

AMERIŠKA JUDIKATURA (AKREDITIVI IN BANČNE GARANCIJE): AMERICAN EXPRESS BANK LTD. V. BANCO ESPAÑOL DE CREDITO

Miran Jus,

magister ekonomskih znanosti in doktor pravnih znanosti, izvršni direktor za strukturirano financiranje in pravne zadeve, Korona inženiring, d. d., Ljubljana, docent za gospodarsko pravo, Ekonomska fakulteta Univerze v Ljubljani

1. UVOD

Dokumentarni in *stand-by* akreditivi ter bančne garancije, kljub ponekod zaradi krize porušenemu ali zamajanemu zaupanju v banke, ostajajo med najpomembnejšimi finančnimi instrumenti, ki se v poslovni praksi pogosto uporabljajo za zaščito pred riziki neplačil in kot učinkovite osebnepravne varščine (angl. *personal securities*) za zaščito pred riziki neizpolnitev drugih obveznosti dolžnikov iz različnih komercialnih in finančnih pogodb ter drugih osnovnih razmerij. Poleg redkih formalnih in spoznavnih pravnih virov je za njihovo uporabo poleg običajev in pravil avtonomnega mednarodnega gospodarskega prava nadvse pomembna tudi judikatura. Ta je v svetu po uveljavitvi teh instrumentov v sedemdesetih letih prejšnjega stoletja izredno bogata in zanimiva ter te instrumente in z njimi povezane obveznosti ne samo razlaga (lat. *optimus rerum interpret usus*), pač pa tudi močno vpliva na njihove učinke, zaščitno vrednost in uporabo teh instrumentov v poslovni in bančni praksi.

Na področju bančnih dokumentarnih poslov sta zaradi razvitosti pravnih sistemov ter močne vpetosti njunih finančnih trgov v mednarodne gospodarske odnose posebej pomembni angleška in ameriška sodna praksa, ki ju pogosto upoštevajo tudi sodišča v drugih državah. Med novejšimi pomembnimi primeri s področja bančnega prava, ki je in nedvomno tudi še bo deležen precejšnje pozornosti teorije in judikature, je tudi sodba newyorškega

okrožnega sodišča v zadevi *American Express Bank Ltd. v. Banco Espanol de Credito*.¹

Omenjena sodba je pomembna iz več razlogov. Prvič, ker je tokrat newyorško sodišče samostojne bančne garancije (angl. *independent bank guarantees*) izrecno izenačilo z njihovimi v svetu in v določeni meri tudi pri nas vse pogostejše uporabljanimi ameriškimi ekvivalenti, tj. *stand-by* akreditivi (angl. *stand-by letters of credit – L/C*). Drugič, od ameriškega sodišča se je v tem sporu zahtevalo, da odloči, kakšen vpliv ima odločba tuje arbitraže o sporu strank iz osnovne pogodbe (angl. *underlying contract*) na pravice in obveznosti iz akreditivov oziroma samostojnih garancij oziroma kontragarancije. Sodba je torej pomembna, ker se ukvarja z njihovo neodvisnostjo in pravno ločenostjo od drugih razmerij ter z mejami te samostojnosti, kar je še posebej pomembno ter celo ključno za njihove učinke in zaščitno vrednost, in to še posebej takrat, kadar se ti instrumenti, kar je v mednarodnih poslovnih transakcijah dokaj pogosto, izdajajo posredno (angl. *indirect guarantees*). Dejstvo je, da so samostojne bančne garancije in akreditivi iznajdba mednarodne poslovne oziroma bančne prakse ter kot produkt avtonomnega gospodarskega prava redko ali kvečjemu pomanjkljivo urejeni v nacionalnih civilnih zakonodajah. Zato je judikatura za te instrumente še toliko bolj pomemben pravni vir, meje neodvisnosti teh finančnih instrumentov od osnovnih pogodb in drugih razmerij pa v največji meri postavljajo prav sodišča, ki v izjemnih primerih (fr. *aléa exceptionnel*) jasnih bistvenih prevar oziroma zlorab beneficiarjevih pravic lahko odstopajo od načela samostojnosti teh obveznosti. Glede na standarde, ki se v zvezi s primeri *unfair calling*-a v teoriji in judikaturi razvijajo ter postavljajo za upravičenost sodnega vpletanja v avtonomijo strank ter zoper neodvisnost teh izjemno pomembnih finančnih instrumentov, pa je obravnavani primer ne nazadnje ilustrativen tudi za analizo ameriške sodne akreditivne prakse, pri čemer naj poudarim, da imajo sodbe sodišč iz New Yorka, ki je vodilni svetovni trgovinski in finančni center, še posebej velik pomen za pravo mednarodnih plačil, ki se nanaša na akreditive in bančne garancije ter njihovo uporabo v poslovni in bančni praksi.

2. DEJSTVA IN SPORI, KI SO VODILI DO POSTOPKA

Leta 1995 je pakistanska vladna agencija Water and Power Development Authority s špansko inženiring družbo Isolux Wat S.A. sklenila pogodbo

¹ District Court for the Southern District of New York – 597 F. Supp. 2d 394 (S.D.N.Y. 2009).

o izgradnji dveh elektrarn v vrednosti 35 milijonov USD. Investitorju (koristniku glavnih garancij) je za kritje obveznosti izvajalca lokalna podružnica American Express Bank po nalogu izvajalčeve Banco Español de Crédito izdala dve neodvisni garanciji na prvo zahtevo koristnika (angl. *guarantees on first demand*), ki sta kot potestativni garancijski pogoj predpisovali predložitev njegove pisne izjave o neizpolnitvi obveznosti izvajalca (angl. *written statement of default*). Regresna pravica lokalne banke – izdajateljice glavnih garancij (angl. *main guarantees*) je bila krita z izdano neodvisno kontragarancijo (angl. *counter-guarantee*) španske banke na prvo zahtevo, ki ni bila vezana na soglasje kontragaranta, nalogodajalca za izdajo kontragarancije ali tretje osebe.

Ker, kot je videti (sodišče namreč v sodbi o tem ni šlo v podrobnosti), izvajalec ni hotel dokončati nekih popravil, je med strankama osnovne pogodbe leta 2004 nastal spor, nato je izvajalec na podlagi arbitražne klavzule iz osnovne pogodbe pred arbitražo Mednarodne trgovinske zbornice – MTZ (International Chamber of Commerce – ICC), katere odločba v sporu iz ali v zvezi z osnovno pogodbo naj bi bila po sporazumu strank dokončna in zavezujoča (angl. *final and binding*), sprožil postopek za plačilo denarne odškodnine in vrnitev izdanih garancij ter sočasno pred španskim sodiščem pridobil začasno sodno prepoved plačila kontragarancije. Pet mesecev pozneje je investitor (koristnik glavnih garancij) obvestil lokalno banko, da izvajalec ni izpolnil garantiranih obveznosti, in zahteval honoriranje garancij, izdajateljica glavnih garancij pa je v pričakovanju plačila in zaradi bojazni glede regresiranja plačanih zneskov od banke – kontragaranta zahtevala plačilo kontragarancije, kar je le-ta zaradi sodne prepovedi zavrnila. Ob tem, da je koristnik glavnih garancij v Pakistanu vložil tožbo, je pristojna arbitraža 6. februarja 2007 odločila v prid izvajalcu, da naj ne bi bil investitorju nič dolžan, nasprotno pa naj bi bil investitor dolžan izvajalcu približno 788.066 USD, arbitri pa so ob tem investitorju tudi odredili, da naj odpove njemu izdani garanciji, ne glede na to pa si je koristnik pred pakistanskim sodiščem še naprej prizadeval za njihovo izvršbo. Še pred izdajo arbitražne odločbe (angl. *arbitral award*) je pakistanska podružnica ameriške banke (izdajateljica glavnih garancij) pred newyorškim okrožnim sodiščem zahtevala izdajo sumarne (hitre) sodbe (angl. *summary judgment*), ki naj bi brez opravljene glavne obravnave odločila o spornih pravnih vprašanjih in kontragarantu naložila obveznost reimbursiranja glavnega garanta, hkrati pa tudi izdajo ugotovitvene sodbe, da bo v primeru odločitve pakistanskega sodišča, da naj koristniku izplača garancijska zneska, upravičena do plačila kontragaranta.

3. IZ SODBE

Pristojno okrožno sodišče je uvodoma pravilno ter v skladu z doktrino,² judikatur³ in običajno mednarodno poslovno in bančno prakso *ugotovilo, da se za zadevni neodvisni garanciji in kontragarancijo (na prvo zahtevo) uporablja akreditivno pravo, ker te (dokumentarne) garancije s stand-by akreditivi delijo njihove opredelilne značilnosti, tj. bistvene značilnosti neodvisnosti in »pričakovanje strank, da bo [koristnik] prejel takojšnje plačilo, če bo predložil na videz veljavno potrdilo, da [nalogodajalec] ni izpolnil svojih obveznosti»*.⁴

Tudi tokrat je v tem novejšem primeru ameriško sodišče uporabilo v veliki večini dotedanjih primerov precej restriktivno interpretirano najpogostejšo izjemo, ko se v skladu s pravili iz 5-109. člena leta 1995 revidiranega Enotnega trgovinskega zakonika (Uniform Commercial Code (v nadaljevanju UCC)) in judikatur³ v ZDA v primeru jasnih, materialnih oziroma bistvenih prevar (bodisi v zvezi s samim instrumentom bodisi v zvezi z osnovno transakcijo), ponaredkov oziroma izkazanih očitnih zlorab koristnikovih pravic včasih v zvezi z zahtevo za plačilo akreditiva oziroma garancije lahko tudi odstopi od samostojne pravne narave takih jamčevalnih zavez (angl. *undertakings*), in v sodbi *ni ugodilo tožbenima zahtevkoma*. Pri tem je bilo sodišče mnenja, da so v luči arbitražne odločbe, ki je dokončno in zavezujoče za obe stranki odločila o njihovih pravicah in odgovornostih (res judicata) *ter od koristnika zahtevala, da odpove izdani (glavni) garanciji, nadaljnje zahteve koristnika odločno nezdržljive z obveznostmi koristnika glavnih garancij iz osnovne pogodbe ter prekludirane in da zahteve koristnika glavnih garancij, kakor tudi zahteva koristnice kontragarancije, nimajo nobene pravne ali dejanske podlage, in to ne po pogodbenem pravu ne po mednarodnem pravu in tudi ne po pravu države New York*,

² Glej o tem na primer v: R. Bertrams, nav. delo, str. 6–7, R. Goode, nav. delo (1985), str. 696 in nasl. (isti avtor v svojem nav. delu iz leta 1992, str. 8, 16 in 27, na primer trdi, da so izrazi garancije in podobna jamstva po tedanjih pravilih MTZ o garancijah na zahtevo (Publikacija MTZ št. 458) in *stand-by* akreditivi s pravnega vidika sinonimi, razlika med *stand-by* akreditivi in garancijami na zahtevo pa da ni pravna, pač pa v praksi in terminologiji), ter A. Davidson, nav. delo, str. 27, kjer ta pravi (vsi prevodi v članku so avtorjevi): »Oboji, neodvisne garancije in *stand-by* akreditivi, si delijo široko področje skupne uporabe in se pravno ne morejo razlikovati.«

³ Na primer *R. D. Harbottle (Mercantile) Ltd. v. National Westminster Bank Ltd.* ((1978) Q.B. 146/26, 1. 1977, 2 All E.R. 862), *Victory Carriers Inc. v. United States* (467 F. 2d. 1334; US Court of Claims – 1972) in *Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd. and Umma Bank (Court of Appeal of England*, 20. julij 1978, 6 BLR, 4; (1978) 1 Q.B. 159; (1978) 1 Lloyd's Rep. 166).

⁴ Po tem se ti instrumenti pomembno razlikujejo od jamstvenih zavarovanj (angl. *surety bonds*) in akcesornih garancij, izdanih iz naslova poročstva, pri katerih je obveznost zavarovatelja oziroma poroka sekundarna.

ki je dobesedno sprejela omenjeni člen UCC, saj naj bi plačilo neodvisne garancije, ko naj bi po odločbi arbitraže koristnik tudi odpovedal garanciji, olajšalo koristnikovo materialno prevaro izdajatelja oziroma nalogodajalca. Posledično naj bi po mnenju sodišča tožnica ne imela nobene obveznosti plačila svojih sicer samostojnih garancij, pri čemer je sodišče v tem postopku tudi odločilo, da niti ona niti koristnik nimata nobene verjetne pravice (angl. »colorable right«) za dobroverno zahtevo za plačilo izdanih glavnih garancij oziroma kontragarancije, ki krije regresno zahtevo izdajateljice glavnih garancij.

4. KOMENTAR ODLOČITVE NEWYORŠKEGA SODIŠČA

4.1. Kritike sodbe

V literaturi je bila odločitev sodišča že kritizirana kot napačna, češ da je odstopanje od načela samostojnosti obveznosti izdajateljev teh instrumentov neupravičeno in brez podlage v standardni mednarodni praksi *stand-by* akreditivov, pogodbenem in mednarodnem pravu ter pravu države New York. Prav tako naj bi bila odločitev newyorškega sodišča neustrezna, ker da ima zaradi pomena tega foruma za mednarodne komercialne in finančne oziroma akreditivne posle lahko tudi velik negativni vpliv na možnost nastanka medsebojnih sporov med strankami garancijskega posla v širšem pomenu besede in udeleženci takih poslovnih transakcij, še posebej kadar gre za posredne garancije ter *fronting* garancije in so glavne garancije krite z regresno pravico ter samostojno kontragarancijo nalogodajalčeve banke iz dolžnikove države. To po mnenju kritikov pomeni višje stroške izdajateljev teh instrumentov, kar vpliva na višje cene izdajanja teh samostojnih bančnih instrumentov, pa tudi na njihovo manjšo učinkovitost in komercialno uporabljivost, tudi kadar se ti finančni instrumenti izdajajo posredno na podlagi izdane kontragarancije. Odločitvi newyorškega sodišča v tem primeru pa se prav tako očita, da naj bi bila tudi v nasprotju s standardi oziroma vodili, ki jih je ameriška judikatura izoblikovala za izdajo (začasnih) sodnih prepovedi plačil garancijskih oziroma akreditivnih zneskov.⁵

4.2. Načelo neodvisnosti garancijskih obveznosti in odstopanje od tega načela zaradi zlorab

Vsekakor ameriško pravo, še toliko bolj po sprejemu in poznejši reviziji UCC z njegovim 5-103(d) členom,⁶ vključno z njihovo sodno prakso, kar je v veliki

⁵ O teh obširno elaboriranih kritikah v A. Kuznetsov, nav. delo, str. 62–99.

⁶ Omenjeni člen UCC, podobno kot to za akreditive oziroma samostojne bančne garancije določata tudi pri nas še veljavna oziroma na podlagi prehodnih in končnih določb

večini primerov podobno in dokaj enotno v teoriji in judikaturi tudi drugje v svetu, priznava samostojno pravno naravo *stand-by* akreditivov, ki so jih »izumile« newyorške banke in so danes v svetu vse bolj uveljavljeni ameriški pravni in ekonomski ekvivalenti ter ekonomsko gledano popolni substituti samostojnim bančnim garancijam na zahtevo.⁷ Pri tem ameriška sodišča uporabljajo doktrino o ločenosti in neodvisnosti bančnih garancij in akreditivov od osnovnih transakcij oziroma drugih razmerij (angl. *doctrine of distinct contracts*)⁸ kot logično posledico tega, da gre pri teh instrumentih za bančne dokumentarne posle, pri katerih velja načelo, da izdajatelji teh instrumentov »delajo z dokumenti, ne pa z blagom oziroma pravicami in obveznostmi iz osnovnih razmerij«.⁹ Ti instrumenti so zaradi ugleda in bonitete svojih izdajateljev ter prav zaradi njihove samostojne pravne narave, iz tega izvirajočih za koristnike ugodnih učinkov (»najprej plačaj, ugovarjaj (toži) pozneje«) in velike zaščitne vrednosti, kar velja tudi za kontragarancije oziroma *stand-by* akreditive v mednarodnih poslovnih transakcijah, zelo uveljavljeni v poslovni praksi kot učinkoviti osebnopravni oziroma finančni instrumenti zaščite pred riziki neizpolnitev in nepravilnih izpolnitev obveznosti dolžnikov iz različnih

iz drugega odstavka 1061. člena Obligacijskega zakonika – OZ-UPB1 (Ur. l. RS, št. 97/07) »smiselno uporabljana« 1074. in 1087. člen Zakona o obligacijskih razmerjih – ZOR (Ur. l. SFRJ, št. 29/78, 39/85, 52/89, 45/89 in 57/89) in pravila avtonomnega mednarodnega gospodarskega prava – na primer 5(a) in (b) člen Enotnih pravil o garancijah na zahtevo – EPGZ (Publikacija MTZ št. 758), 4. člen Enotnih običajev in prakse dokumentarnih akreditivov – EOPDA-600 (Publikacija MTZ št. 600), 1.06., 1.07. in 4.21. člen »Mednarodnih praks standby akreditivov« – ISP/98 (Publikacija MTZ št. 590) ter 3. in 6.(a) člen (UNCITRAL) Konvencije Združenih narodov o samostojnih garancijah in stand-by akreditivih z dne 11. decembra 1995 (<www.un.org/documents/ga/res/50/a50r048.htm> (26. 3. 2013); velja od leta 2000, ZDA so jo sicer podpisale, vendar ne ratificirale), izrecno govori o neodvisnosti teh instrumentov od obveznosti iz osnovnih in drugih razmerij.

⁷ M. Jus, nav. delo (1989), str. 479 in nasl.

⁸ Te obligacijskopravne varščine drugače kot stvarnopravne učinkujejo *inter partes* (angl. *privity of contracts*), njihova neakcesornost pa beneficiaryem nudi učinkovito pravno zaščito, saj se z izdajo takih samostojnih instrumentov in njihovo preprosto unovčljivostjo v skladu s pogodbeno voljo strank breme morebitnega dokazovanja neizpolnitev ali nepravilnih izpolnitev garantiranih obveznosti glavnega dolžnika iz osnovne pogodbe z upnika vsaj začasno do morebitnega uspešnega kondikcijskega ali odškodninskega zahtevka prenese na dolžnika (nalogodajalca za izdajo take garancije), ki v postopku sodnega ali arbitražnega reševanja sporov na primer dokaže, da je svoje obveznosti pravilno izpolnil in da je bil zato zaradi honoriranja garancije oškodovan, koristnik pa neupravičeno obogaten (angl. *unjust enrichment*).

⁹ Po 1.06(a) členu ISP/98 so *stand-by* akreditivi, ki so se razvili iz tradicionalnih komercialnih dokumentarnih akreditivov in so dejansko bančne garancije, izdane v formi akreditiva, instrumenti z zavezujočo, nepreklicno, samostojno in dokumentarno zavezo njihovih izdajateljev. O teh akreditivih, njihovi pravni naravi in ameriški judikaturi glej tudi M. Jus, nav. delo (2010), str. 118–131, 152, 181–185 in 418–434.

osnovnih razmerij, predvsem pri bolj zahtevnih in dolgotrajnejših poslih večje vrednosti.

S tega vidika bi zaradi samostojnosti akreditivne obveznosti newyorško sodišče tožnici moralo ugoditi, vendar pa neodvisnost teh instrumentov tudi po ameriškem pravu ni in ne sme biti absolutna. Daleč najpomembnejše izjeme, ko se tudi po ameriškemu pravu sodišča lahko vpletajo in zoper pogodbeno svobodo strank, ki dogovarjajo take obveznosti, odstopajo od samostojne narave teh jamčevalnih obveznosti, so tudi nesoglasja in spori med strankami osnovnih pogodb, ko gre za očitno ali precej verjetno izkazane prevare koristnikov v zvezi z akreditivi in njihovimi osnovnimi transakcijami oziroma materialne prevare koristnikov teh instrumentov in ko so ameriška sodišča tudi že pred sprejemom tega pravila leta 1978 v 5-114(2) oziroma zdaj v 5-109. členu leta 1995 revidiranega UCC (t. i. *fraud rule*) kot »sredstvo v skrajni sili« (lat. *ultimum remedium*) včasih izdajala začasne (predhodne) ali celo trajne odredbe, na primer sodne prepovedi plačil akreditivnih zneskov.¹⁰ S tem ameriška sodišča uveljavljajo staro pravno pravilo, da prevara povzroči neveljavnost (angl. *fraud unravels all*), zahteva koristnika garancije, za katero ta ve, da ni upravičena, pa je seveda zoper dobro vero in temeljno načelo vestnosti in poštenja.¹¹

Pri sporih v zvezi z izdanimi garancijami se torej nalogodajalci za izdajo garancij oziroma akreditivov s takimi postopki pred ameriškimi sodišči lahko včasih uspešno zaščitijo pred riziki *unfair calling*-a, kadar bi koristniki teh instrumentov v nasprotju s temeljnimi načeli obligacijskega prava zlorabljali svoje

¹⁰ Odstopanje od samostojne narave takih in podobnih obveznosti pozna sodna praksa vsaj že od leta 1765 – *Pillans v. Van Mierop* ((1765) 3 Burr 1663, 97 ER 1035). Vodilni in najpomembnejši tak primer iz ameriške judikature o akreditivih je *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp.* ((1941), 31. N.Y. Supp. (2d) 631), ko se je sodišče zaradi prevare (indijski kupec je namesto dogovorjenega blaga dobavil odpadke) odločilo, da bo banki, kateri je bila sicer predložena zahteva koristnika, ki je bila skladna z akreditivnimi pogoji, ob dokazani prevari prepovedalo plačilo izdanega akreditiva. Obrazložitev iz te sodbe *Vrhovnega sodišča države New York* je bila široko sprejeta in »kodificirana« v UCC, sodbi pa so sledila številna sodišča v ZDA in drugod (glej v M. Jus, prav tam, str. 424-425). Newyorško sodišče v obravnavani sodbi v zvezi z začasnimi odredbami navaja tudi naslednje mednarodne gradbene spore, ko so ameriška sodišča bankam izdala take prepovedi plačil, pri čemer pa sodišče ni elaboriralo, kako ti citirani primeri podpirajo sprejeto odločitev: *Brenntag Int'l Chem. Inc. v. Bank of India* (175 F.3d 245 (2d Cir. 1999)), *Rockwell Int'l Systems Inc. v. Citibank NA* (719 F.2d 583 (1983 USCA 2 Cir.)), *Roman Ceramics Corp. v. Peoples Nat'l Bank* (714 F.2d 1207 (3d Cir. 1983)), *3Com Corp. v. Banco do Brasil* (171 F.3d 739 (2d Cir. 1999)), *Ground Air Transfer, Inc. v. Westates Airlines, Inc.* (899 F.2d 1269 (1st Cir. 1990)) in *Recon/ Optical, Inc. v. Government of Israel* (816 F.2d 854 (2d Cir. 1987)).

¹¹ Glej 5. člen OZ.

pravice¹² in bi od njihovih izdajateljev zahtevali plačila ne glede na dospelost in pravilnost izvršitev garantirane obveznosti glavnega dolžnika iz osnovne pogodbe. Tak upravičen odstop od siceršnje neodvisnosti teh jamčevalnih obveznosti po mojem mnenju, v nasprotju z mnenjem prej omenjenega kritika sodbe newyorškega sodišča, predstavlja tudi omenjena arbitražna odločba, ki je dokončno in zavezujoče odločila, da izvajalec investitorju ni bil nič dolžan, in celo zahtevala odpoved izdanih garancij, ki so bile sicer res izdane kot neodvisne, vendar je tudi v ameriški judikaturi pripoznano, da je preprečevanje prevar z začasnimi odredbami vsaj toliko potrebno kot spodbujanje uporabe teh instrumentov, za katere so se dogovorile pogodbenne stranke v mednarodni trgovini,¹³ pri čemer pa zahteva vpletanje sodišč v samostojno naravo takih jamstvenih obveznosti bank zaradi njihovega ugleda ter integritete in komercialne uporabljivosti teh instrumentov posebno previdnost.¹⁴

Čeprav sicer argumenti za stališče o nepravilnosti odločitve newyorškega sodišča, ki izhajajo iz samostojnosti takih garancijskih obveznosti, *per se* vsaj načeloma držijo, gre v tem primeru po mojem mnenju vendarle za upravičeno odstopanje od načela samostojnosti, saj kljub samostojni naravi garancij, ki so bile v tem primeru plačljive na prvo zahtevo in ob predložitvi pisne izjave koristnika o neizpolnitvi garantiranih obveznosti (obe glavni garanciji) in ne glede na morebitne spore z garantom, nalogodajalcem ali tretjo stranjo, ne moremo zagovarjati vztrajanja pri plačilu takih garancij tudi v primerih, ko so ob zahtevi aktivno legitimiranega koristnika ali drugega pooblaščenega predložitelja (angl. *presenter*), ki je sicer morda skladna z garancijskimi pogoji (t. i. skladna predložitev – angl. *complying presentation*), podani jasni dokazi, da so bile garantirane obveznosti glavnega dolžnika iz osnovne pogodbe pravilno izpolnjene in da za zahtevo koristnika garancije ni ustrezne podlage (angl. *conceivable basis*) v osnovni pogodbi; in to ne glede na dejstvo, ali ima oškodovanec na voljo učinkovita pravna sredstva, da od koristnika garancij pozneje dobi nadomestilo utrpele škode oziroma povrnjen neupravičeno izplačan znesek garancij. Dokončna arbitražna odločba, čeprav se po vsebini nanaša na od garancij pravno ločene odnose iz osnovnega razmerja, je namreč gotovo eklatanten primer takega dokaza materialne prevare oziroma izkazane očitne fravdolozne zahteve oziroma zlorabe koristnikovih pravic, ki jih sodišča s svojimi odločitvami, ki bi temeljile na neodvisnosti teh instrumentov, ne bi smela podpirati.

¹² Glej 12. člen OZ.

¹³ *Dynamics Corp. of America v. Citizens & Southern National Bank* (356 F. Supp. 99, 1000 (N.D. Eq 1973)) in *Itek Corp. v. The First Nat'l Bank of Boston* (511 Supp. 1341, 1351 (D. Mass. 1981)).

¹⁴ *Roman Ceramics* (714 F.2d 1213) in *Southern Energy Homes, Inc. v. AmSouth of Alabama* (709 So. 2d 1185-86 (Ala. 1998)).

Iz tega razloga, ko gre torej za upravičeno odstopanje od načela samostojnosti akreditivnih oziroma garancijskih obveznosti, odločitev newyorškega sodišča ne more biti resno zamajana zaradi argumentov kritike, da se je arbitražna klavzula nanašala zgolj na osnovno pogodbo, da so bile pristojnosti arbitraže prekoračene (lat. *ultra petita*) in da je zato zadevna odločba arbitraže (ki je bila po dogovoru strank osnovne pogodbe pristojna za dokončno in zavezujočo odločitev o razlikah, sporih in vprašanjih, ki se nanašajo na osnovno pogodbo ali so z njo v zvezi) nerelevantna za neodvisna garancijska razmerja, pri čemer tudi pravo zvezne države New York priznava dokončnost mednarodnih arbitražnih odločb, za kar sta se stranki dogovorili v arbitražni klavzuli osnovne pogodbe.¹⁵ Zato se tudi v tem primeru niso uporabile in se tudi ne morejo uporabiti določbe 10. oddelka ameriškega Zveznega arbitražnega zakona (Federal Arbitration Act), določbe člena 190(1)(c) švicarskega zakona o mednarodnem zasebnem pravu iz leta 1987, ki se ob potrebni restriktivni razlagi taksativno naštetih razlogov za izpodbijanje arbitražnih odločb uporablja pri dogovorjenem arbitražnem postopku, ter določbe členov III in V-1(c) v svetu široko uporabljane ter tudi v ZDA in Pakistanu ratificirane (newyorške) Konvencije Združenih narodov o priznanju in izvrševanju tujih arbitražnih odločb iz leta 1958,¹⁶ ki veljavnost, priznanje in izvršljivost dokončnih arbitražnih odločb vežejo na odločitve, za katere je arbitraža pooblaščen, ne pa tudi na odločbe, pri katerih so arbitraže pri svojih odločitvah šle preko meja predloženih zahtevkov (lat. *punctum*) oziroma svojih pooblastil.

Res je, da v našem primeru za plačilo izdane (brezpogojne) kontragarancije na zahtevo glede na njeno besedilo ni bil postavljen noben izvengarancijski pogoj, še najmanj pogoj sodne ali arbitražne odločbe v korist upnika oziroma beneficiaryja, kar bi v tem primeru pomenilo, da bi bila garancijska obveznost akcesorna, ob tem pa je bila tudi izdana kontragarancija brezpogojna (angl. *unconditional*) in neodvisna od osnovne pogodbe. Vendar je šlo v pred newyorškim sodiščem obravnavanem primeru za izjemo in odstopanje od načela samostojnosti teh jamstvenih obveznosti, in sicer zaradi uporabe uveljavljenega pravila o (materialni) prevari oziroma zlorabi koristnikovih pravic, ki je bilo upravičeno zaradi dokončne arbitražne odločbe, iz katere je jasno izhajalo, da so bile obveznosti glavnega dolžnika iz osnovne pogodbe izpolnjene in da koristnik zato nima nobene utemeljene pravice unovčevati

¹⁵ Pri svoji odločitvi se je newyorško sodišče v zvezi s tem oprlo na odločitev v sporu *Synergy Gas Corporation v. Sasso* (835 F.2d 59, 63-64 (2d Cir. 1988)), ki navaja tudi citate iz sodbe v zadevi *Ottley v. Schwartzberg* (819 F.2d 373, 376 (2d Cir. 1987)), v podporo svojemu stališču pa je navajalo tudi citate iz sodbe v primeru *Guard-Life Corporation v. S. Parker Hardware Manufacturing Corporation* (428 N.Y.S.2d 628 (N.Y. 1980)).

¹⁶ Glej Zakon o ratifikaciji Konvencije o priznanju in izvrševanju tujih arbitražnih odločb (Ur. l. SFRJ – MP, št. 11/88).

garancij, ki krijejo te obveznosti glavnega dolžnika. S tega vidika gre torej po mojem mnenju v tem primeru zgolj za »navidezno« nasprotno stališče od stališča *pritožbenega oddelka Vrhovnega sodišča države New York* v primeru *Banco Nacional De Mexico, S.A. v. Société Générale* (820 N.Y.S.2d 588 (N.Y. App. Div. 2006)). V tem primeru je mehiški vladni agenciji lokalna banka honorirala *stand-by* akreditiva, med nalogodajalci, ki jim je uspelo pridobiti začasno odredbo o prepovedi plačila, in koristnikom pa sta se začela arbitražna spora, nato pa je potrdilna banka (angl. *confirming bank*) tožila akreditivno banko (angl. *issuing bank*) za reimbursiranje plačanega zneska. *Pritožbeno sodišče v New Yorku je odločilo, da mora akreditivna banka zaradi načela neodvisnosti odnosov med bankama od odnosov iz osnovne pogodbe honorirati predloženo zahtevo koristnika, ki je bila strogo skladna* (angl. *strict compliance*) *z akreditivnimi pogoji, ne glede na spor oziroma arbitražno odločbo, ki zadeva osnovno pogodbo*. Neodvisnost takih jamčevalnih obveznosti je seveda pravilo, ki ga ameriška zakonodaja in judikatura, kot rečeno, priznavata, sam obstoj spora iz pravno ločenega osnovnega razmerja pa seveda še ni tudi zadosten pogoj za uporabo predstavljene in nujno restriktivno interpretirane izjeme od samostojnosti teh instrumentov (materialna prevara),¹⁷ ki je temeljila na dokončni odločbi arbitraže v tukaj obravnavanem poznejšem sporu. Tako je po mojem mnenju v obravnavanem primeru newyorško sodišče pravilno uporabilo izjemo iz člena 5-109(b) UCC ter o sporu odločilo v skladu s tudi že pred sprejemom tega zakonika prevladujočimi stališči ameriške judikature o izdaji začasnih odredb, saj je bilo z dokončno arbitražno odločbo zadovoljeno tudi standardu, da tožnik obstoj (materialne) prevare v takem postopku dokaže v tej meri, da je že na prvi pogled verjetno in z zadostnimi oziroma jasnimi dokazi o dovolj resni prevari podprto, da bo primer pred sodiščem dobil (t. i. *prima facie case*).¹⁸

5. ZAKLJUČNE UGOTOVITVE

Dokončna arbitražna odločba, s katero se presodi, da glavni dolжник svojemu upniku in koristniku izdane garancije ni dolžan ničesar, da je torej svoje garantirane obveznosti iz osnovne pogodbe pravilno izpolnil oziroma da za njihovo morebitno neizpolnitev ni odgovoren, je eklatanten primer neupravičenega

¹⁷ O čemer se strinjajo tudi avtorji uradnega komentarja 1 (k 5-109. členu revidiranega) UCC (Uniform Commercial Code (1995 Official Text with Comment), West Publishing Co., St. Paul 1996, str. 403), ko trdijo, da koristnik akreditiva nima nobene pravice pričakovati plačilo, kadar za to ni nobene dejanske podlage. Glej tudi *Intraworld Industries v. Girard Trust Bank* (461 Pa. 343 (1975)).

¹⁸ *Brenntag Int'l* (175 F.3d 249-51), *Itek Corp.* (730 F.2d 24-25 (1st Cir. 1984)) in *Rockwell Int'l* (719 F. 2d. 583).

unovčevanja za te obveznosti izdane garancije na zahtevo, še posebej če se za zadostni dokaz utemeljenosti zatrjevanja *unfair calling*-a, ki kot vsaj potreben pogoj upravičuje nehonoriranje neodvisne garancije, lahko šteje med drugim že tudi podpisano potrdilo o (končnem) prevzemu (angl. *(final) take-over certificate*) – če na primer neodvisni inženir potrdi, da v pogodbenem roku niso bile reklamirane skrite napake (ali da je izvajalec del svoje pogodbene obveznosti pravilno izpolnil). Arbitražna odločba o izpolnitvi obveznosti glavnega dolžnika je gotovo še bolj očiten dokaz neutemeljenosti zahteve upnika za plačilo garancije kot omenjeno potrdilo svetovalnega inženirja, vendar bo zaradi narave in značilnosti teh poslov ter arbitražnih postopkov odločba arbitraže v praksi nalogodajalcu za izdajo garancije redko na voljo, ko bi ta želel s sodno odredbo koristniku oziroma banki garantu prepričati honoriranje garancij.¹⁹ Arbitražna odločba, ki je dokončno odločila o izpolnjenih garantiranih obveznostih in s tem vsaj implicitno tudi o neupravičenosti koristnikove zahteve, je bila verjetno tudi razlog, da sodišče v tem analiziranem primeru, na kar se je nanašala tudi kritika obravnavane odločbe, poleg zadosti jasnih dokazov o prevari – in kar je sodišče v našem primeru očitno štelo ne samo kot potrebni, pač pa tudi že kot zadostni pogoj – ni ugotavljalo tudi nekaterih dejstev in izpolnjevanja drugih pogojev, ki jih ameriška judikatura kot izoblikovan pravni standard sicer ponavadi tudi zahteva za izdajo začasnih odredb, s katerimi se na primer bankam izdajateljicam prepove honoriranje izdanih samostojnih bančnih garancij.

V zvezi z bistvenimi prevarami, ki so v izjemnih primerih lahko upravičen razlog za izdajanje takih začasnih sodnih odredb in odstopanje od samostojnosti akreditivnih oziroma garancijskih obveznosti, se je ameriška judikatura trudila izoblikovati standarde in vodila o tem, kakšna ravnanja in razmere so potrebni za izdajo takih odredb, da je na primer prevara koristnika dovolj resna in očitna. Pri teh postopkih (angl. *(interlocutory) injunction procedures*) na primer ameriška sodišča v nekaterih okrožjih opravljajo test »uravnoteženosti pravic« strank v sporu (angl. *»balancing of the equities« test*) in (začasne) sodne prepovedi honoriranja garancij oziroma akreditivov izdajajo, če je izkazano, da bi bile tožnikove težave ob zavrnitvi zahtevane sodne prepovedi večje od toženčevih, če bi dobil tako prepoved, ob tem pa tudi, da mu brez izdaje sodne prepovedi grozi nepopravljiva škoda (angl. *irreparable harm/injury*),²⁰ ki je od koristnika pozneje po končni rešitvi spora ne bi mogel povrniti ali bistveneje omiliti (restitucija oziroma satisfakcija). To zajema tudi primere škod, ki ne bi

¹⁹ M. Jus, nav. delo (2010), str. 394 in 470–471.

²⁰ Test nepopravljive škode je v ameriški judikaturi na primer elaboriran tudi v primeru *Caulfield v. Board of Education* ((583 F.2d. 605 (2d Cir. 1978)), v angleški pa v primeru *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.* ((1975) AC 396).

mogle biti povrnjene, na primer zaradi nesolventnosti²¹ oziroma neobstoja beneficijarjevih sredstev v ZDA, škode, ki jih razsodba na denarni znesek ne more odpraviti,²² težave z dokazovanjem zneska škode²³ ter, kot izhaja iz odločitev tudi v drugih t. i. iranskih primerih, tudi z neobstojem pravnih sredstev²⁴ in forumom za reševanje sporov.

Pri vsem tem gre v ameriški sodni praksi za dokaj fleksibilne kriterije, ki jih ameriška sodišča v posameznih primerih uporabljajo tudi tako, da privedejo do različnih rezultatov, v tukaj obravnavanem primeru pa ti razlogi zelo verjetno niso bili podani in jih newyorško sodišče tudi ni obravnavalo.

²¹ *Brenntag Int'l* (175 F.3d 250) in *Centauri Shipping Ltd. v. Western Bulk Carriers KS* (528 F. Supp. 2d 186, 194 (S.D.N.Y. 2007)).

²² *JSG Trading Corp. v. Tray-Wrap, Inc.* (917 F.2d 75, 79 (2d Cir. 1990)).

²³ *Rockwell Int'l* (719 F.2d. 586).

²⁴ *Itek Corp.* (730 F.2d 22) ter *Foxboro Co. v. Arabian American Oil Co.* (805 F.2d 34 (1st Cir. 1986)) in *Southern Energy Homes* (709 So. 2d 1187). V zadnjih dveh primerih, ki sta se nanašala na stranke v Savdski Arabiji oziroma Nemčiji, ni bila izkazana nepopravljiva škoda, saj so bila nalogodajalcem na voljo pravna sredstva (angl. *remedies*) za reševanje medsebojnih sporov in povrnitev neupravičeno izplačanih akreditivnih zneskov.

Literatura

- Roeland I. V. F. Bertrams: Bank Guarantees in International Trade, second revised edition/second reprint. ICC Publishing S.A./Kluwer Law International, Paris – New York/The Hague – London – Boston 1998.
- Alan Davidson: Fraud and the UN Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit, v: George Mason Journal of International Commercial Law, 1 (2010) 1, str. 25–47.
- Roy M. Goode: Commercial Law. Penguin Books, Harmondsworth Middlesex 1985.
- Roy Goode: Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees. ICC Publication No. 510, ICC, Paris 1992.
- International Standby Practices (ISP/98), ICC Publication No. 590.
- Miran Jus: Stand-by akreditiv, v: Pravnik, 44 (1989) 11/12, str. 479–488.
- Miran Jus: Bančne garancije in sorodni instrumenti financiranja trgovine. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2010.
- Andrey V. Kuznetsov: Sacrificing the Utility of Counter-Guarantees and Counter-Standby Letters of Credit for International Infrastructure Projects by Neglecting the Virtues of Strict Adherence to the Independence Principle: American Express Bank Ltd. v. Banco Espanol de Credito, v: George Mason Journal of International Commercial Law, 2 (2010) 1, str. 62–99.
- Ljiljana Maurović: Bankarsko pravo. Sveučilište Jurija Dobrile u Puli, Odjel za ekonomiju i turizam »Dr. Mijo Mirković« i Mikrorad d.o.o., Zagreb 2009.
- Performance Bonds and Contract Guarantees with special reference to the risk of unfair calling and injunction procedures – Proceedings of the Seminar held in Paris in January, 1982, International Bar Association Section on Business Law (London) and Institute of International Business Law and Practice (Paris), May 1983.
- Michael Rowe: Guarantees, Standby Letters of Credit and Other Securities. Euromoney, London 1987.
- Michael Rowe: Letters of Credit, 2nd edition. Euromoney Books, London 1997.
- Uniform Customs and Practice for Documentary Credits – 2007 Revision (UCP 600), ICC Publication No. 600.
- Uniform Commercial Code (1995 Official Text with Comment), West Publishing Co., St. Paul 1996.
- Uniform Rules for Demand Guarantees Including Model Forms – 2010 Revision, ICC Publication No. 758.
- Philip R. Wood: Comparative Law of Security and Guarantees. Sweet & Maxwell, London 1995.

Pregledni znanstveni članek

UDK: 336.777(73), 347.745(73)

JUS, Miran: Ameriška judikatura (akreditivi in bančne garancije):

American Express Bank Ltd. v. Banco Español de Crédito

Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 5-6

Ameriško pravo priznava načelo neodvisnosti akreditivov in bančnih garancij, ki pa ni absolutno in je med drugim lahko omejeno s sodnimi odredbami, ki bankam izdajateljicam preprečujejo plačilo teh jamstvenih zavez z restriktivno uporabljano izjemo ob jasno ugotovljeni (bistveni) prevari v zvezi z osnovno transakcijo (*fraus omnia corrumpit*). V našem primeru je spor iz osnovne gradbene pogodbe o izvršitvi obveznosti nalogodajalca vodil do arbitražne odločbe v korist nalogodajalca. Zato je sodišče, po mnenju avtorja, ki se ne strinja s kritikami sodbe, pravilno uporabilo pravilo o prevari iz 5-109. člena leta 1995 revidiranega UCC in odločilo, da z vidika te arbitražne odločbe koristnik in lokalna banka nimata nobene »verjetne pravice« zahtevati plačilo garancij oziroma kontragarancij na prvo zahtevo. Zaradi dokončne odločbe je zahteva koristnika za plačilo garancij izključena (*res judicata*), pri čemer odločba kot jasen in očit dokaz neupravičenega unovčevanja nalogodajalca upravičuje, da »uživa plodove« od sodnega vpletanja v načelo neodvisnosti. Skratka – z dokončno arbitražno odločbo ugotovljena prevara je zadosten pogoj za začasno odredbo, pri čemer sodišču ni treba upoštevati drugih standardov, ki jih je za te postopke izoblikovala judikatura; na primer, da bi nalogodajalec brez začasne odredbe utrpel nepopravljivo škodo, da sicer ne bi imel na voljo pravnih sredstev itd.

Review Article

UDC: 336.777(73), 347.745(73)

**JUS, Miran: American Case-Law (Letters of Credit and Bank Guarantees):
*American Express Bank Ltd. v. Banco Español de Crédito***

Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 5-6

American law recognises independence principle of L/C and bank guarantees. However, this principle is not absolute, and may be limited – *inter alia* – with injunction procedures to prevent the issuing bank from honouring such undertaking by narrowly applied exception of clearly established (material) fraud in the transaction (*fraus omnia corrumpit*). In our case dispute from underlying construction contract over applicant's performance lead to arbitral award in the applicant's favour. Therefore, the court – according to the author who does not agree with the critics – correctly applied fraud rule (Rev. UCC § 5-109 (1995)) and held that in light of this award, neither the beneficiary nor the local bank has a “colorable right” to demand the honour of the guarantees on first demand and counter-guarantee, respectively. Final arbitral award precluded beneficiary from demanding payments under its guarantees (*res judicata*), and is definitely clear and blatant evidence of unfair calling that entitles the applicant to “bear fruit” from judicial circumvention of the independence principle; i.e., established fraud by final arbitral award is sufficient condition for injunction, and court does not need to observe other case law-developed standards for issuing injunctions (e.g., whether absent the injunction applicant would suffer irreparable harm, would have adequate remedy under law, etc.).