitev banke.

Vseeno je treba pojem bančne garancije razlagati kot generičen, torej kot pojem, ki se uporablja v praksi tudi za druge oblike dajanja jamstev tretjih oseb. Tako lahko štejemo (ob širši razlagi) izdajanje bančnih garancij tudi kot posel zavarovanja ali drug posel, ki je z zavarovanjem v neposredni zvezi. Ob taki razlagi, bi lahko bančne garancije izdajale tudi zavarovalnice (na podlagi starega Zakona o zavarovalništvu),²⁰ saj bi to vsebino lahko subsumirali pod 14. člen ZZavar, v katerem so opredeljene temeljne storitve zavarovalnice, ki so lahko samo posli zavarovanja (in posli, ki so z njimi v neposredni zvezi).²¹ Novi Zakon o zavarovalništvu (ZZavar-1)²² pa storitve zavarovalnic bolj specificira ter glede obravnavane teme navaja kot storitev zavarovalnic predvsem kavcijska zavarovanja. Kavcijska zavarovanja so sorodna bančnim garancijam, vendar gre pri kavcijskih zavarovanjih za akcesorno obliko zavarovanja, pri kateri se običajno sklene tripartitna pogodba. Zavarovalnica se s pogodbo zaveže jamčiti upravičencu za izpolnitev primarne obveznosti glavnega dolžnika. Sklenitelj zavarovanja je torej dolžnik, za njegovo pravilno izpolnitev obveznosti pa jamči zavarovalnica njegovemu upniku iz temeljne pogodbe. Pomembnejša razlika z bančnimi garancijami je v tem, da so kavcijska zavarovanja praviloma akcesorna (t.j. odvisna od osnovne pogodbe oziroma razmerja), medtem ko so bančne garancije praviloma neakcesorne (samostojne). Posledica navedenega je ravno to, da je pri akcesornih jamstvih riziko zlorab koristnika zelo zmanjšan, oziroma ga praktično ni. Poleg te, za obravnavano temo najpomembnejše razlike, obstajajo tudi nekatere druge, na primer kavcijska zavarovanja krijejo dejansko škodo,

¹⁶ Na primer V. Kranjc v: M. Juhart, N. Plavšak, Obligacijski zakonik (posebni del) s komentarjem, 4. knjiga, 2003, str. 1239-1250; J. Sekolec »Plačaj takoj, ugovarjaj kasneje«: neodvisna bančna garancija in stand-by akreditiv, v: Pravna praksa, 3/1997, priloga str. I-XVI.

¹⁷ Uradni list RS, št. 99/10 – prenehal veljati 25.06.2016.

¹⁸ Uradni list RS, št. 25/15 in 44/16.

¹⁹ Ostale oziroma dodatne storitve banke zakon opredeljuje namreč v 6. členu.

²⁰ Uradni list RS, št. 99/10, 90/12, 56/13, 63/13 in 93/15.

²¹ Določba 5. odstavka 14. člena ZZavar.

²² Uradni list RS, št. 93/15.

unovčenje bančne garancije pa pomeni izplačilo garancijskega zneska; pri pridobivanju kavcijskega zavarovanja večjo vlogo igra analiza (tveganosti) posla, pri bančnih garancijah pa predvsem kreditna sposobnost in varščine dolžnika iz primarne pogodbe. Glede na navedeno, bi lahko našteali kar nekaj prednosti kavcijskih zavarovanj, kot so na primer ohranitev kreditnega potenciala ter manjša osredotočenost na dane varščine, obveznost kavcijske zavarovalnice ni nujno zgolj plačilo (kot je pri garancijah izplačilo garancijskega zneska), ampak je lahko tudi izpolnitev obveznosti dolžnika (iz temeljne pogodbe), kar je, oziroma naj bi bil (če odmislimo primere zlorab) temeljni interes upnika; ob vsem tem pa so lahko tudi cenejše.²³ Menim, da so kavcijska zavarovanja lahko pomemben konkurent bančni garanciji. Vprašanje pa je, kakšna je dejanska zaščita zavarovalnice, ki daje takšno zavarovanje v primeru izpolnitve, saj sama ne zahteva dajanja varščin, kot to zahtevajo banke. Zavarovalnice namreč, kot pri drugih zavarovanjih (življenjska, premoženjska), izračunajo in določijo višino premije glede na tveganje, ki temelji predvsem na analizi temeljnega posla. Poleg tega ima tudi zavarovalnica (kot banke dajalke bančne garancije) regresni zahtevek do dolžnika, njegova izterljivost pa je drugo vprašanje.

Še vedno pa ostaja odprto vprašanje, ali lahko bančne garancije izdajajo tudi druge institucije, ki niso banke in kakšno zaupanje bi takšne institucije v primeru izdajanja bančnih garancij sploh imele pri koristnikih. Takšne garancije bi lahko bile cenejše, vendar bi lahko za koristnika obstajalo večje tveganje v primeru potrebe po unovčitvi in bi lahko za sklenitev posla zahteval od naročnika izdajo takšne garancije prav s strani banke. Banke so namreč bolj regulirane in nadzorovane s strani raznih (državnih in mednarodnih) institucij, imajo določen ugled, pa tudi sicer, že zgodovinsko gledano imajo nekakšno tradicijo pri opravljanju takšnih poslov.²⁴ Menim, da bi garancije lahko izdajale tudi druge institucije, kar bi lahko pripomoglo k večji konkurenci na trgu in znižanju cen takšnih storitev. To bi bilo z vidika naročnika dobro. Izbira institucije, ki bo izdala garancijo, ki po mnenju strank zadošča kot sredstvo zavarovanja, bi morala biti prepuščena pogodbenim strankam in njihovi avtonomiji. Menim, da je omejevanje svobodne volje strank pri izbiri sredstva zavarovanja, prav tako pa omejevanje trga na tem področju, nepotrebno.

4.3.3 PRAVNA NARAVA IN ZNAČILNOSTI BANČNE GARANCIJE

Bistvena značilnost bančne garancije je njena abstraktnost zaveze in neakcesornost. Iz bančne garancije izhajata dve razmerji; razmerje med banko garantom in naročnikom (kritje,

²³ Take oblike zavarovanj so se razvile v VB in ZDA (t.i. *surety bonds*); M. Jus, Bančne garancije in sorodni instrumenti financiranja trgovine, 2010, str. 36-53.

²⁴ M. Jus, Bančne garancije in sorodni instrumenti financiranja trgovine, 2010, str. 69-72.

premija) ter razmerje med banko in upravičencem. Glede abstraktnosti je potrebno dodati, da je ta sicer pravilo, obstajajo pa tudi izjeme. Sodna praksa je namreč pravilu o abstraktnosti že določila nekatere izjeme. In sicer za primer, če bi unovčitev garancije pomenila zlorabo pravice, in v tem oziru še posebej, če je unovčitev garancije zvižajna. Vendar sodišče poudarja, da je to izjema zato jo je potrebno razlagati ozko, predpostavke za obstoj takšne izjeme pa presoјati strogo, saj bi v nasprotnem primeru obstajala nevarnost, da se abstraktnost garancije izvotli, izjema pa postane pravilo.²⁵

Neodvisna bančna garancija je novejši institut za zavarovanje pogodbenih obveznosti, ki se je razvila in v poslovni praksi uveljavila predvsem zato, ker ugovori iz temeljnega posla ne pridejo v poštev. Če bi se stranki dogovorili na primer za pogodbeno kazen (zaradi nepravilne izpolnitve obveznosti iz pogodbe), bi bili možni ugovori dolžnika, da je pogodba bila pravilno izpolnjena ali pa da je do podaljšanja rokov prišlo zaradi nujnih nepredvidenih del, vse to pa bi bilo predmet dokazovanja in zavlačevanja. Pri neodvisni bančni garanciji pa takšni ugovori, ki izhajajo iz temeljne pogodbe niso možni. Zavlačevanje zato ni mogoče, vendar pa to omogoča, da se garancija realizira tudi, če je sporno, ali je bil temeljni posel sploh kršen.²⁶

Pravno naravo bančne garancije je potrebno ugotavljati v vsakem konkretnem primeru posebej, pri tem je potrebno upoštevati predvsem pogodbeno določila, kogentnost in dispozitivnost relevantnih pravnih norm.

Zaradi dokazovanja v postopku, običajno velikih zneskov garancij, jasnosti pravic in obveznosti strank ter drugih razlogov, se v poslovni praksi bančne garancije praviloma vedno izdajajo v pisni obliki (tudi če predpis tega ne zahteva). Države sicer to vprašanje urejajo različno. Slovensko pravo za izjavo poroka in za bančno garancijo predpisuje pisno obliko.²⁸

Poleg obličnosti je značilnost bančne garancije enostranskost pogodbe, pri kateri vsaka stranka nastopa samo kot upnik (koristnik praviloma iz te pogodbe nima nobenih obveznosti), ali pa kot dolžnik. Vendar pa tega ne smemo enačiti z enostranskim pravnim poslom. Nekateri teoretiki²⁹ so namreč mnenja, da so bančne garancije dvostranski pravni posel, ki nastane z izjavo volje dveh strank – banke in koristnika. Vendar pa je sodna praksa zavzela drugačno stališče, saj je sodišče smatralo bančno garancijo kot enostranski pravni

²⁵ Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št.: I Cpg 298/2014.

²⁶ V. Kranjc, Preprečitev zlorab ob unovčitvi neodvisnih bančnih garancij, v: Podjetje in delo 1/2013/XXXIX, str. 7.

²⁸ 1013. člen OZ.

²⁹ S. Cigoj v: S. Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij, 1986, str. 2762-2765; drugače V. Kranjc v: M. Juhart, N. Plavšak, Obligacijski zakonik (posebni del) s komentarjem, 4. knjiga, 2003, str. 1242.

posel zavezovalne narave in je odločilo, da zato spornih določb pogodbe ni mogoče razlagati po skupnem namenu strank, temveč skladno z jezikovno in logično razlago.³⁰

Ena izmed lastnosti, ki razlikuje bančne garancije od porošstva, je tudi njihova odplačnost, kar je razvidno iz kreditnega razmerja med dolžnikom (naročnikom garancije) in banko (garantom).³¹

4.3.4 VRSTE BANČNIH GARANCIJ

Glede na različne kriterije je delitev bančnih garancij veliko, na primer bančne in nebančne, domače in mednarodne, pisne in ustne (redke), odplačne in neodplačne, pogodbene, sodne in upravne, tipizirane in individualne, neomejene in omejene, dolgoročne, srednjeročne in kratkoročne. Za potrebe tega dela predstavljam zgolj delitev garancij glede na njihov ekonomski namen, kjer ločimo plačilne in storitvene garancije.

- **Tenderske garancije:** Gre za storitveno garancijo, katere namen je kritje visokih stroškov priprave in organizacije javnih ali pa zasebnih razpisov. Dejstvo je, da je priprava obširne dokumentacije in organizacija razpisa velik strošek, taka garancija pa je pokazatelj resnosti oddanih ponudb, hkrati pa lahko krije stroške priprave razpisa v primeru, če na primer izbrani ponudnik (tender) ne bi želel skleniti pogodbe.
- **Performance garancije:** Bolj poznane v praksi kot na primer jamčenje za kakovost gradnje, opravljenih storitev ali blaga. Jamčevalne obveznosti dobavitelja ali izvajalca izhajajo običajno že iz temeljne pogodbe (na primer garancijske klavzule), vendar pa se takim garancijam v praksi pogosto dodajo t.i. performance garancije, ki pokrivajo rizike neizvršitve, nepravočasne ali pa na drug način nepravilne izvršitve obveznosti izvajalca oziroma dobavitelja iz glavne pogodbe. Take garancije izdajo običajno banke (lahko pa tudi druge zaupanja vredne osebe), in tako povečajo zaupanje naročnika (kupca/investitorja) v to, da bo obveznost iz glavne pogodbe izpolnjena, ter tudi, da bo izpolnjena skladno s pogodbo (na primer pravočasnost, kvaliteta, napake). Kupce oziroma investitorje take garancije ščitijo še pred rizikom insolventnosti dobavitelja oziroma izvajalca. Odvisno od vsebine garancije nato garant sam izpolni glavno pogodbo, bolj pogosto pa garant skladno s pogoji garancije izplača koristniku znesek iz garancije (kot nadomestna izpolnitev). Med te garancije bi lahko umestili tudi garancijo za odpravo napak v garancijski dobi, ki zmanjša riziko investitorja, da v primeru insolventnosti (ali pa

³⁰ Sodba Višjega sodišča v Mariboru, opr. št.: I Cpg 152/2007, z dne 02.07.2007.

³¹ M.Jus, Bančne garancije in sorodni instrumenti financiranja trgovine, 2010, str. 201-262.

iz kakšnega drugega razloga) izvajalec ne bi odpravil napak, ki so na primer posledica njegovega nekakovostnega dela, ali pa jamčenje dobavitelja za brezhibno delovanje.

- **Avansne garancije:** Gre za garancijo za vračilo avansa, ki je predvsem pri dolgoročnih poslih lahko dan izvajalcu ali prodajalcu, s tem pa se omogoči varno delno (vnaprejšnje) financiranje posla z avansi. S tako garancijo naročnik garancije jamči, da bo avans uporabljen za dogovorjene namene, ter hkrati, da bo vrnjen, če izvajalec ne bi pravilno izpolnil svojih obveznosti, ali če bi na primer odstopil od pogodbe.
- **Garancija za vračilo zadržanih zneskov:** Če se pogodbeni stranki dogovorita, da bo določen del sredstev zadržan (na primer do konca garancijskega roka za jamčenje za napake), ta garancija omogoča dobavitelju oziroma izvajalcu, da lahko predčasno razpolaga s celotnim zneskom kupnine. Zadržana sredstva se namreč sprostijo, če predloži garancijo. Ta garancija bi lahko nadomeščala garancijo za odpravo napak, saj se namreč ob unovčenju sprostijo zneski, ki bi kupcu koristili pri nepravilno izpolnjeni pogodbi.
- **Plačilne garancije:** Gre za garancije, ki ščitijo pred riziki neizpolnitve plačilne obveznosti, torej obveznosti kupca oziroma investitorja iz glavne pogodbe. Ščitijo pred riziki neplačil, nepravočasnih ali pa na kakšen drug način nepravilnih plačil.
- **Konsignacijske garancije:** Omogočajo jamčenje za plačilo blaga, ki bo prodano iz konsignacijskega skladišča.
- **Konosmanske garancije:** V primeru predložitve te garancije lahko ladjar izroči blago, kljub predložitvi pomanjkljivih dokumentov.
- **Davčne in carinske garancije:** Uporabljajo se za odloženo plačilo davčnih ali carinskih dajatev.
- **Sodne garancije:** Lahko se zahtevajo pri skrbništvu nad premoženjem, začnih odredbah, vodenju izvršilnih postopkov in podobno.
- **Upravne garancije:** Lahko jamčijo na primer za izpolnjevanje pogojev in obveznosti oseb, ki so jim podeljena javna pooblastila.
- Druge³²

4.3.4.1 POGOJNE IN BREZPOGOJNE GARANCIJE

Za potrebe obravnavane teme je potrebno omeniti razlike med pogojnimi in brezpogojnimi garancijami, saj lahko tudi to pomembno vpliva na možnost zlorabe. Pogojne garancije pretežno izdajajo zavarovalnice in so, kot že ime pove, vezane na določene pogoje. Povedano drugače, garant bo izplačal garancijski znesek v primeru izpolnjenosti pogojev.

³² M. Jus, Bančne garancije in sorodni instrumenti financiranja trgovine, 2010, str. 334 – 359.

Pogoji so lahko različni, vendar pa gre predvsem za to, da dolžnik ob dospelosti oziroma ob poteku rokov za izpolnitev svoje obveznosti ni izpolnil ali pa je ni pravilno izpolnil. V tem primeru lahko koristnik unovči garancijo. Ti pogoji so lahko vezani na glavno pogodbo in *de facto* predstavljajo suspenzivni pogoj.

Brezpogojne garancije običajno dajejo banke oziroma podobne institucije in so za razliko od pogojnih garancij prav tako vezane na določene pogoje, vendar pa ti pogoji niso neposredno vezani na neizpolnitev oziroma nepravilno izpolnitev obveznosti dolžnika iz pogodbe. Pogoji za unovčitev takih garancij so predvsem vezani na samo garancijo, na primer, da se zahteva za unovčitev poda s strani upravičene osebe, predložitev ustrezne dokumentacije ipd. Take garancije imajo izrazito samostojno pravno naravo, za njihovo uveljavljanje oziroma izplačilo garantiranega zneska ni potrebno najprej pozvati dolžnika k izpolnitvi obveznosti, ampak se pozove k izplačilu direktno garanta. Take brezpogojne garancije običajno v besedilu navajajo, da se bo garancijski znesek koristniku izplačal brez posebnih pogojev (*»guarantee amount will be put at your free disposal«*). Bistvo brezpogojnih garancij je torej, da morajo za unovčitev bančne garancije sicer biti izpolnjeni določeni pogoji, vendar so ti, v primerjavi s pogoji pri pogojnih bančnih garancijah, manj zahtevni in predvsem niso vezani na temeljno pogodbo.³³

Glede na značilnosti pogojnih in brezpogojnih garancij menim, da je, vsaj na prvi pogled, pri brezpogojnih garancijah večja možnost zlorab, kot pri pogojnih, saj bo moral pri slednjih koristnik dejansko izkazati upravičenost oziroma izpolnjenost pogojev (na primer neizpolnitev ali nepravilno izpolnitev glavne pogodbe) za unovčitev bančne garancije, pri brezpogojnih garancijah pa mu tega ne bo treba. Tipičen primer brezpogojnih bančnih garancij so bančne garancije na prvi poziv, kjer velja pravilo »plačaj takoj, ugovarjaj kasneje«, kar bo podrobneje razloženo v nadaljevanju.

4.3.4.2 GARANCIJA NA ZAHTEVO IN DOKUMENTARNA GARANCIJA

4.3.4.2.1 GARANCIJA NA ZAHTEVO

V praksi se navedene garancije zelo pogosto izdajajo. Gre za t.i. garancijo na prvo oziroma enostavno zahtevo ali pa za garancijo na prvi poziv. Bistvena značilnost takšne garancije je ravno to, da se izdaja ne da bi banka garant preverjala izpolnjenost kakršnihkoli pogojev oziroma kršitev glavnega dolžnika (naročnika garancije). Banka garant je dolžna izpolniti garancijski znesek na (pravilno) zahtevo koristnika, pri tem pa ne preverja, ali je ta zahteva dejansko utemeljena glede na dejansko ravnanje naročnika garancije. Povedano drugače, koristnik bo prišel do poplačila garantiranega zneska zgolj na podlagi zahteve za unovčitev

³³ M. Jus, Bančne garancije in sorodni instrumenti financiranja trgovine, 2010, str. 360 – 362.

bančne garancije (plačila), ne da bi moral prej terjati od glavnega dolžnika (naročnika garancije) in predvsem brez njegovega soglasja ali celo proti njegovi volji. Poplačilo bo koristnik dobil brez kakršnih koli ugovorov, predvsem pa brez sodnega ali drugega enakovrednega postopka. To po eni strani pomeni zelo učinkovito sredstvo za koristnika (upravičenca iz bančne garancije), saj bo poplačilo prejel zelo hitro in brez zapletenih postopkov in ugovorov, vendar pa na drugi strani ravno zaradi tega obstaja toliko večja možnost zlorab. Koristnik bo dobil izplačan garancijski znesek, ki je lahko tudi mnogo višji od nastale mu škode, naročnik garancije pa bo nato zaradi načela »plačaj takoj, ugovarjaj kasneje« primoran v dolgih in kompleksnih sodnih postopkih izkazati obstoj manjše škode. Problem v takem primeru nastane, ko so škode, zaradi katerih se garancija unovčuje, le bagatelne, zneski izplačanih bančnih garancij pa običajno zelo visoki. Koristnik bo na tak način za kar nekaj časa prejel dokaj velik znesek, naročnik bančne garancije pa bo moral nato dokazati dejstva in okoliščine, ki dokazujejo neupravičenost izplačila zneska oziroma vsaj dela zneska koristniku.³⁴

V praksi se pojavlja tudi zahteva po pisni izjavi upravičenca, ki spremlja garancijo. V takšni izjavi naj bi upravičenec navedel oziroma natančneje opredelil in utemeljil unovčitev garancije. Taka izjava naj na primer vsebuje bolj določno navedbo, v čem je nalogodajalec kršil pogodbo oziroma zaradi česa je koristniku nastala škoda. Povedano drugače, specificirati mora razloge za unovčitev bančne garancije. Take izjave temeljijo predvsem na dobri veri upravičenca in ga posredno silijo k poštenosti. Predvsem pa naj bi bil glavni namen takšnih izjav preprečevanje zlorab (*t.i. unfair calling*), čeprav tudi banke kot garanti, take izjave preverjajo zgolj po zunanjem videzu in ne preverjajo resničnosti navedenih dejstev. Banka torej ne bo preverjala resničnosti navedb koristnika v takšni izjavi, razen v primeru očitnih prevar in zlorab koristnika oziroma v primeru neskladnosti zahteve z dokumenti, ki se v garanciji zahtevajo.³⁵ Nekaj razlogov, kdaj zahteva za plačilo nima nobene možne osnove, navaja tudi Konvencija združenih narodov o neodvisnih bančnih garancijah in stand-by akreditivih, ki bo predstavljena v nadaljevanju.

Vprašanje je, koliko bi lahko take izjave res zmanjšale možnosti zlorab, saj banke resničnosti navedb v taki izjavi vsebinsko ne preverjajo. Smisel podajanja oziroma zahtevanja take izjave se zato zdi močno vprašljivo. Na drugi strani bi take izjave tudi otežile koristnikove možnosti za unovčitev garancije, kar pa za njih, običajno kot močnejše stranke v razmerju, ne bi bilo sprejemljivo.

³⁴ M.Jus, Bančne garancije in sorodni instrumenti financiranja trgovine, 2010, str. 363-367.

³⁵ M. Jus, Bančne garancije in sorodni instrumenti financiranja trgovine, 2010, str. 363.

4.3.4.2.2 DOKUMENTARNE GARANCIJE

Dokumentarne garancije so vezane na predložitev določenih dokumentov s strani upravičenca iz garancije. Pogoji za izplačilo garancijskega zneska je torej predložitev določenega dokumenta, predpisanega v garancijski pogodbi. Tak dokument je na primer lahko že enostranska izjava upravičenca z opredelitvijo napak oziroma kršitev pogodbe naročnika, ki pa je še vedno zgolj enostranska izjava upravičenca in je *de facto* ne moremo šteti kot dokaz o neizvršitvi obveznosti glavnega dolžnika (naročnika garancije).

Lahko pa garancijska pogodba kot dokument, ki ga je potrebno predložiti, zahteva listino, ki jo izda tretja oseba in iz katere izhaja, da dolžnik ni izpolnil svoje obveznosti. Tako potrdilo lahko izda določena kvalificirana tretja oseba (na primer izvedenci različnih strok) in kot tako predstavlja podlago za izplačilo garancijskega zneska.

V določenih primerih se kot dokument, ki je podlaga za izplačilo lahko zahteva celo pravnomočna arbitražna oziroma sodna odločba, ali pa odločba kakšne druge organizacije iz katere izhaja na primer, da je dolžnik kršil svoje obveznosti, kakšen je obseg škode in druge okoliščine.³⁶ Menim, da se v takem primeru lahko nekoliko zamislimo, ali ima taka garancija sploh še namen in funkcijo garancije, če bi moral koristnik za izplačilo zneska izpeljati celoten sodni ali arbitražni postopek. Tovrstne garancije sicer močno ščitijo glavnega dolžnika pred zlorabami, vendar pa upravičencu ne zagotavljajo takojšnega kritja škode, ampak kritje šele v primeru, da uspe škodo dokazati na sodišču, kar pa lahko traja dolgo. Prav tako pa ima za dosego tega cilja na voljo običajni sodni postopek in smisel takšne garancije povsem zvodeni. Vseeno pa je upravičenec zaščiten v primeru stečaja glavnega dolžnika, saj bi do izplačila garancijskega zneska moralo priti, v primeru da ne bi imel bančne garancije, pa bi riziko neizpolnitve oziroma napačne izpolnitve nosil sam.

4.3.4.3 BANČNA GARANCIJA ZA DOLOČEN ČAS

Bančna garancija za določen čas je garancija, ki preneha z datumom, navedenim v dogovoru o bančni garanciji. V takem primeru mora upravičenec zahtevati plačilo od banke (garanta) pred iztekom veljavnosti bančne garancije. Če rok zamudi, izgubi pravico s tožbo uveljavljati

³⁶ M.Jus, Bančne garancije in sorodni instrumenti financiranja trgovine, 2010, str. 367.

garantirani znesek. Vendar pa upravičenec lahko vloži tožbo po poteku roka iz dogovora o bančni garanciji, če njeno izpolnitev zahteva še v okviru garantnega roka.³⁷

Rok, določen v dogovoru o bančni garanciji je zelo pomemben, saj lahko upravičenec sicer izgubi pravico uveljavljati garantiran znesek. Po drugi strani pa, skladno s splošnimi pravili civilnega prava, rok ščiti naročnika garancije oziroma dolžnika po glavni pogodbi, saj po izteku roka za unovčitev, upravičenec ne more več zahtevati garantiranega zneska.

Vendar pa lahko upravičenec pred potekom roka za unovčitev od naročnika zahteva tudi, da bančno garancijo za določen čas podaljša, ali pa bo zahteval njeno unovčitev. To so t.i. »*extend or pay*« garancije, ki bodo kot oblika zlorabe predstavljene v poglavju 5.1.1.

4.3.4.4 KONTRA BANČNA GARANCIJA

Kontragarancija se izda v korist druge banke v primeru, če končni upravičenec ne zaupa v kredibilnost banke naročnika garancije. Banka prejemnica kontragarancije izda garancijo v korist naročnika garancije.

Kontra bančne garancije lahko na primer zahteva glavni izvajalec po temeljni pogodbi od svojih podizvajalcev kot garancijo za kvalitetno izvedena dela oziroma kot obliko jamčevanja podizvajalcev za napake pri gradnji. Težava lahko nastane, če investitor unovči garancijo za kvaliteto gradnje od vseh, tako od glavnega izvajalca kot od podizvajalcev, čeprav se napake, ki so se pojavile pri gradnji ne nanašajo na vse podizvajalce, ampak zgolj na nekatere, ali pa je ocenjena vrednost napak bistveno manjša, kot je znesek vseh bančnih garancij, ki so bile unovčene. V tem primeru investitorju banke izplačajo zneske, ki torej (bistveno) presegajo višino stroškov odprave napak, zato se lahko postavlja vprašanje neupravičene obogatitve.

Sodna praksa je zavzela stališče, da »*poskus unovčitve garancije upnika, ob trditvah upnika, da je dolжник že unovčil garancijo glavnega izvajalca za napake na gradbenih delih, vendar pa garancijskega zneska ni porabila za odpravo napak, napake na delih, ki jih je opravljal upnik (finalni premazi tlakov) pa so nastale zaradi zamakanja (napaka na gradbenih delih) in so vezane na odpravo napak pri gradbenih delih, lahko (poudarila avtorica) nasprotuje načelu vestnosti in poštenja dolžnika in predstavlja zlorabo bančne garancije.*«³⁹ Poudarjeni »lahko« izraža mnenje Višjega sodišča, da bo moralo (kar izhaja iz obrazložitve omenjene sodbe) sodišče prve stopnje šele presojati ravnanje dolžnika (poskus unovčitve garancije upnika,

³⁷ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št.: Cpg 99/93 z dne 21.09.1993.

³⁹ Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št.: I Cpg 463/2014, z dne 19.03.2014.

kljub že unovčeni garanciji glavnega izvajalca, ki pa je ni porabil za odpravo napak pri gradbenih delih) po merilu vestnosti in poštenja. Poskus unovčitve bančne garancije, kljub temu, da za napake, ki so nastale na delih, za katere upnik ne odgovarja, ni bistven. Dolžnik iz navedenega primera bo upravičeno unovčil garancijo, če le njegovo ravnanje ni zvijačno. Možnost zlorabe je torej tukaj zelo velika, možnost ugovorov (pod)izvajalca pa zelo majhna.

5. ZLORABA BANČNE GARANCIJE

Pomembna lastnost neodvisne bančne garancije (neakcesorna, na prvi poziv, brez ugovora) je, da v veliki meri štiti interese upnika. Gre za sredstvo zavarovanja glavnega posla, pri čemer pa možnost njene unovčitve ne sme biti odvisna od glavnega posla, temveč je med pogoji za njeno unovčitev pisni poziv upravičenca.⁴¹ Glede na temeljni posel je upravičenec za unovčitev neodvisne bančne garancije zavezan, da bančno garancijo kot sredstvo zavarovanja za neizpolnitev ali nepravilno izpolnitev obveznosti iz glavne pogodbe unovči le v primeru, če je temeljni posel kršen. Če bančno garancijo unovči, ne da bi bili izpolnjeni ti pogoji iz temeljnega posla, krši svoje obveznosti iz temeljnega posla, zato bo moral tako (neupravičeno) pridobljen znesek vrniti. Lahko ga vrne prostovoljno, v primeru spora pa bo moral nalagodajalec v sodnem ali arbitražnem postopku zahtevati vrnitev neupravičeno pridobljenega zneska. Vse do pravnomočne ugotovitve v sporu, bo lahko koristnik garancije z unovčenim zneskom nemoteno razpolagal.⁴²

V nadaljevanju je z izrazom bančna garancija mišljena neodvisna bančna garancija.

Razlogi za unovčitev bančne garancije sledijo glavnemu namenu, za katerega je bila garancija dana – sredstvo zavarovanja koristnika bančne garancije. Gre torej za primer, ko ni bila izpolnjena tista pogodbeno obveznost, za katero je bila dana bančna garancija.⁴³ Unovčitev garancije mora potekati skladno s postopkom, predpisanim v pogodbi o bančni garanciji in je strogo formalna. Formalnost je nekakšen element zmanjševanja tveganja za neupravičeno unovčitev oziroma zlorabo bančne garancije. Banka lahko namreč zavrne zahtevo za unovčitev garancije zaradi (formalnih) nepravilnosti v postopku zahteve za unovčitev oziroma če upravičenec ne predloži vse dokumentacije iz pogodbe. Banka pa zaradi načela »najprej plačaj, nato ugovarjaj« ne more presojati upravičenosti zahteve za

⁴¹ Kot navedeno zgoraj, pa so lahko vključeni tudi dodatni pogoji.

⁴² V. Kranjc, Preprečitev zlorab ob unovčitvi neodvisnih bančnih garancij, v: Podjetje in delo 1/2013/XXXIX, str. 5-6.

⁴³ Glej tudi zgoraj vrste bančnih garancij.

izplačilo garantiranega zneska niti ali je do kršitve glavne pogodbe s strani naročnika garancije sploh prišlo.⁴⁴

Namen unovčitve je izplačilo garancijskega zneska koristniku (upravičencu) bančne garancije, s katerim bo pokrila nastalo mu škodo zaradi nepravilne izpolnitve ali pa neizpolnitve obveznosti glavnega dolžnika (naročnika garancije). Posledica, ki iz tega sledi je, da banka (garant) izplača koristniku garantiran znesek, banka pa ima regresno pravico za povrnitev izplačanega zneska proti naročniku garancije.⁴⁵

V nadaljevanju predstavljam možnosti zlorab bančnih garancij, predvsem primere, ko so pogoji za unovčitev bančne garancije sicer izpolnjeni (poziv upravičenca) in bi zato banka garant morala izplačati garantirani znesek, vendar pa je očitno, da temeljni posel ni kršen in je glede na to upravičenec neutemeljeno zahteval unovčitev bančne garancije ter s tem kršil svoje obveznosti iz glavne pogodbe.

Definicijo neupravičenega poziva je podalo tudi Višje sodišče: *»Za neupravičen poziv na unovčitev bančne garancije gre, ko zahteva za plačilo nima nobene možne osnove oziroma nobenega dvoma, da ni nastopil rizik, zoper katerega naj bi zaveza varovala upravičenca. Pri zlorabi bančne garancije gre torej za to, da so pogoji iz bančne garancije izpolnjeni, a je obenem jasno in nedvomno izkazano, da zavarovana obveznost ni kršena (poudarila avtorica).*⁴⁷

5.1 UNFAIR CALLING

Največji riziko naročnika bančne garancije (dolžnika iz glavne pogodbe) predstavlja neupravičena unovčitev bančne garancije oziroma *unfair calling*. To pomeni, da obstoji možnost, da kljub pravilni izpolnitvi obveznosti dolžnika iz glavne pogodbe, koristnik unovči dano garancijo. Na ta način koristnik zlorabi svoje pravice in od banke zahteva izplačilo garantiranega zneska, saj pri samostojnih bančnih garancijah banka ne sme preverjati ali je temeljna pogodba pravilno izpolnjena. Vseeno pa banka preverja formalnosti postopka in popolnost predpisane dokumentacije, ki se zahteva v pogodbi o bančni garanciji. Za unovčitev bančne garancije se torej ne zahteva nikakršen objektiviziran dokaz o neizpolnitvi oziroma nepravilni izpolnitvi pogodbene obveznosti dolžnika (naročnika garancije). Že zgolj

⁴⁴ V. Kranjc, Preprečitev zlorab ob unovčitvi neodvisnih bančnih garancij, v: Podjetje in delo 1/2013/XXXIX, str. 5-6.

⁴⁵ V. Kranjc, Preprečitev zlorab ob unovčitvi neodvisnih bančnih garancij, v: Podjetje in delo 1/2013/XXXIX, str. 5-6.

⁴⁷ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št.: I Cpg 683/2012 z dne 28.08.2013.

grožnja po unovčitvi garancije s strani investitorja pa lahko predstavlja močan pritisk na izvajalca del po temeljni pogodbi.

Riziki neupravičene unovčitve bančne garancije na strani naročnika bančne garancije so predvsem likvidnostni, saj bo moral neupravičeno izplačan znesek izterjati po sodni poti, ki pa ne bo poceni (običajno visoki garancijski zneski pomenijo visok punktum, od katerega so odvisni stroški postopka), predvsem pa tak postopek ne bo hiter, ampak se lahko zavleče. Poleg tega pa obstoji še problem dokazovanja, saj bo moral naročnik (nadalje v tožbenem postopku upnik) dokazati ravnanje koristnika (v sodnem postopku dolžnika) v nasprotju z načelom vestnosti in poštenja. Naročnik bo moral zaradi regresnega zahtevka garanta povrniti tudi znesek unovčene garancije banki.

Nekateri teoretiki sicer ugotavljajo, da glede na število izdanih garancij v praksi dokaj redko prihaja do neupravičene unovčitve (unfair calling), vendar pa statistični podatki niso znani.⁴⁸ Možno je sicer, da je odstotek sporov, ki nastanejo zaradi zlorab bančnih garancij, nizek glede na število vseh izdanih garancij, vendar pa glede na obsežnost sodne prakse, prikazane v nadaljevanju, prav gotovo ni zanemarljiv.

5.1.1 MOŽNE OBLIKE ZVIJAČNEGA RAVNANJA

Za nepoštenim ravnanjem koristnika bančne garancije lahko stojijo različni motivi, vsem pa je skupno predvsem njihovo okoriščenje.

- a) Koristnik lahko na primer z namenom okoriščenja ali pa kakšnim drugim nepoštenim namenom, unovči bančno garancijo kljub temu, da je dolžnik iz glavne pogodbe vse svoje obveznosti iz pogodbe izpolnil pravilno. Pri tem lahko koristnik računa na to, da naročniku garancije izplačanega zneska zaradi unovčenja bančne garancije vsaj do pravnomočnosti sodne ali arbitražne odločbe, ne bo potrebno vrniti. Gre za primere neupravičene obogatitve, ki so lahko raznovrstni (na primer: unovčenje garancije, ki je bila sicer dana za neko drugo osnovno pogodbo, zahteva koristnika po veljavnosti garancije za določen čas, glavni dolžnik upravičeno razdre pogodbo, koristnik pa unovči garancijo, zahteva za unovčitev celotnega garantiranega zneska zgolj zaradi bagatelnih napak glavnega dolžnika pri izvedbi pogodbe).
- b) V praksi so pogosta tudi izsiljevanja s strani koristnika, da bo unovčil garancijo, če dolžnik ne bi želel spremeniti temeljne pogodbe, na primer spremeniti (skrajšati) dogovorjenih rokov, cene in podobno. Navedeni primeri so v praksi pogosti predvsem na način, da

⁴⁸ M.Jus v: M. Jus, Bančne garancije in sorodni instrumenti financiranja trgovine, 2010, str. 392.

koristnik grozi z unovčitvijo ali celo unovči bančno garancijo, ker je dolžnik iz glavne pogodbe svoje obveznosti sicer pravilno izpolnil, ni pa želel (brez ustreznega nadomestila) opraviti dodatnih del, ki jih glavna pogodba ne zajema, ali pa odpraviti napak, za katere ni odgovoren, temveč so posledica ravnanja investitorja (načrti gradnje) ali pa drugega izvajalca.⁴⁹ Tudi v tem primeru lahko naročnik garancije neupravičeno izplačani znesek zahteva nazaj le v sodnem ali arbitražnem postopku. Pri tem pa velja omeniti še pomemben riziko, ki ga poleg rizikov dokazovanja in procesnih rizikov postopka bremeni, to je, če koristnik v času postopka postane insolventen. V takem primeru bo terjatev moral uveljavljati še v postopku zaradi insolventnosti (stečaj, prisilna poravnava), pri tem pa riziko insolventnosti nasprotne stranke nosi v celoti naročnik bančne garancije. Izid postopka je tako za naročnika bančne garancije tudi s tega vidika zelo negotov.

- c) Koristnik lahko na podoben način, kot želi izsiliti spremembo pogodbe, izsiljuje tudi s spremembo že izdane garancije ali pa zahteva izdajo nove. Pri tem gre lahko za t.i. primer *extend or pay*, ko koristnik zahteva od naročnika, da podaljša izdano bančno garancijo, v nasprotnem primeru jo bo koristnik unovčil.⁵⁰

Iz vsega navedenega sledi, da ima koristnik bančne garancije lahko naročnika ves čas »v šahu«, ker ima v roki močno orožje, s katerim lahko (neupravičeno) doseže izplačilo garantiranega zneska. Vendar pa ne gre nujno v vseh navedenih primerih za t.i. *unfair calling* in je lahko zahteva koristnika ponekod celo upravičena, kar pa je predmet ugotavljanja v sodnem ali arbitražnem postopku.⁵¹

Večji in pogostejši problem pri unovčevanju bančnih garancij nastane takrat, ko je dolžnikova obveznost iz osnovne pogodbe pravilno in pravočasno izpolnjena, ali pa krivda za neizpolnitev ali nepravilno izpolnitev obveznosti iz glavne pogodbe ni na strani glavnega dolžnika, pa koristnik bančno garancijo kljub temu unovči. V tem primeru do izplačila s strani garanta pride povsem upravičeno, v kolikor je bila zahteva za izplačilo popolna in pravočasna. Vsekakor pa to ne izključuje nepoštenega ravnanja koristnika in zlorabe pravic.

V primeru neupravičene unovčitve bančne garancije naročniku preostane sodni ali arbitražni postopek (odvisno od dogovora), ki pa bo zaradi že omenjenih rizikov lahko zelo negotov. Vprašanje je namreč, ali se bo naročnik (v postopku tožnik oziroma upnik) zaradi visokih stroškov v postopek sploh lahko spustil. Poleg tega bo kot tožnik nosil trditveno in dokazno

⁴⁹ Podobno v sklepu Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št.: I Cpg 463/2014 z dne 19.03.2014.

⁵⁰ M.Jus, Bančne garancije in sorodni instrumenti financiranja trgovine, 2010, str. 393-404.

⁵¹ M. Jus, Bančne garancije in sorodni instrumenti financiranja trgovine, 2010, str. 393-401.

breme, da je prišlo do zvičajnega ravnanja, oziroma ravnanja, ki nasprotuje načelu prepovedi zlorabe pravic, hkrati pa bo moral dokazati, da je svoje obveznosti izpolnil pravilno tj. skladno z glavno pogodbo. Ob vsem navedenem pa bo naročnik tudi sam moral nositi breme oziroma riziko morebitne insolventnosti koristnika, kar lahko pomeni, da neupravičeno unovčenega garantiranega zneska nikoli ne bo prejel povrnjenega (ali pa vsaj ne v celoti), dolžan pa bo garantu-banki povrniti garantiran znesek na podlagi regresnega zahtevka. Potrebno pa je omeniti tudi rizike banke, kot garanta ali kontra garanta. Tudi banka nosi rizike, saj plačilo garantiranega zneska (glede na neodvisnost pogodbe o bančni garanciji od glavne pogodbe) bremeni zgolj banko garanta. Ta sicer ima regresni zahtevek proti naročniku, vendar pa je izplačilo na podlagi tega odvisno od naročnikve solventnosti, lahko pa ta celo preneha obstajati zaradi stečaja (ali iz drugih razlogov). Banke si sicer praktično vedno zagotovijo zavarovanja, ki lahko predstavljajo kritje v takšnih primerih, vendar pa se tu lahko porajajo dodatna vprašanja, kot na primer, kako kvalitetna zavarovanja je banka sprejela, ali višina danih zavarovanj zadošča za celotno poplačilo garantiranega zneska, ali je vrednost danega zavarovanja v vmesnem času že močno padla. Od teh dejstev je namreč odvisna tveganost posla za banko kot garanta. Boljša kot ima sredstva zavarovanja, manjše je tveganje za povrnitev zneska, ki ga je izplačala koristniku.

Nekaj razlogov, kdaj zahteva za plačilo nima nobene možne osnove, navaja tudi Konvencija združenih narodov o neodvisnih bančnih garancijah in stand-by akreditivih,⁵² ki velja za pravna razmerja z mednarodnim elementom. Čeprav navedene konvencije Slovenija ni ratificirala, jo lahko uporabimo za lažjo razlago oziroma ugotavljanje, kdaj je poziv neupravičen. Devetnajsti člen Konvencije določa, kdaj je poziv neupravičen oziroma kdaj lahko banka zavrne izplačilo in sicer, če brez dvoma ni nastopil rizik, zoper katerega naj bi zaveza varovala upravičenca, če je sodišče ali arbitraža izrekla osnovno obveznost naročnika za neveljavno (razen če zaveza navaja, da taka odločba sodišča ali arbitraže sodi med rizike, ki jih zaveza krije), če je bila osnovna obveznost brez dvoma izpolnjena na za upravičenca zadovoljiv način, če je jasno, da je upravičenec izpolnitev osnovne zaveze preprečil z namernim nepravilnim ravnanjem, ali če je upravičenec kontra garancije plačal v slabi veri kot garant oziroma izdajatelj zaveze, na katero se kontra garancija nanaša.

V vseh navedenih točkah konvencije velja pravilo, da mora biti dejstvo, da ni prišlo do kršitve pogodbene obveznosti, izkazano brez dvoma in jasno. V takem primeru je poziv za unovčitev bančne garancije neupravičen in ga ni dovoljeno podati. Konvencija nadalje dodaja še dva dodatna pogoja (poleg tistih iz drugega odstavka 19. člena), ki konkretizirata pojem

⁵² Konvencija združenih narodov o neodvisnih bančnih garancijah in stand-by akreditivih - United Nations Convention on Independent Bank Guarantees and Stand-by Letters of Credit (New York 1995).

neupravičene zahteve, in sicer: da je očitno jasno, da je katerikoli od dokumentov ponarejen ali ni pravi, in če je očitno jasno, da pri zahtevi za izplačilo iz predloženih dokumentov ne izhaja obveznost izplačila.

Višje sodišče v eni od sodb lepo razloži, da »[...] gre za neupravičen poziv na unovčitev bančne garancije, ko zahteva za plačilo nima nobene možne osnove oziroma ni nobenega dvoma, da ni nastopil rizik, zoper katerega naj bi zaveza varovala upravičenca. Pri zlorabi bančne garancije gre torej za to, da so **pogoji iz bančne garancije izpolnjeni**, a je obenem **jasno in nedvomno izkazano, da zavarovana obveznost ni kršena (poudarek avtorice)**.«⁵⁴ Sodišče poudarja, da je namen bančne garancije zavarovanje obveznosti iz temeljnega posla in zato v kolikor zavarovana obveznost ni ogrožena in je obveznost iz temeljnega posla izpolnjena, naj se sredstvo zavarovanja ne realizira. Vendar pa v nadaljevanju (9. točka obrazložitve) sodišče navede, da mora biti terjatev očitno in nesporno neutemeljena, sicer ni mogoče zaključiti, da je do zlorabe prišlo. Tako tudi iz obrazložitve lahko vidimo, da obstajajo splošna pravila (navedena tudi v prej omenjeni Konvenciji), ki jih sodišča upoštevajo, kljub temu, da nas neposredno ne zavezujejo.

5.2 PREPOVED ZLORABE PRAVIC

Ker je pogoj za unovčitev bančne garancije običajno le pisni poziv, so tako pogoji za unovčitev lahko izpolnjeni, kljub temu, da do kršitve s strani dolžnika iz glavne pogodbe ni prišlo (neupravičena unovčitev). Zaradi tega se postavi vprašanje, kako naj ravnajo prizadete osebe – naročnik, kot omenjeno pa tudi banka - garant.

Na voljo imajo sodni ali arbitražni postopek, postavlja pa se vprašanje materialnopravne podlage za uveljavljanje zahtevka.

Prepoved zlorabe pravic je eno izmed temeljnih načel obligacijskega prava. V 7. členu OZ navaja, da so pravice iz obligacijskih razmerij omejene z enakimi pravicami drugih. Izvrševati jih je treba v skladu s temeljnimi načeli OZ in z njihovim namenom. Udeleženci v obligacijskem razmerju se morajo pri izvrševanju svojih pravic vzdržati ravnanja, s katerim bi bila otežena izpolnitev obveznosti drugih udeležencev. Nadalje pa zakon opredeljuje navidezno izvrševanje pravice, za kar gre, če njen nosilec ravna z izključnim ali očitnim namenom, da drugemu škoduje.

Za dejanski stan zlorabe pravice je značilno, da nosilec pravice izhaja iz pravno dopustnega upravičenja, vendar pa njegovo ravnanje presega meje tega upravičenja (na primer, ko

⁵⁴ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št.: I Cpg 683/2012 z dne 28.08.2013.

stranka uporablja sankcije za nepopolnost izpolnitve, a je nepopolnost tako bagatelna, da ni primerno, da bi bila sankcija izvršena). Podobno zlorabo pravice opredeli tudi sodna praksa: »če je varstvo mogoče doseči na način, ki je za prodajalca lažji, je vztrajanje pri izbiri jamčevalne sankcije v nasprotju z načelom prepovedi zlorabe pravic«. ⁵⁵ Subjekt torej izvršuje pravno zavarovano upravičenje, vendar pa je protipravno to, da je subjektovo izvrševanje seglo čez pravno dopustne meje. Kdaj gre za preseganje pravno dopustne meje, izhaja iz prvega odstavka 7. člena OZ, torej nosilec določene pravice jo je dolžan izvrševati tako, da njegovo ravnanje ne presega tiste meje, ki v enakem obsegu drugemu dopušča, da aktivira njemu pripadajočo pravico. Kot objektivna merila (relevantna za obravnavano temo) prihajajo v poštev predvsem **namen pravnega razmerja**, pa tudi merila, ki vključujejo načelo vestnosti in poštenja (5. člen OZ). ⁵⁶

Institut prepovedi zlorabe pravic ne dovoljuje ravnanja, ki nasprotuje namenu, za katerega je bila določena pravica ustanovljena. Zato je potrebno najprej ugotoviti, kaj je namen bančne garancije in to je, zavarovanje obveznosti iz glavnega posla. Nikakor torej ni namen bančne garancije njena unovčitev sama po sebi, temveč le, če je nasprotna stranka kršila pogodbo. Pri tem pa ni potrebno čakati na to, da je to dejstvo tudi dokazano (kar bi bilo potrebno na primer pri pogodbeni kazni). Če torej dolжник iz glavne pogodbe pravilno izpolnjuje svoje obveznosti iz pogodbe ali pa vsaj ni izkazan dvom v pravilno izpolnitev, potem upravičenec z unovčenjem bančne garancije izvršuje svoje pravice v nasprotju z namenom pravnega razmerja in s tem krši 7. člen OZ, na podlagi katerega je neupravičena unovčitev bančne garancije prepovedana.

Čeprav slovensko pravo nima določbe, ki bi izrecno določala prepoved neupravičene unovčitve bančne garancije, le-ta izhaja iz temeljnih načel OZ (institut zlorabe pravice). Enako stališče je sprejela tudi sodna praksa: »[...] Dopušča namreč izjemo, če bi unovčitev bančne garancije pomenila **zlorabo pravice**, in v tem oziru še posebej, če bi bila unovčitev **zvijačna** (poudarek avtorice).«. ⁵⁸ V navedenem sklepu Višje sodišče poudarja, da je temeljno pravilo bančne garancije abstraktnost dolžnikove terjatve do banke, vendar pa ta abstraktnost ni popolna. Kot izhaja iz obrazložitve *abstraktnost* izključuje ugovore, ki bi jih lahko sicer uveljavljal upnik do dolžnika iz temeljnega pravnega razmerja. Pri določeni pogodbeni kazni bi bilo potrebno torej upoštevati takšne ugovore dolžnika, pri bančni garanciji pa to ne pride v poštev. Sodišče v obrazložitvi (14. točka) jasno navede pravno podlago za zlorabo pravice (2. stavek 1. odstavka 7. člena OZ). Zanimivo pa je stališče

⁵⁵ Sodba Vrhovnega sodišča RS, opr. št.: II Ips 968/1993.

⁵⁶ M. Pavčnik v: Plavšak, Nina, Juhart, Miha, Jadek Pensa idr., Obligacijski zakonik s komentarjem, 2003, str. 104-118.

⁵⁸ Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št.: I Cpg 298/2014 z dne 19.02.2014.

sodišča, da tudi okoliščina, da je bila izdana bančna garancija za zelo visok znesek (195.000,00 EUR), upnik pa bi imel strošek z odpravo napak le v majhnem odstotku od zneska bančne garancije (le nekaj tisoč EUR), sploh ni pomembna. Upnik je namreč (po mnenju sodišča) upravičen unovčiti garancijo za odpravo vsake napake, kar je naročnik garancije ob sklepanju pogodbe z banko tudi vedel. Unovčitev iz tega razloga torej ne more pomeniti zlorabe pravice.⁵⁹

Glede pravne podlage za uveljavljanje zlorabe sodna praksa poudarja še, da »ker neodvisna bančna garancija dopušča možnost zlorabe, teorija in sodna praksa priznavata *garantu (poudarila avtorica)* pravico, da odkloni izplačilo po garanciji, če upravičenec postavi zahtevo za izplačilo očitno in nesporno neutemeljeno in s tem želi zlorabiti svoje pravice iz bančne garancije. Odklonitev se utemeljuje s splošnimi pravili civilnega prava, natančneje s prepovedjo zlorabe pravic (7. člen OZ) in obveznostjo vestnega in poštenega ravnanja (5. člen OZ). Goljufiva zahteva za unovčitev mora biti jasna, očitna, onkraj dvoma in neposredno dokazljiva.«. V tem primeru ima torej garant pravico (in dolžnost) zavrniti zahtevo za izplačilo garantiranega zneska. V primeru, da garant tak znesek kljub vsemu izplača, nima regresne pravice (kar pa je stvar dokazovanja v sodnem postopku).

Glede navedenih sklepov je potrebno omeniti še dejstvo, da sodišča (tudi v drugih odločitvah o obravnavani temi) pogosto uporabljajo pojem ***zvijačno ravnanje***⁶² (***tudi goljufiva zahteva,...***). Glede uporabe tega pojma obstaja določena nepravilnost, saj slovensko obligacijsko pravo instituta zvijačnega ravnanja ne pozna. Če je z zvijačnim ravnanjem mišljena prevara (49. člen OZ), je ta že v OZ uvrščena v poglavje napake volje in se nanaša na fazo sklepanja pogodbe. Ta, sicer v praksi pogosto uporabljen izraz, ni ravno najbolj primeren, vseeno pa lahko sklepamo, da s tem sodišče želi poudariti, da mora iti za ravnanje upravičenca, ki je prepovedano oziroma nedopustno. Lahko pa bi pomislili, da slovenska sodna praksa ta izraz neposrečeno prevaja iz tuje sodne prakse (*fraud*), kar pa ni pravilen izraz v našem pravu.

Prepoved neupravičenega poziva lahko sicer izpeljemo tudi iz temeljnega načela vestnosti in poštenja (5. člen OZ), ki ga ponekod omenja tudi sodna praksa⁶³ vendar pa je institut zlorabe pravice v tem primeru konkretnejše pravilo, zato se kot prava podlaga uporablja slednji.

⁵⁹ Tako tudi v sklepu Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št.: I Cpg 852/2013, z dne 09.07.2013.

⁶² Tudi sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št.: I Cpg 807/2014 z dne 13.05.2014: »Edini pravno relevantni razlog, na podlagi katerega se lahko upnik upre unovčitvi garancije, je dolžnikova zloraba bančne garancije oz. njegovo zvijačno ravnanje.«, sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št.: I Cpg 205/2012 z dne 25.04.2012, sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št.: I Cpg 1557/2012 z dne 06.02.2013.

⁶³ Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št.: I Cpg 463/2014 z dne 19.03.2014.

5.3 MOŽNOSTI NAROČNIKA BANČNE GARANCIJE ZOPER UPRAVIČENCA

Upravičenec do izplačila zneska na podlagi izdane bančne garancije je upravičen izplačani znesek obdržati, v primeru, če je naročnik (dolžnik iz temeljne pogodbe) odgovoren za kršitev temeljne pogodbe. V primeru spora, ali je bil znesek iz bančne garancije unovčen upravičeno ali ne, se v sodnem ali arbitražnem postopku ugotavlja, ali obstaja pravna podlaga za vrnitev oziroma, ali je bil znesek izplačan upravičeno ali ne. Naročnik mora v tem primeru počakati pravnomočno odločitev sodišča ali arbitraže, kar pa lahko traja več let, po tem pa bo verjetno moral terjatev še prisilno izterjati v izvršilnem postopku. V tem času lahko upravičenec postane nelikviden ali pa celo preneha obstajati, tako bo naročnik (v primeru zanj pozitivne odločitve) moral svojo terjatev prijaviti še v postopek stečaja, riziko stečaja upravičenca pa seveda trpi naročnik. Iz navedenega sledi, da tudi če naročnik uspe v težkem in dolgotrajnem sodnem postopku (ker je bila bančna garancija neupravičeno unovčena), bo verjetnost, da dobi povrnjen znesek neupravičene unovčitve, majhna.

Banka (garant) ima v primeru unovčitve garancije, sicer že na podlagi zakona,⁶⁴ običajno pa tudi na podlagi izrecnega dogovora z naročnikom, pravico do regresa izplačanega zneska. Banka in naročnik se običajno dogovorita tudi za zavarovanje, saj se banka na tak način zaščiti, da bo v primeru izplačila upravičencu od naročnika lahko dobila povrnjen znesek izplačila. Naročnik bo moral torej banki vrniti izplačan znesek, če je odgovoren za kršitev temeljnega posla, le-to pa se bo ugotavljalo v sodnem ali arbitražnem postopku. Naročnik ima zato zelo velik interes, da do unovčitve, predvsem pa do neupravičene unovčitve bančne garancije, ne pride.

5.3.1 ZAČASNE ODREDBE

Možnost za preprečitev izplačila zneska iz bančne garancije ali pa preprečitev razpolaganja z že izplačanim zneskom nudi Zakon o izvršbi in zavarovanju (v nadaljevanju ZIZ).⁶⁵ Na podlagi ZIZ lahko naročnik (predlagatelj) vloži predlog za začasno odredbo pred uvedbo sodnega postopka, med postopkom ali po koncu postopka, vse dokler ni opravljena izvršba.⁶⁶ ZIZ razlikuje začasne odredbe za denarne in nedenarne terjatve, naročnik (predlagatelj) pa lahko v primeru bančnih garancij uveljavlja ene ali druge.

⁶⁴ 1087. člen ZOR - Zakon o obligacijskih razmerjih, Uradni list SFRJ, št. 29/1978, 3/1985 in 57/1989.

⁶⁵ ZIZ, Uradni list RS, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 53/14, 58/14 – odl. US, 54/15 in 76/15 – odl. US.

⁶⁶ 267. člen ZIZ.

5.3.1.1 ZAČASNE ODREDBE ZA ZAVAROVANJE DENARNE TERJATVE

Začasne odredbe za zavarovanje denarne terjatve so opredeljene v 270. in 271. členu ZIZ, ki določata, da bo sodišče ugodilo naročnikovem predlogu za izdajo začasne odredbe, v kolikor izkaže za verjetno, da terjatev obstoji ali da mu bo terjatev zoper dolžnika nastala in da je zaradi dolžnikovega odtujevanja, skrivanja ali kakšnega drugačnega razpolaganja s premoženjem uveljavitev terjatve onemogočena ali precej otežena.

Vendar pa naročniku ni potrebno dokazovati nevarnosti, če izkaže za verjetno, da bi dolžnik (upravičenec za unovčitev bančne garancije) s predlagano odredbo pretrpel le neznatno škodo. Prav tako pa zakon vzpostavlja domnevo, da je nevarnost podana, če naj bi bila terjatev uveljavljana v tujini.

Terjatev naročnika bančne garancije proti upravičencu za izplačilo zneska iz bančne garancije je denarna terjatev. Ob vložitvi predloga za začasno odredbo s strani naročnika, lahko ta terjatev že obstoji, lahko pa je le izkazano, da bo nastala (po izplačilu garantiranega zneska upravičencu s strani garanta). Iz navedenih določb pa ni mogoče sklepati oziroma ni mogoča razlaga določb na način, da je postavitve začasne odredbe možna le v primeru zlorabe. Torej je možen predlog za izdajo začasne odredbe za zavarovanje denarne terjatve, če ni prišlo do zlorabe ob unovčitvi (ker gre za denarno terjatev, ki obstaja ali mu bo nastala). Glede izpolnjevanja drugega pogoja pri bančnih garancijah ni nekakšnih posebnosti.⁶⁸

5.3.1.2 ZAČASNE ODREDBE ZA ZAVAROVANJE NEDENARNE TERJATVE

Zavarovanje nedenarne terjatve ZIZ opredeljuje v 272. in 273. členu. Sodišče v tem primeru izda začasno odredbo, če naročnik bančne garancije izkaže za verjetno, da terjatev obstoji ali da mu bo terjatev zoper dolžnika nastala in da izkaže za verjetno eno izmed predpostavk: nevarnost, da bo uveljavitev terjatve onemogočena ali precej otežena; da je odredba potrebna, da se prepreči uporaba sile ali nastanek težko nadomestljive škode; da dolžnik z izdajo začasne odredbe, če bi se tekom postopka izkazala za neutemeljeno, ne bi utrpel hujših neugodnih posledic od tistih, ki bi brez izdaje začasne odredbe nastale upniku.

Nedenarna terjatev je v tem primeru, da se zahtevek za unovčitev bančne garancije ne postavi oziroma, da se že postavljen zahtevek umakne. Terjatev naročnika v tem primeru obstaja, če zavarovana obveznost (iz glavne pogodbe) ni kršena, ali pa to ni izkazano.

⁶⁸ V. Kranjc, Preprečitev zlorab ob unovčitvi neodvisnih bančnih garancij, v: Podjetje in delo 1/2013/XXXIX, str. 16-20.

Povedano drugače, taka terjatev obstoji, če je naročnik pravilno izpolnil obveznosti iz temeljne pogodbe. V tem primeru (drugače kot pri začasnih odredbah za zavarovanje denarne terjatve) mora naročnik (v tem primeru predlagatelj) izkazati za verjetno, da **gre za zlorabo** oziroma, da obstoji verjetnost zlorabe, sicer naročnikova terjatev v tem primeru ne obstaja.⁷⁰

5.3.1.3 UKREPI

Ukrepi za zavarovanje tako denarne, kot nedenarne terjatve so pri bančnih garancijah podobni. Ti so predvsem: prepoved dolžnikovemu dolžniku (garantu – banki), da dolžniku (upravičencu bančne garancije) izplača garantirani znesek, prepoved dolžniku (upravičencu bančne garancije) postaviti zahtevek za unovčitev bančne garancije, prepoved dolžniku (upravičencu bančne garancije), da razpolaga z zneskom, izplačanim iz naslova bančne garancije.

V sodni praksi je zaznati veliko primerov predlogov za izdajo začasne odredbe, le redko pa sodišče izdaja take začasne odredbe ugodni. Višje sodišče v Ljubljani⁷¹ v obrazložitvi odločitve glede izdaje začasne odredbe za zavarovanje nedenarne terjatve (da naj se banki prepove izplačilo zneska, ki bi ga dolžnica terjala na temelju bančne garancije), sledi izsledkom teorije. Navaja namreč, da mora sodišče pri ugotavljanju obstoja terjatve ugotoviti, ali obstajajo materialnopravni razlogi za nastanek terjatve, ter nadalje utemeljuje, zakaj meni, da do zlorabe ni prišlo in da zaradi tega predlagatelj začasne odredbe ni kot verjetno izkazal obstoja svoje terjatve. Iz tega je torej razvidno, da sodišče v praksi pri predlogu za zavarovanje nedenarne terjatve ugotavlja, ali je predlagatelj izkazal za verjetno, da gre za zlorabo oziroma, da obstoji verjetnost zlorabe. Podobno je sodna praksa v drugi odločitvi⁷² navedla, da je v primeru predloga za izdajo začasne odredbe za zavarovanje nedenarne terjatve (prepoved izplačila upravičencu iz bančne garancije) »časno odredbo dopustno izdati v izjemnih primerih, ko je ravnanje upravičenca iz garancije zvižčno oz. ko z unovčenjem garancije zlorablja svoje pravice iz nje.« Tako ravnanje pa mora izkazati predlagatelj.

Postavlja se vprašanje, do kakšne meje naj sodišče presoja obstoj oziroma verjetnost obstoja zlorabe. Jasno je, da mora pri začasni odredbi za zavarovanje nedenarne terjatve predlagatelj (naročnik garancije) izkazati za verjetno, da gre za zlorabo, vendar pa je

⁷⁰ V. Kranjc, Preprečitev zlorab ob unovčitvi neodvisnih bančnih garancij, v: Podjetje in delo 1/2013/XXXIX, str. 16-20.

⁷¹ Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št.: I Cpg 298/2014 z dne 19.02.2014.

⁷² Sklep VSL I Cpg 852/2013, z dne 09.07.2013.

vprašanje meje presoje sodišča, da ne odloči že o temeljnem razmerju. V drugi odločitvi sodišča⁷³ glede postopka izdaje začasne odredbe na prepoved unovčenja bančne garancije je sodišče med drugim izpostavilo, »da reševanje vprašanja o obstoju in obsegu stvarnih napak ter uveljavljanje upnikove odgovornosti iz tega naslova že posega v presojo temeljnega razmerja, kar pa je v nasprotju z namenom bančne garancije oz. njeno pravno naravo.«

Glede na dejstvo, da banka ne sme izplačati garantiranega zneska, v primeru če gre za očitno zlorabo oz. neupravičeno unovčitev bančne garancije, pa preseneča sodba Višjega sodišča v Ljubljani.⁷⁴ Sodišče v jedru navaja, da je bistvo bančne garancije na prvi poziv ravno abstraktna zaveza in s tem ločenost od obveznosti iz temeljnega posla. Ta trditev ne predstavlja nič novega. Nadaljuje pa, »To pa omogoča tudi fraudalozno oz. neupravičeno unovčitev bančne garancije. Zato tožena stranka (banka) ne more uspeti s sklicevanji, da tožeča stranka ni dokazala kršitve z garancijo zavarovane obveznosti.« Tožeča stranka je v tem primeru upravičenec, ki od garanta zahteva izplačilo garantiranega zneska. Sodišče pa v obrazložitvi poudari, da je ugovor neupravičene unovčitve (zloraba pravice), ki ga je navajal garant (tožena stranka), neutemeljen že zaradi same abstraktne narave bančne garancije, saj ta ugovor glede na konkretne okoliščine izvira iz temeljnega posla (9. točka obrazložitve). Iz tega je torej razumeti, da banka – garant nima možnosti, da garantiranega zneska iz bančne garancije ne izplača (zaradi zlorabe), obenem pa (lahko) izgubi pravico do regresa, ker je izpolnila obveznost, ki je ne bi smela. Mnenja teorije in sodne prakse se v tem delu torej nekoliko razhajajo.

5.4 MOŽNOSTI BANKE, DA ZAVRNE PLAČILO NA PODLAGI BANČNE GARANCIJE

Banka garant mora izplačati garantirani znesek, če so izpolnjeni pogoji iz bančne garancije. To izhaja že iz abstraktnosti bančne garancije in njene ločenosti od temeljnega posla. Vprašanje pa je, kakšne so možnosti banke, da zavrne izplačilo pri (očitni) zlorabi bančne garancije s strani upravičenca.

Problematično je, da v večini primerov banka sama ne more oceniti, ali je prišlo do zlorabe. Banka namreč prejme upravičenčev poziv na izplačilo garantiranega zneska, ne ve pa, kakšno je dejansko stanje. Banka o prejemu poziva na izplačilo navadno obvesti naročnika bančne garancije, ki pa mu je v interesu, da banko obvesti o razmerah in predvsem o tem, da je (in zakaj) v konkretnem primeru prišlo do zlorabe.

⁷³ Sklep VSL I Cpg 807/2014 z dne 13.05.2014.

⁷⁴ Sodba VSL I Cpg 2001/2014 z dne 12.05.2015.

Če banka pozivu na izplačilo ne ugoti, mora predhodno ugotoviti, da je tak poziv dan neupravičeno. Banka je pri tem vezana na dejstva, o katerih jo obvesti naročnik. Banke zaradi različnih razlogov poziv na izplačilo garancije zelo redko zavračajo, eden od razlogov za zavrnitev je tudi regresna pravica do naročnika. Vendar pa se pojavi problem, ko zaradi nelikvidnosti ali prenehanja obstoja naročnika banka ne bo mogla izterjati izplačanega zneska s strani naročnika, obenem pa je za izdano garancijo banka imela slabo zavarovanje. To pa že lahko pomeni, da bo banka iskala razloge za zavrnitev plačila na podlagi poziva.

Slovenski pravni red ne normira neupravičenega poziva, zato ni jasno, na kakšen način sme oziroma mora ravnati banka. Vprašanje, ki se pojavlja je, ali mora zavrniti izplačilo, če ugotovi, da je prišlo do neupravičenega poziva, ali pa je to zgolj njena pravica (lahko zavrne izplačilo). Zgoraj omenjena Konvencija ZN o neodvisnih bančnih garancijah in *stand-by* akreditivih (ki je Slovenija sicer ni ratificirala), banki priznava pravico (*the guarantor [...] has a right*) zadržati plačilo upravičencu. Ker torej kljub izplačilu garantiranega zneska v primeru neupravičenega poziva, ne bo ravnala v nasprotju s svojo obveznostjo, bo obdržala regresno pravico do naročnika garancije (regresni zahtevki pa bi izgubila, če bi izplačala garantirani znesek kljub temu, da ne bi bili izpolnjeni pogoji iz bančne garancije). *A contrario* lahko torej izpeljemo, da banka ne krši svojih obveznosti tudi v primeru, če pride do zlorabe in banka zadrži izplačilo garantiranega zneska. Ker je odločitev o izplačilu v primeru zlorabe pravica banke, je torej možno, da znesek izplača, ali pa zadrži izplačilo, v nobenem primeru pa zaradi tega ne trpi škodljivih posledic (na primer izguba regresne pravice), vendar pa to velja zgolj, ko je zloraba očitno, jasno in brez dvoma izkazana ob pozivu na izplačilo garantiranega zneska.

V primeru, da je izkazana le velika verjetnost, da je prišlo do zlorabe, lahko (glede na konvencijo) banka zahteva od sodišča izdajo začasne odredbe, s katero lahko od sodišča zahteva, da prepove izplačilo garantiranega zneska ali pa prepove razpolaganje z že izplačanim zneskom (podobno kot lahko zahteva naročnik – glej zgoraj).

Razlika je torej sledeča: ko je zloraba jasna, očitna in nedvomna, banka ni dolžna sprožiti nikakršnega postopka pred sodiščem (za izdajo začasne odredbe), v primeru, ko je izkazana (zgolj) velika verjetnost, da je podana neupravičena unovčitev, pa mora banka, če želi zavrniti izplačilo, podati predlog za izdajo začasne odredbe na pristojno sodišče. Banka torej v primeru manjše verjetnosti (ko je podana zgolj velika verjetnost in ne očitna zloraba) nima pravice sama zavrniti poziva na izplačilo, ampak mora (če želi zavrniti poziv na plačilo) podati predlog za začasno odredbo. Ob tem se takoj pojavi vprašanje, kako lahko banka odloča o tem, ali je nekaj očitno izkazana zloraba ali pa gre zgolj za veliko verjetnost, da je podana zloraba. Banka v tem primeru že sama odloča o dejstvih in dokazih, kar pa ni primerna

rešitev. Vendar pa lahko, v izogib težavam, banka tudi v primeru, ko je podana očitna, jasna in nedvoumna zloraba, na sodišče poda predlog za izdajo začasne odredbe (sklepanje *a minori ad maius*).

Odprto vprašanje pa je, ali bi lahko tudi na podlagi slovenskega prava garantu priznali pravico, da ne izplača garantiranega zneska. Določbe navedene Konvencije ZN vsekakor lahko služijo kot argument razlage dovoljenih ravnanj garanta.

5.5 PRIMERJALNOPRAVNI VIDIK

V tuji literaturi lahko zasledimo dva izraza zlorabe bančne garancije »*abuse of rights*« in »*fraud*«, zato naj uvodoma omenim, da se izraza v pravu sicer ne uporabljata kot sinonima, pa vendar se v praksi pri obravnavani temi uporabljata oba, oziroma se lahko izmenjujeta.

5.5.1 ZDRUŽENO KRALJESTVO

V Združenem kraljestvu so sodišča postavila zelo visok dokazni standard za priznanje zlorabe bančne garancije. Sodišča so veliko bolj usmerjena k temu, da je bančna garancija instrument, katerega bistvo je, da se izpolni brez ugovorov naročnika bančne garancije. Dejstva, iz katerih izhaja zloraba, morajo biti očitna in ne zadošča, da se na zlorabo lahko sklepa šele z nadaljnjim poizvedovanjem in izpeljevanjem dokazov. Dejstva, da gre za zlorabo, morajo biti očitna že na prvi pogled. Angleška sodišča namreč smatrajo, da če bi prepogosto odločila, da je prišlo do zlorabe bančne garancije, bi to močno vplivalo na mednarodno trgovino in poslovanje, zato odločijo, da je do zlorabe prišlo, le ko gre za očitno zlorabo. Kot izhaja iz odločitev sodišča »ugovor zlorabe bančne garancije« upoštevajo zgolj v izjemnih primerih, drugače pa rešitev spora prepuščajo strankam samim (da ga rešijo skladno s pogodbami) ali pa arbitraži, v kolikor obstoji arbitražni dogovor.⁷⁵ Tudi *Cort of Appeal* poudari, da mora biti zloraba ne le dokazana s strani naročnika bančne garancije, temveč mora obstajati tudi zavedanje banke, da je v danem primeru prišlo do zlorabe.⁷⁶

Glede na ugotovitve, ki sem jih navedla zgoraj, lahko sklepamo, da tudi slovenska sodna praksa odloča v tej smeri.

⁷⁵ Na primer *Harbottle v. Nat. Westminster Bank*. Dostopno na: <http://swarb.co.uk/r-d-harbottle-mercantile-limited-v-national-westminster-bank-limited-1978/> (30.03.2017).

⁷⁶ *United Trading Corporation SA v. Allied Arab Bank Ltd*. Dostopno na: <http://www.incelaw.com/en/knowledge-bank/publications/exceptional-circumstances-required-to-prevent-bank-from-paying-under-letter-of-credit> (30.03.2017).

5.5.2 AVSTRIJA IN NEMČIJA

Avstrijska sodna praksa je na področju bančne garancije strogo formalna, saj zahteva za izplačilo bančne garancije točno in popolno izpolnitev vseh zahtevanih pogojev iz bančne garancije. Sodišče prav tako poudarja neakcesornost bančne garancije in dejstvo, da garant ali naročnik nimata ugovorov iz temeljnega razmerja, saj bi to izničilo namen bančne garancije, ki je takojšnje plačilo garantiranega zneska. Ugovori naj se torej upoštevajo šele, ko je garant že izplačal garantirani znesek.⁷⁷ Glede dejstva ali je prišlo do zlorabe bančne garancije, ker znesek ni bil dolgovan (npr. ni prišlo do kršitve) pa sodišče ne daje povsem jasnega in enoznačnega odgovora. V primeru zlorabe se avstrijska sodna praksa opira predvsem na določila o neupravičeni obogatitvi - lahko se torej zahteva vračilo plačanega zneska od upravičenca, ki je neupravičeno obogatil. Ne glede na vse, pa sodna praksa poudarja, da ne pride do zlorabe, vse dokler se upravičenec sklicuje na to, da dolžnost plačila obstoji, oziroma, da obstojijo temelji za plačilo.⁷⁸

Nemški teoretiki in praksa zagovarjajo dejstvo, da lahko banka zavrne plačilo kadarkoli se zaveda, da zahteva za plačilo temelji na zlorabi oziroma je prevarantska. Ni pomembno od kod izvira zavedanje oziroma vedenje banke, da gre za zlorabo (ali ji je dejstva razložil naročnik, ali je morda izvedela kje drugje), bistveno je, da bo banka zavrnila zahtevo za plačilo zgolj ko bo imela zadosti dokazov in bo torej prepričana o tem, da gre pri ravnanju upravičenca (zahtevi za izplačilo) za zlorabo. Dolžnost banke, da ne plača, izvira iz tega, da so dejstva, ki kažejo na zlorabo tako očitna, da »bodejo v oči«. Glede na odločitev nemškega sodišča, bi lahko naročnik bančne garancije uspel z ugovorom zlorabe pravice, v kolikor izkaže, da se dogodek, ki naj bi bil podlaga za izplačilo garantiranega zneska (npr. zamuda, nepravilna izpolnitev), sploh ni zgodil.⁷⁹

5.5.3 FRANCIJA IN BELGIJA

Teoretiki v francoskem pravu ločijo »dokumentarno« in »nedokumentarno« zlorabo oziroma prevaro. Dokumentarna je vezana predvsem na to, da obstoji napaka v zvezi z dokumenti, ki se predložijo pri unovčenju garancije – tu je mišljeno predvsem to, da so ti dokumenti ponarejeni oziroma niso avtentični. Za prevaro (*»fraud«*) gre: a) ko upravičenec predstavi dejstva v nasprotju z resnico, b) tako predstavljena dejstva so podlaga za izplačilo, ter c) banka ima dokaze, za napačno predstavo s strani upravičenca, ki so očitni. Napačna

⁷⁷ »Najprej plačaj, nato ugovarjaj«.

⁷⁸ B. Kozolchik. Bank guarantees and letters of credit: Time for a return to the fold. 1989, str. 44.

⁷⁹ B. Kozolchik. Bank guarantees and letters of credit: Time for a return to the fold. 1989, str. 44.

predstavitev dejstev pa ni nujno del zlorabe pravic (*»abuse of rights«*), ki je prisotna predvsem pri garancijah na prvi poziv, kjer mora garant garantirani znesek izplačati, ne glede na ugovore. Obstojeata torej dve pravni podlagi oziroma doktrini za blokado plačila garantiranega zneska, obe doktrini (*fraud in abuse of rights*) pa predpostavljata upravičencev okoriščevalski namen na račun naročnika. Garant lahko zavrne plačilo garantiranega zneska, v kolikor se zaveda dejstev, ki bi bili podlaga za zlorabo.⁸⁰

⁸⁰ B. Kozolchyk. Bank guarantees and letters of credit: Time for a return to the fold. 1989, str. 38-44.

6. ZAKLJUČEK

Bančna garancija je eden od temeljnih in najpogosteje uporabljenih instrumentov zavarovanja, tako na domačem kot na mednarodnem trgu. Njena odlika je neakcesornost – neodvisnost od temeljnega posla, zato omogoča hitro izplačilo garantiranega zneska, saj načeloma posebni ugovori niso dopustni. Ravno zaradi te svoje lastnosti je bančna garancija tako pogosto uporabljen instrument zavarovanja.

Težava lahko nastane v primeru zlorabe, ko je bančna garancija unovčena, kljub temu, da za to niso podani razlogi. V tem primeru je vprašanje predvsem, kakšne so možnosti banke, da lahko zavrne izplačilo garantiranega zneska, če meni, da gre za zlorabo. Prav tako pa kakšne so možnosti naročnika garancije, da prepreči plačilo garantiranega zneska ter se na ta način izogne tveganjem, ali bo izplačan znesek dobil nazaj.

V magistrski nalogi sem predstavila interese in rizike vseh udeleženi v razmerju. Neizpolnitev ali nepravilna izpolnitev pogodbe je tveganje na strani investitorja iz glavne pogodbe. Investitor želi to svoje tveganje zavarovati (in s tem zmanjšati), zato mora izvajalec iz glavne pogodbe podati nalog banki, da izda bančno garancijo. V tem primeru nastane novo pogodbeno razmerje, ki pa je neodvisno od temeljne pogodbe in iz katerega izhaja obveznost garanta, da izplača garantirani znesek upravičencu na podlagi njegovega poziva. Tveganje naročnika bančne garancije je predvsem to, da bo upravičenec bančno garancijo unovčil, sam pa bo moral garantu vrniti garantiran znesek. Tveganje na strani garanta pa je, da bo izplačal garantiran znesek, obenem pa ga ne bo mogel uspešno dobiti povrnjenega s strani naročnika. Tveganja se torej pojavijo pri vseh strankah razmerja, vendar pa so najbolj zmanjšana ravno pri investitorju oziroma upravičencu, zaradi zavarovanja, ki ga ima.

Investitor je v praksi pogosto močnejša stranka pogodbe, zato bo običajno on postavljaj pogoje, ki jih mora (pod)izvajalec izpolnjevati, da bo pridobil posel. Pogoji, ki jih postavlja, so različni, od rokov, cen, rokov plačila za opravljene storitve ali dobavljeno blago, ter predložitve garancij. Izvajalci, v kolikor bodo želeli pridobiti posel (ob predpostavki konkurenčnega trga), teh pogojev kaj dosti ne bodo mogli sooblikovati, ker če jih ne bodo sprejeli, jih bo sprejel nek drug izvajalec, zato pogosto pristanejo na pogodbe in predložijo bančno garancijo, tudi če ta presega vrednost posla.

Ob predpostavki poštenosti strank, predložitve bančne garancije sama po sebi predstavlja dober instrument zavarovanja, vendar pa je v primeru spora izrazito bolj zaščiten

upravičenec. Naročnik je tisti, ki bančno garancijo pridobi, zanjo tudi plača, nato pa nosi tudi večino rizikov v primeru njene zlorabe.

Strinjam se, da je bančna garancija zaradi svoje narave tako pogosto uporabljen instrument v poslovanju, saj omogoča hitro poplačilo upravičenca in predstavlja dobro kritje za primer nepravilne ali neizpolnitve pogodbe. Prav tako je potrebno biti pri njenih značilnostih zelo dosleden in zlorabe upoštevati kot izjemo in zato možne ugovore zlorabe razlagati ozko, saj bi bil sicer izgubljen smisel takega zavarovanja in bi praksa hitro iznašla drug primeren instrument za doseg istega cilja. Vendar pa je v primeru očitne zlorabe potrebno zaščititi naročnika in mu omogočiti učinkovito varstvo pravic. Dandanes se za to uporablja predvsem institut začasne odredbe, pri izdaji le-te pa je sodna praksa precej zadržana. Sodna praksa bi morala najti ravnovesje med pravicami upravičenca in na drugi strani do zaščite naročnika v primeru zlorabe.

Vprašanje, ki se mi je pogosto porajalo med pisanjem naloge je tudi, kaj so morebitne alternative bančni garanciji. To bi lahko predstavljala kavcijska zavarovanja, ki jih izdajajo zavarovalnice. Pri kavcijskih zavarovanjih so tveganja, predvsem na strani naročnika zelo zmanjšana, vendar pa se s tem povečajo zahteve do upravičenca. Izplačilo se pri tej obliki zavarovanja ne izvede tako hitro in enostavno kot pri bančni garanciji, saj mora upravičenec izkazati kršitve naročnika in zato torej izkazati razlog za unovčitev zavarovanja, česar pa mu pri bančni garanciji ni potrebno. Taka zavarovanja imajo torej povezavo z glavno pogodbo, zato so možni tudi ugovori, da do kršitve temeljne pogodbe ni prišlo in da zato ne obstaja razlog za unovčitev. S presojo in oceno dejanskega stanja se tako zmanjša možnost zlorab in neupravičenih izplačil garantiranih zneskov. Kavcijska zavarovanja so praviloma tudi cenejša od bančnih garancij, višina premije pa se izračuna na podlagi ocene tveganosti posla. Kot taka bi torej lahko bila dobra alternativa bančnim garancijam, saj prav tako zagotavljajo izplačilo upravičencu, obenem pa so manj tvegana možnost za naročnika. Vendar pa so bančne garancije, kot neakcesorne in predvsem brez možnosti ugovorov za upravičenca boljše rešitev. Ker pa pogoje, ki jih mora izvajalec izpolnjevati pogosto določa investitor, bo ta izbral zanj ugodnejšo rešitev. Odvisno je torej, v kakšnem pogajalskem položaju je izvajalec.

Seveda pa je ob koncu potrebno dodati, da zlorabe niso temeljni namen sklepanja pogodb in so kot take mnogo redkejše, kot pa pravilna izpolnitev in dobro sodelovanje med strankami pogodb. Namen prava in sodišč je ravno v tem, da se zadosti pravici in izogne zlorabam, v kolikor pa do njih pride, pa je potrebno zagotoviti učinkovito sodno varstvo ter preprečiti neupravičene obogatitve.

7. VIRI IN LITERATURA

7.1 LITERATURA

- Cigoj, Stojan: KOMENTAR OBLIGACIJSKIH RAZMERIJ, Veliki komentar zakona o obligacijskih razmerjih, IV. knjiga, ČZ Uradni list SRS, Ljubljana 1986.
- Galič, Aleš, Jan, Matjaž, Hinko Jenull: ZAKON O IZVRŠBI IN ZAVAROVANJU S KOMENTARJEM NOVELE IN UVODNIMI POJASNILI, GV Založba, Ljubljana 2002.
- Jus, Miran: BANČNE GARANCIJE IN SORODNI INSTRUMENTI FINANCIRANJA TRGOVINE (1. natis), Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2010.
- Kayemle Longuwa, Grace: THE FRAUD EXEPTION IN BANK GUARANTEE, February 2008. URL: https://open.uct.ac.za/bitstream/handle/11427/4645/thesis_law_kymgra001.pdf?sequence=1 (12.01.2017).
- Kozolchyk, Boris: BANK GUARANTEES AND LETTERS OF CREDIT: TIME FOR A RETURN TO THE FOLD, University of Arizona Collage of Law, Arizona, 1989.
- Kranjc, Vesna: Preprečitev zlorab ob unovčitvi neodvisnih bančnih garancij, v: Podjetje in delo 1/2013/XXXIX, pp. 5-20.
- Kranjc, Vesna: Pogoji v neodvisni bančni garanciji, v: Podjetje in delo 6-7/2012/XXXVIII, pp. 1181-1190.
- Plavšak, Nina, Juhart, Miha: OBLIGACIJSKI ZAKONIK S KOMENTARJEM (splošni del, 1. knjiga), GV Založba, Ljubljana 2003.
- Plavšak, Nina, Juhart, Miha: OBLIGACIJSKI ZAKONIK S KOMENTARJEM (posebni del, 4. knjiga), GV Založba, Ljubljana 2003.
- Sekolec, Jernej: »Plačaj takoj, ugovarjaj kasneje«: neodvisna bančna garancija in stand-by akreditiv, v: Pravna praksa št. 3/1997, pp. priloga str. I-VIII.
- Schmalzl, Stephan, Amlacher, Norbert: BANK GUARANTEES – ABUSE OF RIGHTS WHEN DEMANDING PAYMENT, URL: <http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Banking/Austria/Graf-Pitkowitz/Bank-guarantees-abuse-of-rights-when-demanding-payment> (10.12.2016).

7.2 PREDPISI

- Konvencija združenih narodov o neodvisnih bančnih garancijah in stand-by akreditivih (*Unated Nations Convention on independent guarantees and stand-by letters of credit*), New York 1995, v veljavi od 2000.

- ICC Uniform Rules for Demend Guarantees (RDG), Publicatin No. 758, 2010.
- Obligacijski zakonik, Uradni list RS, št. 97/07.
- Zakon o obligacijskih razmerjih, Uradni list SFRJ, št. 29/1978, 3/1985 in 57/1989.
- Zakon o bančništvu (ZBan-1), Uradni list RS, št. 99/10; prenehal veljati 25.06.2016.
- Zakon o bančništvu (ZBan-2), Uradni list RS, št. 25/15 in 44/16 – ZRPPB.
- Zakon o zavarovalništvu (ZZavar); Uradni list RS, št. 99/10 – uradno prečiščeno besedilo, 90/12, 56/13, 63/13 – ZS-K in 93/15 – ZZavar-1.
- Zakon o zavarovalništvu (ZZavar-1); Uradni list RS, št. 93/15.
- Zakon o izvršbi in zavarovanju (Uradni list RS, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 53/14, 58/14 – odl. US, 54/15 in 76/15 – odl. US).

7.3 SODNA PRAKSA

- VSRS sklep III DoR 45/2014, z dne 23.09.2014.
- VSRS sklep III Ips 145/2014, z dne 21.06.2016.
- VSM sodba I Cpg 152/2007, z dne 02.07.2007.
- VSL sklep I Cpg 298/2014 z dne 19.02.2014.
- VSL sklep I Cpg 463/2014 z dne 19.03.2014.
- VSL sodba Cpg 99/93 z dne 21.09.1993.
- VSL sklep I Cpg 807/2014 z dne 13.05.2014.
- VSL sklep I Cpg 205/2012 z dne 25.04.2012.
- VSL sklep I Cpg 1557/2012 z dne 06.02.2013.
- VSL sklep I Cpg 852/2013, z dne 09.07.2013.
- VSL sodba I Cpg 683/2012 z dne 28.08.2013.
- VSL sodba I Cpg 2001/2014 z dne 12.05.2015.