

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У КРАГУЈЕВЦУ
Институт за правне и друштвене науке

СЛОБОДА ПРУЖАЊА УСЛУГА И ПРАВНА СИГУРНОСТ

Уредник
МИОДРАГ МИЋОВИЋ

Крагујевац
2019.

СЛОБОДА ПРУЖАЊА УСЛУГА И ПРАВНА СИГУРНОСТ

Зборник реферата по позиву са Међународног научног скупа одржаног 17. маја 2019. године, на Правном факултету у Крагујевцу у организацији Института за правне и друштвене науке Правног факултета Универзитета у Крагујевцу.

Међународни научни одбор Мајског саветовања:

Проф. др Мирослав Миловић, Филозофски факултет Универзитета у Бразилији; Проф. др Маркус Фаро де Кастро, Правни факултет Универзитета у Бразилији; Проф. др Данче Манолева-Митровска, Правни факултет "Јустинијан I", Универзитета "Кирил и Методије" Скопље; Проф. др Миха Јухарт, Правни факултет Универзитета у Љубљани; Проф. др Хрвоје Качер, Правни факултет Свеучилишта у Сплиту; Проф. др Един Ризвановић, Правни факултет Универзитета "Џемал Биједић" у Мостару; Проф. др Снежана Миладиновић, Правни факултет Универзитета Црне Горе; Проф. др Миодраг Мићовић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

ИЗДАВАЧ: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Институт за правне и друштвене науке
Јована Цвијића 1, 34000 Крагујевац
телефон: (034) 306 513, 306 504
телефакс: (034) 306 540
е-пошта: faculty@jura.kg.ac.rs
веб: <http://jura.kg.ac.rs>

РЕЦЕНЗЕНТИ Проф. др Хрвоје Качер
Проф. др Снежана Миладиновић
Проф. др Миодраг Мићовић

ЗА ИЗДАВАЧА: Проф. др Драган Вујисић

УРЕДНИК: Проф. др Миодраг Мићовић

ШТАМПА: Графопромет д.о.о.

ТИРАЖ: 120

ISBN 978-86-7623-088-4

Штампање Зборника подржало Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије

Др Владимир Козар, ванредни професор
Правног факултета за привреду и правосуђе
Универзитета Привредна академија у Новом Саду

УДК: 347.455
005.334:336.7
DOI: 10.46793/XVMajsko.217K

НИШТАВОСТ ВАЛУТНЕ КЛАУЗУЛЕ - ОГРАНИЧЕЊЕ СЛОБОДЕ ПРУЖАЊА ФИНАНСИЈСКИХ УСЛУГА И НАРУШАВАЊЕ ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ

Резиме

У раду су приказане законске одредбе, ставови судске праксе, као мишљења правне науке, о пуноважности валутне клаузуле у уговорима о кредиту. Објашњено је да је валутна клаузула девизна обавеза корисника кредита. Анализирана је неуједначена пракса домаћих судова. Са посебном пажњом размотрено је Правно схватање Грађанског одељења Врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у ивајцарским францима и конверзији дуга у евро. Указано је на правне последице ништавости ове уговорне одредбе. Ништавост битне одредбе уговора доводи до нарушавања начела *in favorem contractus*. Такође, изнето је мишљење да конверзија према курсу који је важио у време закључења уговора, представља меру са ретроактивним дејством, што је супротно начелу правне сигурности.

Кључне речи: кредит; валутна клаузула; ивајцарски франак; ништавост; уговор; конверзија, ретроактивност; правна сигурност, легитимна очекивања, стечај потрошача.

1. Увод

Примена начела *in favorem contractus* од стране судова приликом решавања спорова о пуноважности или раскиду уговора има за последицу јачање уговора,¹ што доприноси остваривању слободе у пружање услуга и правној сигурности. Насупрот томе, оглашавањем ништавим уговора, односно појединих клаузула, или изрицањем раскида уговора због промењених

¹ Вуковић З., *Објективно (ratione materiae) подручје примене правних правила која уређују неправичне одредбе у потрошачким уговорима*, Гласник права, (Online), <http://www.jura.kg.ac.rs/index.php/sr/10c3.htm>, 5.04.2019.

околности у великом броју спорова, нарушава се правна сигурност, као темељно начело правног поретка, као и принципи слободе уговарања и *pacta sunt servanda*,² на којима се заснива облигационо право.

Задуживање грађана кредитима у иностраној валути применом валутне клаузуле омогућено је либерализацијом облигационих односа из 1993. године и девизног пословања из 2002. и 2006. године. Обновљањем тржишта стамбених кредита отворена је могућност решавања стамбених питања грађана, задуживањем стамбеним кредитима у иностраној валути. Јачање вредности швајцарске националне валуте из 2011. и 2015. године у односу на евро и динар, довела је многе грађане задужене у овој валути у ситуацију да не могу да одговоре својим финансијским обавезама. Отежан финансијски положај грађана проузроковао је погоршање њиховог укупног социјалног положаја, повећање броја проблематичних кредита, као и судских спорова пред судовима опште и посебне надлежности у Републици Србији.

Валутна клаузула у уговорима о кредиту, посебно у швајцарским францима, изазвала је велики број спорова о пуноважности ове клаузуле или правног посла у целини, због наводног нарушавања начела једнаке вредности давања услед наглог пораста курса швајцарског франка у односу на евро и динар.³ Такође, поставило се и питање могућности примене других правних института на уговоре о кредиту са валутном или сличним клаузулама (индексном, девизном), пре свега института раскида уговора због промењених околности, а такође и поништаја уговора због прекомерног оштећења, као и ништавости зеленашких уговора.⁴ Закон о облигационим односима - ЗОО⁵ и Закон о девизном пословању – ЗДП⁶ дозвољавају уговарање валутне клаузуле.

² Начело *pacta sunt servanda* јесте једно од основних начела уговорног права, према коме су стране дужне да изврше своје обавезе онако како су их и уговориле, увек када је то могуће. Ово начело је основица сигурности правног промета. Ђорђевић, Ж., Станковић В., *Облигационо право*, Београд, 1986, стр. 61

³ Козар, В., Алексић, Н., *Нарушавање начела једнаке вредности давања уговарањем валутне, девизне или индексне клаузуле*, Зборник радова: Услуге и одговорност, Крагујевац, 2017, стр. 279-303.

⁴ Иако у правној теорији постоје мишљења да „протеком времена од како је уговор о кредиту закључен, уз енормни скок вредности швајцарског франка уговор о кредиту је постао типичан зеленашки уговор“ (Опачић, А., *Заштита корисника финансијских услуга у контексту хармонизације са правом ЕУ*, Зборник радова: Услуге и заштита корисника, Крагујевац, 2015, стр. 327), сагласно правилу *tempus regit actum*, правно није могуће да један уговор који у тренутку закључења није био зеленашки, то постане протеком времена, услед промене курса валуте швајцарски франак у односу на евро или динар.

⁵ "Службени лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, "Службени лист СРЈ", бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99

⁶ *Службени гласник РС*, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014, 30/2018

2. Правна природа валутне клаузуле – законска дефиниција, теорија и судска пракса

Валутна клаузула је уговарање вредности обавезе у девизама (валута обавезе), с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима (валута исплате).⁷ Валутна клаузула не представља начин мерења динарског износа (није валориметар) који је корисник кредита примио и који треба да врати, већ представља његову девизну обавезу, која се као таква исказује у пословним књигама банке,⁸ односно представља девизну имовину банке.⁹ Валутна клаузула, дакле није валориметар, којим се мери висина обавеза уговорних страна, већ је преузета обавеза у девизама.

Правни став о пуноважности, односно дозвољености уговарања валутне клаузуле у уговорима о кредиту индексираним у валути *CHF*, а посебно у кумулацији са уговорном каматом, заузет је од стране домаћих судова,¹⁰ уз напомену да у случају „енормног скока курса валуте, може бити повређен циљ такве одредбе и тада уговорена валутна клаузула може довести до нееквивалентности узајамних давања уговарача, и то на штету корисника кредита“.¹¹ „У погледу утврђења ништавости ових уговора у целини, судска пракса је уједначена, и то тако што судови сматрају да су пуноважни уговори о динарским кредитима са валутном клаузулом, који су закључени између пословних банака, као давалаца кредита и физичких или правних лица, као корисника кредита, јер испуњавају услове прописане Законом о облигационим односима у погледу форме и садржине уговора.“¹²

Став о законитости валутне клаузуле заузет је у праси највише судске инстанце – у решењу Врховног касационог суда, уз образложење да „није спорно да је закључен пуноважни уговор о стамбеном кредиту са валутном клаузулом у швајцарским францима ... на основу чл. 1065. и 1066. у вези чл.

⁷ ЗДП, чл. 2. тач. 24.

⁸ Ћатић, П., *Валутна клаузула, раскид и последица раскида уговора о кредиту са валутном клаузулом*, Правни живот, бр. 11/2016, стр. 439.

⁹ Одлука о адекватности капитала банке, *Службени гласник РС*, бр. 103/2016, 103/2018, тач. 363. ст. 3.

¹⁰ Kozar, V., *Violation of the Principle of Equality of Consideration by Contracts with Currency or Index clause in Banking Operations, Sixth International Scientific Conference Employment, Education and Entrepreneurship (EEE2017), Book of Abstracts* (ed. Vladimir Ristanović, et al), Belgrade, Serbia, 2017, pp. 90.

¹¹ Одговори на питања привредних судова - *Судска пракса привредних судова - билтен бр. 4/2015*, Електронска правна база Paragraf lex, <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/10.05.2018>

¹² Субић, В., *Закључак са округлог стола - О спорним питањима примене права у грађанској материји - Банкарски уговор о динарском кредиту са валутном клаузулом - Пуноважност и раскид*, Билтен Врховног касационог суда, бр. 3/2016, <http://www.propisionline.com>, 8.04.2019

395. ЗОО и чл. 25. ст. 1. у вези чл. 2. тач. 24. Закона о девизном пословању („Службени гласник РС“, бр. 62/06).¹³ Исти став прихваћен је и у судској пракси суседних земаља: Врховни суд Републике Хрватске потврдио је правноснажну одлуку којом је потврђено да је девизна клаузула легална (па и она у *CHF*), али и да је једнострана промена каматне стопе, без унапред утврђених критеријума, нелегална.¹⁴

3. Правно схватање Грађанског одељења Врховног касационог суда - пуноважност валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзија

Врховни касациони суд о спорним питањима пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзији у евро, изјаснио се у форми правног схватања Грађанског одељења¹⁵ које има пет тачака, доносећи значајне промене у односу на досадашње ставове и тумачења судске праксе. Правно схватање усвојено на седници одељења обавезује сва већа у саставу одељења,¹⁶ што значи да није формални извор права, јер је обавезујуће само за судијска већа у саставу Грађанског одељења Врховног касационог суда када одлучују о ревизији, као ванредном правном леку, против правноснажне пресуде донете у другом степену у споровима о пуноважности уговора о кредиту са валутном клаузулом. Следи анализа:

3.1. Пуноважност валутне клаузуле у EUR у циљу очувања једнакости узајамних давања и валутна клаузула као девизна обавеза

Тачка 1. правног схватања предвиђа да се валутна клаузула може правно ваљано уговорити у циљу очувања једнакости узајамних давања – тржишне вредности динарског износа пласираних и враћених кредитних средстава која се

¹³ Из решења Врховног касационог суда, Рев 2373/2016 од 21.06.2018. године, <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-23732016-obligaciono-pravo-ugovor-o-kreditu-raskidanje-ili-izmene-ugovora-zbog-promenjenih>, 28.08.2018.

¹⁴ Качер, Х., Иванчић Качер, Б., *Проблеми познати као CHF case у 2016. год. – quo vadis CHF*, Зборник радова: Услуге и услужна правила, Крагујевац, 2016, стр. 190.

¹⁵ Правно схватање усвојено на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда одржаној 2. априла 2019. године, <https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Pravno%20shvatanje%20CHF.pdf>, 8.04.2019.

¹⁶ Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 78/2011 (други закон), 101/2011, 101/2013, 40/2015 (други закон), 106/2015, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 (Одлука Уставног суда), 87/2018, 88/2018 (Одлука Уставног суда), чл. 43 ст. 1.

утврђује индексирањем курса евра. Насупрот тумачењу валутне клаузуле у функцији очувања једнакости узајамних давања, у правној теорији је закључено да валутна клаузула не представља начин мерења динарског износа (није валориметар) који је корисник кредита примио и који треба да врати, већ представља његову девизну обавезу, која се као таква исказује у пословним књигама банке,¹⁷ односно представља девизну имовину банке. Став правне теорије заснован је на закону који разликује валуту обавезе од валуте исплате.¹⁸ Чл. 34 ст. 8 ЗДП прописује: Дозвољено је уговарање у девизама у Републици с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима.

Шта више, према чл. 25 ст. 2 ЗДП банка може резиденту - физичком лицу одобрити кредит у девизама ради куповине непокретности у земљи.

Такође, тешко се може објаснити да је валутна клаузула у валути *EUR* пуноважна, док је валутна клаузула у некој другој валути, нпр. у *USD*, *GBP* или конкретно у *CHF* ништава, како је предвиђено тачком 2. правног схватања, осим ако банка не докаже изворе финансирања у истој валути и постојање писаног упозорења о ризику промене девизног курса. Јачање вредности швајцарске националне валуте из 2011. и 2015. године не може, само по себи, утицати на пуноважност уговора, односно валутне клаузуле у *CHF* из уговора о стамбеним кредитима који су закључени током 2007. и 2008. године. Јер, пуноважност правног посла цени се према прописима који су важили у време његовог закључења, сагласно правилу *tempus regit actum*. Услед промене курса, као догађаја који је наступио после закључења уговора, могао би се применити институт раскида уговора због промењених околности из чл. 133 – 136. ЗОО, али само под строгим законом прописаним условима. С друге стране, не може се раскидати уговор који је ништав у целини, или због ништавости уговорне одредбе, као што је валутна клаузула у *CHF*.

3.2. Ништавост „одредбе уговора о кредиту о индексирању динарског дуга применом курса CHF”

3.2.1. Прибављање средстава - извори финансирања

У цитираном правном схватању Врховни касациони суд закључује да је ништава „одредба уговора о кредиту о индексирању динарског дуга применом курса *CHF* која није утемељена у поузданом писаном доказу да је банка пласирана динарска средства прибавила посредством сопственог задужења у тој валути“ (тач. 2).

¹⁷ Татић, П., *нав. чланак*.

¹⁸ ЗДП, чл. 2. тач. 24. прописује: „Валутна клаузула је уговарање вредности обавезе у девизама (валута обавезе) у Републици с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима (валута исплате)“

Врховни касациони суд, међутим, није узео у обзир *валутни своп* (*foreign currency swap*) као један од извора финансирања, односно начина прибављања средстава за одобравање кредита са валутном клаузулом у *CHF*. Истовремено, намеће се закључак да су употребљени термини недовољно прецизни. Банке у Србији, приликом одобравања кредита са валутном клаузулом у *CHF*, према прописима који регулишу банкарско пословање, нису могле поступити на другачији начин, осим да се задужују преко међубанкарских кредитних линија у швајцарским францима. Банке које кредитне активности нису могле да задовоље из постојеће депозитне базе, своју потребу су задовољавале повлачењем класичних међубанкарских кредитних линија у швајцарским францима. Развој финансијских тржишта је омогућио свим учесницима да, кроз дериватне послове, вишкове ликвидности једне валуте, замене за неку другу дефицитарну валуту. Замена валута се врши на начин истовремене међусобне куповина и продаја две валуте у два различита временска периода. Таква врста дериватног посла назива се *валутни своп*.¹⁹ Идентичан поступак су следиле и банке у Србији које су располагале са вишком евро девизне ликвидности, коју су кроз своп трансакције замењивали у швајцарски франак.²⁰ Дакле, за сваки одобрени кредит са валутном клаузулом у швајцарским францима, банка је морала обезбедити извор финансирања у швајцарским францима, и то на један од три следећа начина: или из депозита у тој валути (што такође представља облик задуживања банке, јер банка има обавезу према депонентима да им по истеку рока орочења врати депозит), а ако није имала депозите у швајцарским францима, банка је морала и сама узети кредит у швајцарским францима од друге домаће или стране финансијске институције, или је морала заменити - купити валуту швајцарски франак уз истовремену продају евра или друге валуте. Четвртог начина, односно извора финансирања није било. Из наведених разлога не могу се прихватити ни ставови правне теорије према којима „Посебан проблем везан за ове уговоре јесте чињеница да се банке углавном нису задуживале у швајцарским францима, односно да ти пласмани нису имали одговарајуће изворе у истој валути.“²¹ Наведени став није прихватљив, јер се заснива на једностраним подацима, тј. само на подацима о висини обавеза банака

¹⁹ „Валутни своп (енгл. *foreign currency swap*) подразумева истовремену куповину и продају две валуте у два различита периода у времену. При том обе валуте носе фиксну каматну стопу. Уобичајено је да се валутни своп уговара у роковима до једне године. Валутни своп представља заштиту уговорних страна од курсног ризика...Куповни и продајни курс код валутног свопа међусобно се разликују за разлику каматних стопа које носе две изабране валуте у којима се валутни своп уговара. Валутни своп подразумева размену основних износа из своп уговора на почетку и на крају своп аранжмана.“ – *Финансијски деривати*, https://www.nbs.rs/internet/latinica/33/33_3/publikacije/brosura_finansijski_derivati.pdf, 9.04.2019. стр. 8. и 9.

²⁰ Пантелић, Н., *Природа задуживања банака у иностраној валути*, Правни живот, бр. 11/2016, стр. 443–458.

²¹ Опачић, А., *нав. чланак*, стр. 328.

по основу њиховог задуживања у швајцарским францима, док није узео у обзир трећи извор финансирања у швајцарским францима – *валутни swap*. Како путем овог финансијског деривата банка преузима девизну обавезу,²² јер купује и продаје две валуте, следи закључак да и *валутни swap* представља задуживање банке, те да доказ о таквом правном послу замене динара или евра у *CHF*, истовремено јесте поуздан писани доказ „да је банка пласирана динарска средства прибавила посредством сопственог задужења у тој валути“ у смислу тач. 2 правног схватања.

3.2.2. Право на информисаност и волатилност курсева као опште-позната чињеница

Врховни касациони суд такође закључује да је ништава валутна клаузула у *CHF* „која није утемељена у поузданом писаном доказу“... да је банка „пре закључења уговора кориснику кредита доставила потпуну писану информацију о свим пословним ризицима и економско-финансијским последицама које ће настати применом такве клаузуле.“

Закључак да је банка, током процеса одобравања кредита, односно пре закључења уговора о кредиту требало да кориснику кредита достави потпуну писану информацију о свим пословним ризицима и економско-финансијским последицама које ће настати применом такве клаузуле, нема утемељење у прописима који су важили током 2007. и 2008. године, када је закључена већина спорних уговора о кредиту са валутном клаузулом у *CHF*. Наиме, суштина је да су банке требало да у писаној форми обавесте о кориснике о могућности раста курса *CHF*, односно о ризику промене девизног курса (девизни ризик, валутни ризик), а да је изостанком таквог обавештења повређено право потрошача на информисаност.

Чл. 3 Закона о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 79/2005, који је важио у време закључења већине спорних уговора, прописује: *Основна права потрошача у смислу овог закона јесу права на: 3) информисаност - располагање чињеницама од значаја за правилан избор и заштиту од непоштене огласне поруке или ознаке на производима које могу потрошача да доведу у заблуду;*“ Закон о заштити потрошача у чл. 29 прописује следеће: „*Уговор о потрошачком кредиту сачињава се у писменој форми. Давалац потрошачког кредита дужан је да, пре закључења уговора, у писменој форми обавести потрошача о највишем*

²² Одлука о адекватности капитала банке (*Службени гласник РС*, бр. 57/2006, 116/2006, 56/2007, 35/2008), која је важила до 1. јула 2008. године, прописивала је да се девизним потраживањима, у смислу ове одлуке, сматрају потраживања банке у иностраној валути, потраживања по кредитима у динарима која су индексирани девизном клаузулом, (тач. 12 под 2), док се под девизним обавезама сматрају се обавезе банке у иностраној валути, обавезе у динарима које су индексирани девизном клаузулом, и то: 1) обавезе по депозитима, 2) обавезе по кредитима, 3) обавезе по хартијама од вредности, 4) обавезе по финансијским дериватима... (тач. 13).

износу потрошачког кредита, о годишњој каматној стопи и условима под којима се она може променити, о трошковима кредита који се наплаћују у време закључења уговора и условима под којима се они могу променити, као и о условима и поступку раскида уговора.“ Дакле, нигде у цитираним члановима није прописано да је неопходно да банка писаним путем обавести корисника о пословним ризицима и другим економско-финансијским последицама примене валутне клаузуле.

Шта више, из јавно објављених података, који су лако доступни на интернету, и тиме опште-познате чињенице, недвосмислено се може уочити континуирани тренд раста курса швајцарског франка, још од давне 1953. године, па све до данас, у односу на друге релевантне светске валуте, пре свега у односу на евро, затим у односу на немачку марку (*DEM*), као и на амерички долар (*USD*), као светску резервну валуту. Такође, такав тренд раста швајцарског франка присутан је од 24.01.1994. као дана увођења новог динара, након периода хиперинфлације из 1993. године, када је дошло до потпуног обезвређења домаће валуте, па до данас. Поред тога, у одређеним периодима јасно је видљива и волатилност – нестабилност курсева, тј. нагли скокови и падови вредности како швајцарског франка и тако и осталих светских валута, у односу према динару и међусобно – у односу једна на другу. У економској теорији указано је да постоји и међусобно преношење волатилности девизних курсева између валута са већим степеном корелације. Већа стабилност или нестабилност једне валуте преноси се и на волатилност друге валуте. Ови налази утичу на валутну диверсификацију портфолија и управљање ризиком.²³ Стога, вишедеценијски тренд раста курса швајцарског франка могао је бити познат и просечном потрошачу, а посебно кориснику стамбеног кредита, који је добро обавештен и разумно обазрив, с обзиром да закључењем уговора решава важно животно питање.²⁴

3.3. Замена валутне клаузуле CHF у EUR – извршење уговора конверзијом

Посебно је значајна тач. 3. правног схватања, којом се врши конверзија, односно валутна клаузула у *CHF* замењује валутном клаузулом у *EUR*. Уговор о кредиту производи правно дејство и након утврђења ништавости клаузуле о индексацији дуга применом курса *CHF*. Реч је о примени правила из чл. 105. ст. 2. ЗОО да ништавост неке одредбе уговора не повлачи ништавост и самог уговора,

²³ Ковачевић, Р., *Економетријско моделирање девизних курсева евра, британске фунте и јена према долару - мултиваријантни garch приступ*, Банкарство, бр. 4/2017, vol. 46.

²⁴ Просечни потрошач је потрошач који је добро обавештен и разумно обазрив, имајући у виду друштвене, културне и језичке особености – дефиниција из чл. 5. тач. 20. важећег Закона о заштити потрошача, *Службени гласник РС, бр. 62/2014, 6/2016 (други закон), 44/2018 (други закон)*

ако он може опстати без ништаве одредбе, и ако она није била ни услов уговора ни одлучујућа побуда због које је уговор закључен.

У том случају, уговор ће се извршити конверзијом уз очување једнакости узајамних давања –тржишне вредности датог кредита утврђене на основу курса евра на дан закључења уговора и исплату камате у висини одређеној уговорима о кредиту исте врсте и трајања, закљученим са валутном клаузулом у еврима између истог даваоца кредита и других корисника кредита чије се дуговање утврђује применом курса евра. Правно схватање је у погледу конверзије, као начина решавања проблема кредита са валутном клаузулом у *CHF* слично решењу из Предлога закона о конверзији - *lex specialis*, али се битно разликује у погледу дана конверзије (дан закључења уговора), што представља меру са ретроактивним дејством,²⁵ а као последица тога је другачији период према коме се одређује висина камате.

Јасно је да уговор о кредиту не би могао опстати без ништаве одредбе о валутној клаузули у *CHF* јер би се претворио у динарски кредит са каматном стопом која се креће од 4% до 6%, дакле далеко нижом од каматне стопе из динарских кредита из истог периода, а која је знатно нижа и од референтне каматне стопе Народне банке Србије (која је се кретала у интервалу од 7% до 15% у периоду од 2006. до 2008. године, када је закључена већина спорних кредита), па није довољна ни за очување вредности капитала тужене банке, што се јасно види поређењем историјског кретања каматних стопа НБС, почев од 2006. године до данас.²⁶ Стога је Врховни касациони суд одредио да ће се уговор „извршити конверзијом“ у *EUR* уз одговарајућу каматну стопу која је на тржишту важила за кредите са валутном клаузулом у *EUR*, управо да би очувала једнакост узајамних давања. Ово решење слично је правилу о правичној измени уговора због промењених околности из чл. 133. ст. 4. ЗОО у коме је прописано да се уговор неће раскинути ако друга страна понуди или пристане да се одговарајући услови уговора правично измене.

Међутим, у конкретним споровима – у парничним поступцима о ништавости уговора или одредбе о валутној клаузули у *CHF*, није могуће изрећи такву измену уговора без истицања одговарајућег захтева у поступку од стране тужиоца или у форми конексне противтужбе банке.²⁷ Јер, у парничном поступку суд одлучује у

²⁵ Конверзија на основу курса евра на дан закључења уговора је мера са ретроактивним дејством, о чему је заузет негативан став у Мишљењу Европске централне банке од 16 априла 2018. о конверзији кредита у швајцарским францима (*CON/2018/21*), https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/en_con_2018_21_f_sign.pdf, 11.04.2019.

²⁶ Историјски преглед каматних стопа НБС на новчаном тржишту, http://www.nbs.rs/internet/latinica/30/30_4/30_4_5/, 27.02.2019.

²⁷ Тужени може до закључења главне расправе да поднесе код истог суда противтужбу, ако је захтев противтужбе у вези с тужбеним захтевом – Закон о парничном поступку – ЗПП, "Службени гласник РС", бр. 72/2011, 49/2013 (Одлука Уставног суда), 74/2013 (Одлука Уставног суда), 55/2014, 87/2018, чл. 198 ст. 1.

границама захтева који су постављени у поступку.²⁸ Дакле, захтев за конверзију је један од кумулативних тужбених захтева (поред захтева за утврђење ништавости валутне клаузуле) или захтев противтужбе за извршење уговора конверзијом. Уколико се парничне странке не сагласе о висини потраживања, неопходно је извођење доказа економско-финансијским вештачењем. Тужба, противтужба и пресуда о таквом захтеву, према садржини правне заштите, имају преображајно (конститутивно) и утврђујуће (декларативно) обележје, а и кондемпнаторно (ако банка тражи осуду на чинидбу исплатом доспелог дуга). Потребно је сачинити и нови план отплате кредита, ако банка није једнострано отказала уговор због инсолвентности корисника²⁹ или раскинула због неиспуњења.³⁰ Такође, ако је валутна клаузула у *CHF* правноснажно оглашена ништавом применом тач. 3. правног схватања, банка би могла новом тужбом да захтевати извршење уговора конверзијом, односно да тражи исплату тржишне вредности датог кредита утврђене на основу курса евра на дан закључења уговора и исплату одговарајуће камате по вишој стопи, која је важила за кредите са валутном клаузулом у *EUR*.

Конверзија на основу тач. 3. правног схватања, заснива се на начелу једнаке вредности давања³¹ али нема јасно упориште у конкретној норми закона или другог материјално-правног прописа. С обзиром да је ЗОО изричито искључио непосредну примену начела једнаке вредности давања, прописујући да се законом одређује у којим случајевима нарушавање тога начела повлачи правне последице³² следи закључак да у погледу конверзије у *EUR*, као правне последице ништавости валутне клаузуле у *CHF*, постоји одређена правна празнина, коју би требало попунити или одговарајућим посебним законом (као што је предложени *lex specialis*) или тумачењем постојећих прописа, нпр. аналогном применом правила о правичној измени уговора због промењених околности из чл. 133. ст. 4. ЗОО.

3.4. Привремене мере у парничном поступку

У тач. 4. правног схватања налаже се забрана реализације средстава обезбеђења привременом мером, нпр. продаја хипотековане непокретности, као и забрана извршења уговорне обавезе.

²⁸ ЗПП, чл. 3 ст. 1.

²⁹ Уговор о кредиту банка може отказати пре истека уговореног рока и у случају инсолвентности корисника (чл. 1067 ст. 2, ЗОО).

³⁰ У двостраним уговорима, кад једна страна не испуни своју обавезу, друга страна може, ако није што друго одређено, захтевати испуњење обавеза или, под условима предвиђеним у идућим члановима, раскинути уговор простом изјавом, ако раскид уговора не наступа по самом закону, а у сваком случају има право на накнаду штете (чл. 124, ЗОО).

³¹ У заснивању двостраних уговора стране полазе од начела једнаке вредности узајамних давања – ЗОО, чл. 15 ст. 1.

³² ЗОО, чл. 15 ст. 2.

3.4.1. Забрана реализације средстава обезбеђења

У парничном поступку у коме се одлучује о правној ваљаности уговора о кредиту, односно уговорне клаузуле о индексацији дуга у *CHF*, суд ће на предлог тужиоца одредити привремену меру којом се даваоцу кредита забрањује реализација средстава обезбеђења и извршење уговорне обавезе корисника кредита, уколико већ није покренуто извршење ради реализације средстава обезбеђења (тач. 4). Реч је о привременој мери из Закона о извршењу и обезбеђењу – ЗИО,³³ којом се обезбеђује неновчано потраживање чије постојање извршни поверилац учини вероватним.³⁴

Поред обезбеђења потраживања која се састоје од давања, чињења, нечињења или трпљења, привремена мера може да се одреди и ради обезбеђења потраживања која се састоје од захтева за утврђење постојања, односно непостојања неког права или правног односа, дакле и када се тужбени захтев не односи на потраживање у ужем смислу (што значи да је могуће одредити привремену меру и у спору по тужби за утврђење ништавости уговора или валутне клаузуле) ... или захтева за преображај неког материјалног или процесног односа (нпр, у спору за раскид уговора због промењених околности),³⁵ под условом да су кумулативно испуњени законски услови који се тичу вероватности потраживања и објективне опасности од осујеђења.

Да би се одредила привремена мере за обезбеђење неновчаног потраживања, извршни поверилац, осим вероватноће постојања потраживања, мора учинити вероватним и да би без привремене мере испуњење његовог потраживања било осујеђено или знатно отежано или да ће бити употребљена сила или настати ненадокнадива штета (опасност по потраживање), с тим што није дужан да докаже опасност по потраживање ако учини вероватним да извршни дужник може због привремене мере претрпети само незнатну штету.³⁶ У суштини реч је о привременој мери из чл. 460 тач. 7 ЗИО чија је сврха „привремено уређење спорног односа, ако је потребно да би се отклонила опасност од насиља или веће ненадокнадиве штете,“ коју би претрпео тужилац – корисник кредита продајом хипотековане непокретности, чија је куповина најчешће финансирана средствима из кредита о чијој правној ваљаности се одлучује у парничном поступку. С тим што хипотека може бити установљена и на имовини трећег лица које није дужник банке. Поред хипотеке и других реалних средстава обезбеђења, забрана реализација средстава обезбеђења може се односити и на јемце.

³³ *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016 (Аутентично тумачење), 113/2017 (Аутентично тумачење)

³⁴ ЗИО, чл. 449 ст. 1.

³⁵ ЗИО, чл. 447 ст. 2.

³⁶ ЗИО, чл. 449 ст. 3 и 5.

3.4.2. Забрана извршења уговорне обавезе

Привременом мером, чије одређивање налаже Врховни касациони суд (тач. 4), забранило би се и извршење уговорне обавезе корисника кредита, што значи да банка не би могла да наплаћује доспеле ануитете на било који начин (нпр. административна забрана, менице), било од главног дужника било од јемаца. Ова привремена мера има и обележја „забране извршном дужнику да предузима радње које могу нанети штету извршном повериоцу“ из чл. 460 тач. 3 ЗИО.

Обе врсте привремених мера имају сврху да се налагањем банци уздржавања од одређених чинидби спречи наступање „веће ненадокнадиве штете“ односно наношење штете кориснику кредита. За штету у правном смислу било материјалну или нематеријалну³⁷ (са којом се не може изједначити штета у економском смислу, нпр. због погрешних пословних потеза, услед нестабилности курса појединих валута и сл), потребно да постоји и противправност дакле правно недозвољено поступање, што је и према пракси Врховног касационог суда, „основни услов за обавезивање туженог на накнаду штете“;³⁸ чега нема у поступцима банке која покушава да наплати потраживање из уговора о кредиту, који правоснажно није оглашен ништавим, путем реализације хипотеке и других средстава обезбеђења, која су такође пуноважна. Стога, предложена привремена мера којом се банци забрањује реализација средстава обезбеђења и извршење уговорне обавезе корисника кредита, не уклапа се у врсте привремених мера за обезбеђење неновчаног потраживања из чл. 460 ЗИО. У питању су, дакле, привремене мере *sui generis*, чију садржину је суд овлашћен да одреди у зависности од околности конкретног спора, јер врсте привремених мера нису законом таксативно одређене, већ примера ради. Према томе, ради обезбеђења неновчаног потраживања може да се одреди свака мера којом се постиже сврха обезбеђења, уколико је „поверилац“ учинио вероватним „потраживање“ и опасност по потраживање, која се може огледати и у настанку ненадокнадиве штете.

3.5. Одлагање извршења без полагања јемства

Према тачки 5. правног схватања, у случају када је поступак извршења ради реализације средстава обезбеђења дуга из кредита већ покренут, суд

³⁷ Штета је умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист), као и наношење другоме физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета) – ЗОО, чл. 155.

³⁸ „У конкретном случају није испуњен основни услов за обавезивање туженог на накнаду штете, а то је противправно поступање туженог и постојање узрочно-последичне везе између таквог поступања и штете настале на имовини тужиоца.“ - Из пресуде Врховног касационог суда, Прев 92/2018 од 12. јуна 2018. године, која је донета у већу којим је председавао судија др Драгиша Б. Слијепчевић, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/54979>, 10.04.2019.

односно јавни извршитељ ће на захтев извршног дужника одложити извршење без полагања јемства. Одлагање извршења на предлог извршног дужника регулисано је одредбама из чл. 122. ЗИО. Извршење може да се одложи ако извршни дужник учини вероватним да би услед извршења претрпео ненадокнадиву или тешко надокнадиву штету, која је већа од оне коју би због одлагања претрпео извршни поверилац, и ако одлагање оправдавају нарочити разлози које извршни дужник докаже јавном или по закону овереном исправом.³⁹ На предлог извршног повериоца, који је могућ до доношења решења о предлогу извршног дужника, јавни извршитељ условљава одлагање полагањем јемства од стране извршног дужника, изузев ако би полагање јемства довело извршног дужника или чланове његове породице у тешку оскудицу.

У тач. 4. и 5. правног схватања није наведен рок трајања привремене мере, ни време на које се одлаже извршење, који би суд,⁴⁰ односно јавни извршитељ требало да одреде у решењу, у зависности од околности,⁴¹ али је очигледно да би мера, односно одлагање требало да траје до правоснажног окончања парничног поступка „у коме се одлучује о правној ваљаности уговора о кредиту, односно уговорне клаузуле о индексацији дуга у *CHF*“.

Врховни касациони суд је тач. 4. и 5. правног схватања свој правни став о одређивању привремене мере и одлагању извршења формулисао тако што даје налог судовима првог и другог степена, а и извршитељима, како да поступе, тј. какве одлуке да донесу, обавезујући их да усвоје предлог тужиоца за одређивање привремене мере, односно захтев извршног дужника за одлагање извршења без полагања јемства, без оцене да ли су у сваком конкретном случају испуњени цитирани законски услови за примену ових института. Таква формулација је изван процесних овлашћења Врховног касационог суда и када поступа у конкретном поступку, одлучујући о ревизији. Јер, ревизијски суд може нижим судовима само да наложи да изведу одређене парничне радње и да расправе одређена спорна питања, на која је указао у свом решењу којим усваја ревизију и укида пресуде нижих судова,⁴² али им не може сугерисати какву одлуку треба да донесу о захтеву странке у поступку.

³⁹ Против решења донетог о предлогу за одлагање извршног дужника или трећег лица дозвољен је приговор, као правни лек – ЗИО, чл. 124 ст. 2.

⁴⁰ ЗИО, чл. 456.

⁴¹ ЗИО, чл. 126 ст. 2.

⁴² По чл. 398 ст. 2. ЗПП, који се сходно примењује у поступку поводом ревизије на основу чл. 419 ЗПП, ако Врховни касациони суд усвоји ревизију и укине у целини или делимично пресуду првостепеног и другостепеног суда или само пресуду другостепеног суда и предмет врати на поновно суђење, првостепени или другостепени суд је дужан да изведе све парничне радње и да расправи сва спорна питања на која је указао Врховни касациони суд у свом решењу,

4. Ништавост валутне клаузуле, извршне исправе и пресуђена ствар

Уколико пресуда о ништавости валутне клаузуле постане правноснажна, поставља се питање како ће банка принудно наплатити своје потраживање из уговора о кредиту и реализовати средство обезбеђења, ако судском пресудом истовремено није извршена конверзија ради извршења уговора о кредиту који „производи правно дејство и након утврђења ништавости клаузуле о индексацији дуга применом курса CHF“. При томе треба имати у виду да су уговор о хипотеци или заложна изјава о једностраној хипотеци, извршне исправе у смислу чл. 15 Закона о хипотеци – ЗХ⁴³ и чл. 41 ст. 1 тач. 4 ЗИО, те да хипотека престаје исписом из регистра непокретности у који је била уписана, ако обезбеђено потраживање престане на начин дозвољен законом,⁴⁴ те да се испис на захтев власника врши ако поднесе правноснажну судску одлуку којом се утврђује да је потраживање хипотекарног повериоца престало.⁴⁵ Поред продаје у судском извршном поступку, постоји и могућност вансудске продаје хипотековане непокретности. Стога, уколико је потраживање банке обезбеђено хипотеком, у парничном поступку „у коме се одлучује о правној ваљаности уговора о кредиту, односно уговорне клаузуле о индексацији дуга у CHF“ тужба би требало, или боље рећи морала да садржи и тужбени захтев за утврђење да је потраживање хипотекарног повериоца делимично престало (под условом да се вештачењем утврди да је после извршене конверзије потраживање банке ниже од првобитно уговореног износа). Ако је поднета тужба за утврђење ништавости валутне клаузуле у CHF, без кумулативног захтева за утврђење да је потраживање тужене банке (хипотекарног повериоца) делимично престало, доводи се у питање правни интерес за такву тужбу, јер тужилац доношењем пресуде којом се усваја његов тужбени захтев неће остварити правну корист, која је садржина правног интереса, као процесне претпоставке за допуштено тужбе за утврђење.⁴⁶ Такву тужбу би суд требало да одбаци применом чл. 294 ст. 1 тач. 6 ЗПП.

С друге стране, у случају да је банка покренула извршни поступак на основу уговора о хипотеци или заложне изјаве, након доношења правноснажне пресуде којом је утврђена ништавост валутне клаузуле у CHF, корисник

⁴³ "Службени гласник РС", бр. 106/2015, 106/2016 (Аутентично тумачење), 113/2017 (Аутентично тумачење)

⁴⁴ ЗХ, чл. 43.

⁴⁵ ЗХ, чл. 44. ст. 1 и 2 тач. 2.

⁴⁶ Тужба за утврђење може да се поднесе ако тужилац има правни интерес да суд утврди постојање, односно непостојање неког спорног права или правног односа, пре доспелости захтева за чинидбу из истог односа или истинитост односно неистинитост неке исправе, или ако тужилац има неки други правни интерес (ЗПП, чл. 194 ст. 2).

кредита би могао да новом, опозиционом тужбом⁴⁷ покрене парнични поступак за утврђивање недозвољености извршења.⁴⁸ Међутим, ова тужба не одлаже извршење.⁴⁹

Ако је корисник кредита ранијом правоснажном пресудом већ обавезан да банци плати износ из уговора о кредиту са валутном клаузулом у *CHF*, он не би могао да сада новом тужбом, у обрнутој страначкој улози, тражи утврђење ништавости уговора у целини или валутне клаузуле у *CHF*, јер парнични суд не може у новој парници да преиспитује правну ваљаност обавезе дужника из раније правоснажне пресуде. Дакле, истоветност тужбеног захтева постоји и у обрнутој страначкој улози.⁵⁰ То значи да постоји правоснажно пресуђена ствар (*res iudicata*) и када је обрнута страначка улога. Такав став о приговору пресуђене ствари и обрнутој страначкој улози заступљен је и у пракси највиших судских инстанци: "Основан је приговор пресуђене ствари ако тужилац у спору остварује право које се искључује правом туженог о коме је већ донета правоснажна пресуда, у спору који је вођен између истих странака у промењеној улози, јер је реч о истом животном догађају."⁵¹ "Постојање правоснажне одлуке суда између истих странака, у истој правној ствари, односно у ствари која има исти чињенични и правни основ, производи такав правни учинак да се у другој парници о томе више не може одлучивати па макар се радило и о обрнутој страначкој улози, што значи да дужник од кога је у извршном поступку наплаћен одређени износ не може у новој парници тражити повраћај тог износа нити доказивати да није био дужан да плати оно што је платио у другом правоснажно окончаном поступку."⁵² У нашем правном систему, у погледу одређивања идентитета (истоветности) тужбеног захтева прихваћена је процесноправна теорија⁵³, тако да се тужбени захтев састоји од два елемента: један чини животни догађај (чињенични основ наведен у тужби), док други елемент представља садржина права које се тужбом тражи, тј. правна

⁴⁷ Врховшек, М., Козар, В., *Проглашење извршења недопуштеним, опозициона и излучна тужба*, Право и привреда, бр. 5-8/2001, стр. 892-911.

⁴⁸ Ако се решење о одбијању жалбе заснива на чињеницама које су међу странкама спорне и које се односе на само потраживање, извршни дужник може у року од 30 дана од дана достављања решења о одбијању жалбе да покрене парнични поступак за утврђивање недозвољености извршења (ЗИО, чл. 81 ст. 1).

⁴⁹ ЗИО, чл. 81 ст. 2.

⁵⁰ Козар, В., *Оспоравање потраживања из извршне исправе по новом Закону о стечају*, Правни живот, бр. 11/2010, III, стр. 255 - 269.

⁵¹ Из пресуде Вишег трговинског суда Пж. 757/02 од 21. новембра 2002. године, *Судска пракса трговинских судова*, бр. 1/2003, http://www.propisionline.com/Practice/Decision/18205_01.09.2017.

⁵² Из решења Врховног суда Србије, Прев. 81/00 од 17. јануара 2001. године, *Судска пракса, Софтверски пакет за правнике, "Intermex"*, Београд, 2013, http://www.propisionline.com/Practice/Decision/5930_01.09.2017.

⁵³ Познић, Б., *Грађанско процесно право*, Београд, 1987, стр. 209.

последица чије се изрицање тражи.⁵⁴ Правна природа права (правни основ) не одређује идентитет тужбеног захтева, јер суд није везан за њега.⁵⁵

Правна ваљаност правноснажне пресуде не може се преиспитивати у поступку извршења, ни у парничном поступку по новој тужби, већ само путем ванредних правних лекова, с тим што заузимање другачијег правног става о пуноважности уговора или валутне клаузуле, садржаног у цитираном правном схватању Врховног касационог суда од 2. априла 2019. године, не би представљао ваљан разлог за понављање поступка. И према ставу судске праксе „Измењена пракса Врховног касационог суда не представља нов доказ због кога се може поновити правноснажно окончан поступак.“⁵⁶ Исто важи и за правоснажне пресуде којима је одбијен тужбени захтев за утврђење ништавости уговора о кредиту у целини или валутне клаузуле у *CHF*.

Поред наведених процесно-правних аспекта ништавости валутне клаузуле у *CHF* и конверзије, нису решена многа друга правна питања што, према оцени стручне јавности, уноси правну несигурност и онемогућава предвиђање правних последица.⁵⁷

⁵⁴ ЗПП, чл. 192 ст. 1.

⁵⁵ ЗПП, чл. 192 ст. 4.

⁵⁶ Правноснажно окончан поступак може се због тзв. нових доказа (тач. 9) усвојити само ако су ти докази постојали до правноснажног окончања парнице, а странка без своје кривице није могла да их раније употреби. У конкретном случају, тужиоци сматрају да нови доказ представља ревизијска одлука која мења праксу. Али она не представља нов доказ из два разлога и то: први је што та одлука потиче из периода када је парница већ окончана и друго, одлука највишег суда по закону не представља разлог за понављање поступка. Законодавац је као разлог за понављање поступка предвидео одлуку Европског суда за људска права и Уставног суда као посебни разлог за понављање, а не и одлуку Врховног касационог суда када се постојећа пракса мења и право друкчије тумачи. (Из решења Врховног касационог суда Рев2 788/2016 од 9.3.2017. године, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 1/2018, Интермекс, Београд, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/54476>, 10.04.2019).

⁵⁷ Удружење банака Србије, коментаришући цитирано правно схватање, наводи да „високо цени позицију коју Врховни касациони суд заузима у правосудном систему Републике Србије. Уз разумевање за онај део грађана који се налазе у тешкоћама и већ изражену спремност да се дође до решења проблема задужених у швајцарским францима, Удружење банака Србије истиче да изнето Правно схватање о пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзији Врховног касационог суда уноси правну несигурност“, те да „...сматра да закони морају имати јасно значење како би се предвиделе правне последице које могу наступити за оне који поступају или не поступају по прописима. Ако тога нема, нема ни правне сигурности. Стога Удружење банака Србије очекује да се јасно прецизира на којим се законским прописима заснивају сви изнети ставови у Правном схватању Врховног касационог суда у циљу очувања правне сигурности.“ Даље се истиче да су банке „у Србији инвестирале преко 5,7 милијарди евра у капитал, запошљавају 23 хиљаде људи и кредитирају привреду и грађане са око 20 милијарди евра, те као значајан чинилац

5. Мишљење Европске централне банке од 16 априла 2018. о конверзији кредита у швајцарским францима (CON/2018/21)

Правно схватање Врховног касационог суда (тач. 3) о конверзији на основу курса евра на дан закључења уговора⁵⁸ исто је као и решење из Нацрта закона о односима између зајмодаваца и зајмопримаца насталих уговорима о кредиту у швајцарским францима, о коме је Европска централна банка дала мишљење,⁵⁹ поступајући захтеву Народне Скупштине Републике Словеније од 31. јануара 2018. Према решењима из нацрта закона, главница кредита у швајцарским францима ће бити конвертована у евро по курсу утврђеном на дан када је кредит у швајцарским францима био повучен од стране његовог корисника. Уговорена каматна стопа, која се састојала од променљиве каматне стопе изражене у *London interbank offered rate (LIBOR)* и фиксног дела (маргине) уговорене тим уговором, биће конвертована у другу каматну стопу, која ће се састојати од променљиве каматне стопе изражене у *Euro interbank offered rate (EURIBOR)* на дан када је кредит повучен и са истим фиксним делом (маргином) уговореном тим уговором. Уговорени период обрачуна каматне стопе остаје непромењен.

Европска централна банка оценила је да се увођењем „мере са ретроактивним дејством умањује се правна извесност што није у складу са принципом легитимних очекивања... и може утицати такође на стечена права...”

5.1 Директива 2014/17/EU Европског Парламента и Савета од 4. фебруара 2014. о уговорима о потрошачким кредитима који се односе на стамбене некретнине

Европска централна банка дато мишљење заснива на одредбама Директиве 2014/17/EU Европског Парламента и Савета од 4. фебруара 2014. о уговорима о потрошачким кредитима који се односе на стамбене некретнине и о измени директива 2008/48/EЗ и 2013/36/EУ и Уредбе (ЕУ) бр. 1093/2010, *Службени лист ЕУ* Л 60/2014,⁶⁰

финансијског система сматрају да се овом питању мора посветити посебна пажња, <http://www.ubs-asb.com/Default.aspx?tabid=10320>, 9.04.2019.

⁵⁸ Дана конверзије је дан закључења уговора о кредиту.

⁵⁹ https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/en_con_2018_21_f_sign.pdf, 11.04.2019.

⁶⁰ Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010 (OJ L 60, 28.2.2014, p. 34, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32014L0017>, 11.04.2019.

Чл. 23(1) Директиве 2014/17/EU, која се примењује на непокретну имовину становништва од 21 марта 2016 године, прописује да Државе чланице усвоје одговарајући правни оквир за уговоре о кредиту у страниој валути, обезбеђујући минимално (а) да корисник кредита има право на конверзију уговора о кредиту у алтернативну валуту по прописаним условима или (б) да постоје други омогућени аранжмани који ограничавају ризик валутне клаузуле којима је корисник кредита изложен по самом уговору о кредиту. Чл. 23(5) Директиве 2014/17/EU допушта Државама чланицама да убудуће уреде уговоре о кредиту са валутном клаузулом на начин да се не уводе мере са ретроактивним дејством. Ретроактивност Нацрта закона није у складу општим циљем чл. 23(5) Директиве 2014/17/EU¹⁰, која представља једну од основних принципа права Уније, наиме принцип правне извесности подржава ограничавање ретроактивности закона.

У једном броју уговора о кредиту са валутном клаузулом у *CHF*, које су одобравале банке у Републици Србији садржана је клаузула о праву корисника на конверзију у евро, као алтернативну валуту, док су све банке биле у обавези да током 2015. године корисницима кредита понуде конверзију сагласно Одлуци о мерама за очување стабилности финансијског система у вези с кредитима индексираним у страниој валути⁶¹ која у тач. 3. прописује: „Банка је дужна да, најкасније 30 дана од дана ступања на снагу ове одлуке, корисницима стамбених кредита индексираних у швајцарским францима, уз задржавање постојећих инструмената обезбеђења и у складу са актима из тач. 6. ове одлуке, понуди следећа четири модела закључења анекса уговора којим би се изменили услови отплате кредита...“ Затим се наводе четири конкретна модела закључења анекса уговора, од којих први и други омогућавају да се кредит индексиран у швајцарским францима конвертује се у кредит индексиран у еврима по курсу који важи на дан закључења анекса уговора, уз друге погодности (умањење курса за 5%, снижење каматне стопе, продужења рока отплате кредита за пет година).

Следи закључак да су домаће законодавство и пракса банака у области потрошачких стамбених кредита, усклађени са Директивом 2014/17/EU, јер омогућавају кориснику право на конверзију уговора о кредиту у алтернативну валуту.

6. Примена начела *in favorem contractus* у Директиви Већа 93/13/ЕЕЗ од 5. априла 1993. године о неправичним одредбама у потрошачким уговорима

Чл. 4. ст. 2. Директиве 93/13/ЕЕЗ,⁶² која се примењује и на уговор о потрошачком кредиту, искључује процену правичности уговорне одредбе

⁶¹ *Службени гласник РС*, бр. 21/2015, 51/2015

⁶² Council directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, EN Official Journal of the European Communities, L 95/29, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:en:HTML>, 5.04.2019.

којом се одређује предмет уговора или примереност накнаде за испоручену робу или услуге, односно процену правичне вредности узајамних давања под условом да су те одредбе формулисане јасно и разумљиво.⁶³ Рестриктивно правило да садржина битних састојака уговора (*essentialia negotii*) није подложна процени правичности, а ни једнакост давања, има за циљ да онемогући последицу ништавости уговора у целини, већ само поједине неправичне, у суштини споредне уговорне одредбе (*accidentalia negotii*). Правило о делимичној ништавости садржи и наш ЗОО, прописујући у чл. 105. ст. 2. да ништавост неке одредбе уговора не повлачи ништавост и самог уговора, ако он може опстати без ништаве одредбе, и ако она није била ни услов уговора ни одлучујућа побуда због које је уговор закључен.

Ако би се дозволила контрола правичности одредаба којима је одређен предмет уговора, онда би неправичност такве одредбе имала за последицу ништавост уговора у целини. У том случају није могућа примена правила о делимичној ништавости. Дакле, сврха заштите уговорне одредбе којом је одређен предмет уговора је промовисање начела *in favorem contractus* и примена овог правила за последицу има јачање уговора.⁶⁴

То значи да су пресуде којим се утврђује ништавост уговора у целини или валутне клаузуле, као одредбе којом се такође одређује предмет уговора, с обзиром да се уговара вредност обавезе у девизама, у противности са наведеном директивом, и начелом *in favorem contractus*.

„Рестриктиван приступ у тумачењу поменутог ограничења сугерише и тач. 19. Преамбуле Директиве 93/13/ЕЕЗ, као и Извештај Европске комисије из 2000. године.⁶⁵ „Наиме, у њима се наглашава да се приликом процене правичности конкретне уговорне одредбе морају узети у обзир и остале одредбе истог уговора, као и одредбе других уговора са којима је потрошачки уговор повезан. На тај начин, омогућена је посредна контрола и оних уговорних одредаба којима се дефинишу битни елементи уговора. На пример, могуће је да се у конкретном случају утврди да је уговорена непропорционално висока накнада у поређењу са квалитетом и квантитетом производа и услуга.“⁶⁶ Међутим, из тога не треба аутоматски извући закључак да је уговорна одредба којом је цена одређена неправична, јер потрошач често пристаје на вишу цену

⁶³ Караникић Мирић, М., *Неправичне одредбе у потрошачким уговорима*, Зборник радова: Правни капацитет Србије за европске интеграције – књ. IV, Београд, 2009, стр. 131.

⁶⁴ Вуковић, З., *нав. чланак*.

⁶⁵ Извештај Европске комисије о имплементацији Директиве 93/13/ЕЗ - Report from the Commission on the implementation of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts/*COM/2000/0248 final */, 15, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A52000DC0248>, 5.04.2019.

⁶⁶ Вуковић, З., *нав. чланак*.

не би ли добио одређену компензацију кроз признавање неких других права или неких других погодности које иначе не би остварио.⁶⁷

Као добар пример признавања потрошачу других погодности јесте чињеница што је у уговорима о кредиту са валутном клаузулом у *CHF* каматна стопа била знатно нижа (за 30% до 40%) од каматне стопе која је важила за потрошаче – кориснике кредита са валутном клаузулом у *EUR*, а поготово од каматне стопе у динарским кредитима. Ова разлика потиче од разлике у висини *LIBOR*-а, који важи за кредите у *CHF* у односу на *EURIBOR*, који се примењује за *EUR*.

LIBOR, или лондонска међубанкарска стопа (*London Interbank Offered Rate*), представља дневну референтну каматну стопу по којој велики број међународних банака једна другој позајмљују новац на лондонском међубанкарском тржишту. Званична *LIBOR* стопа се објављује сваког дана у 11 сати на веб-сајту Удружења британских банкара – www.bbalibor.com, као и на веб-сајту Ројтерса, www.reuters.com. Вредност *LIBOR*-а се рачуна за различите валуте као што су евро, долар, швајцарски франак и јапански јен. Банке ову каматну стопу на нашем тржишту користе за усклађивање каматних стопа на кредите индексиране швајцарским францима.⁶⁸ С друге стране, *EURIBOR*, или европска међубанкарска стопа (*Euro Interbank Offered Rate*), представља дневну референтну каматну стопу по којој 57 првокласних европских банака једна другој позајмљују новац на међубанкарском тржишту. Податке о висини *EURIBOR*-а сваког дана у 11 сати објављује Ројтерс на веб-сајту www.reuters.com, а могу се наћи и на веб-сајту www.euribor-ebf.eu. У Србији банке користе *EURIBOR* као референтну каматну стопу, тј. као основицу у структури номиналне каматне стопе при обрачунању каматних стопа на кредите који су индексирани еврима. Најчешће су у понуди тромесечни и шестомесечни *EURIBOR*, а њихова вредност се обрачунава дневно. Банка висину каматне стопе усклађује с вредношћу *EURIBOR*-а на дан усклађивања.⁶⁹

Такође, *BELIBOR* је референтна каматна стопа по којој водеће српске банке позајмљују новац – динаре једна другој. Висина *BELIBOR*-а утиче на обрачун камате на кредите у динарима. Та референтна каматна стопа се обрачунава за одређене временске периоде до једне године. *BELIBOR* стопе се објављују на веб-сајту www.thomsonreuters.rs сваког радног дана у 11.30, као и на веб-сајту Народне банке Србије – www.nbs.rs.⁷⁰

Знатно нижа каматна стопе на кредите са валутном клаузулом у *CHF* у односу на кредите у *EUR* или динарима, као погодност коју иначе не би остварили да су уговорили другу врсту кредита, односно у другој валути, дакле

⁶⁷ Nebbia, P., *Unfair Contract Terms in European Law, A Study in Comparative and EC Law*, Hart Publishing, 2007, 124.

⁶⁸ http://www.tvojnovac.nbs.rs/edukacija/cirilica/20/kredit/referentna_stopa.htm, 27.02.2019.

⁶⁹ Исто.

⁷⁰ Исто.

без спорне валутне клаузуле у *CHF*, омогућила је корисницима кредита у *CHF* да на почетку уговореног периода отплате отплаћују знатно нижи ануитет – рату кредита у односу на кориснике кредита у *EUR* или динарима, и да им укупна обавеза буде нижа, у ситуацији када им је пуштена у течај номинално иста вредност главнице у динарима, јер је обрачуната камата за период од 20 – 25 година, на кредите у *CHF* била нижа. У прилогу чињеници да су корисници кредита са валутном клаузулом у *CHF* оствари погодност говори и Мишљење Европске централне банке од 16 априла 2018. о конверзији кредита у швајцарским францима (*CON/2018/21*) у коме је констатовано да „нижа каматна стопа на кредите у иностраној валути, у поређењу са каматним стопама на кредите у домаћој валути, повећава тражњу за тим кредитима.”⁷¹ Уговарање валутне клаузуле у *CHF* истовремено је омогућило корисницима да узму виши износ кредита, од износа који би им могао бити стављен на располагање путем кредита у *EUR* или динарима, и да од средстава добијеног кредита, купе стан или другу непокретност, јер је њихова кредитна способност одређена висином зараде или пензије, тако да рата кредита није могла прећи одређени проценат, односно део зараде корисника кредита.

Због тога се приликом контроле правичности конкретне уговорне одредбе мора стално имати у виду целина уговора, односно његове одредбе треба довести у међусобну логичку везу.⁷² У случају потрошачких кредита мора се у целини сагледати валутна клаузула и каматна стопа, односно морају се довести у међусобну логичку везу. То што је током коришћења кредита дошло до повећања курса *CHF* у односу на *EUR*, а курс обе валуте је истовремено повећан и у односу на динар, довело је до тога да је корисницима кредита у *CHF* повећана висина рате у динарима (с тим што је у *CHF* рата остала иста, или чак смањена због снижења каматне стопе услед пада *LIBOR*-а), и њихова укупна обавеза у динарима (која у *CHF* није промењена), довело је до тога да је висина њихове обавезе изједначена са висином обавеза корисника кредита у *EUR*. Другим речима пораст курса *CHF* у односу на *EUR* само је надокнадио разлику у висини каматних стопа између ове две врсте уговора.

У току је велики број спорова пред судовима у Републици Србији у којима корисници стамбених кредита траже раскид уговора због промењених околности или оглашавања уговора у целини или поједине његове одредбе, пре свега валутне клаузуле у *CHF*. Често су ови захтеви у истој тужби истакнути као примарни и евентуални (евентуално спајање тужбених захтева),⁷³ што је

⁷¹ https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/en_con_2018_21_f_sign.pdf, 11.04.2019.

⁷² Вуковић, З., *нав. чланак*.

⁷³ Чл. 197. ст. 2. ЗПП гласи: „Тужилац може два или више тужбених захтева у међусобној вези да истакне у једној тужби, на начин да суд усвоји следећи од тих захтева, ако нађе да претходни захтев није основан.“

процесно дозвољено, јер се међусобно искључују,⁷⁴ с обзиром да се не може раскидати ништав уговор. „Да би егзистирали у оквиру исте тужбе, примарни и евентуални захтев морају се међусобно искључивати.“⁷⁵ Поред „потрошачких спорова“, слични спорови воде се између правних лица – привредних субјеката и банака, с тим што је њихов број далеко мањи али су износи кредита знатно виши.

У пракси Европског суда правде закључено је да се прописима националног законодавства ова питања могу строжије уредити, тако да се може допустити контрола правичности и уговорних одредаба које се тичу предмета уговора или правичне вредности узајамних давања (примерености накнаде за испоручене робе или услуге), и у ситуацијама када су те одредбе формулисане јасно и разумљиво, што није у супротности са одредбама чл. 4. ст. 2. у вези са чл. 8. Директиве 93/13/ЕЕЗ.⁷⁶ Одлука Европског суда правде у овом предмету од значаја је и за наше право, јер домаћи Закон о заштити потрошача, у делу који уређује заштиту од неправичних уговорних одредаба (чл. 41 – 45) није преузео ограничење из члана 4. ст. 2. Директиве 93/13/ЕЕЗ,⁷⁷ већ прописује да су неправичне уговорне одредбе ништаве, као и да је неправична уговорна одредба свака одредба која, противно начелу савесности и поштења, има за последицу значајну несразмеру у правима и обавезама уговорних страна на штету потрошача (чл. 41. ст. 1. и 2). Закон о заштити потрошача, дакле, *laesio enormis* по правној последици (апсолутна ништавост) изједначава са зеленашким уговором, што представља одступање од опште одредбе о рушљивости уговора услед прекомерног оштећења из чл. 139. ЗОО.

7. Предлог закона о конверзији (*lex specialis*)

У време завршетка овог рада (11. април 2019. године) у јавности се појавио и Предлог закона о конверзији остатка дуга по кредитима са валутном клаузулом у швајцарском франку у остатак дуга са валутном клаузулом у евро и начинима његовог намирења. Суштина предложених решења јесте да се износ главнице кредита, која на дан 31.05.2019. године (дан пресека) не прелази износ од шест милиона динара,⁷⁸ (с тим што алтернативни предлог нема лимит,

⁷⁴ Козар, В., Почуча, М., *Коментар Закона о парничном поступку са новелама из 2014. године, судском праксом и регистром појмова*, 2. изд, Београд, 2014, стр. 334.

⁷⁵ Из пресуде Привредног апелационог суда, Пж. 339/2010 од 27.10.2010. године, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/5144>, 1.04.2019.

⁷⁶ Judgment of the Court (First Chamber) of 3 June 2010. Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), Case C-484/08, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0484>, 1.04.2019.

⁷⁷ Вуковић, З., *нав. чланак*.

⁷⁸ При одређивању горње границе, односно лимита висине кредита који подлежу обавезној конверзији, предлагач су пошли од чињенице да је одређени број грађана Републике Србије задужен код банака по основу стамбених кредита применом валутне

већ важи за све дужнике без обзира на износ кредита)⁷⁹ увећан за доспеле, а ненаплаћене редовне камате, затезне камате и друге обавезе у складу са уговором о стамбеном кредиту, у року од 90 дана без сагласности корисника,⁸⁰ конвертује у валуту *EUR* по средњем курсу Народне банке Србије, на дан конверзије,⁸¹ и умањи за 30%,⁸² или за 40% главнице.⁸³ Банка 2/3 износа умањења би вршила на терет свог потраживања од сваког клијента, а 1/3 од износа умањења банци би надокнадила Република Србија. Каматна стопа коју би банка применила на остатак дуга након спроведене конверзије је важећа каматна стопа коју банке уговарају са корисницима стамбених кредита са валутном клаузулом у еврима на дан конверзије. Предложено је и алтернативно решење – да се настави отплата конвертованог дуга по каматној стопи од 3,5% годишње.⁸⁴ Предлог важи за све задужене без обзира на износ кредита. Конверзија валуте у којој је исказана валутна клаузула, смањивање дуга и промена каматне стопе на остатак дуга, не сматрају се преновом (новацијом) у смислу ЗОО, сва средства обезбеђења остају на снази, и обустављају се текући судски поступци између банака и корисника кредита, и то како парнични поступци који имају за предмет одредбе уговора о стамбеном кредиту са валутном клаузулом у *CHF*, тако и извршни поступци за наплату потраживања или одређивање привремене мере на основу или у вези наведених уговора, с тим што свака странка сноси своје трошкове из поступака. Ефекти настали отписом остатка дуга били би изузети од опорезивања⁸⁵. Предложена решења

клаузуле у швајцарском франку, при чему је просечна вредност тих кредита испод 100.000,00 *CHF*.

⁷⁹ „Лекс специјалис за задужене у швајцарцима: Отписује се 40 одсто главнице“, <https://www.telegraf.rs/vesti/ekonomija/3049979-leks-specijalis-za-zaduzene-u-chf-otpisuje-se-40-odsto-glavnice>, 10.04.2019.

⁸⁰ Измене начина испуњења обавезе по кредиту са валутном клаузулом у *CHF* без сагласности корисника, објашњавају се тиме што су прописане у корист дужника - корисника кредита.

⁸¹ Дан конверзије је дан дефинисан планом отплате и обавештењем које банка доставља кориснику кредита о примени одредаба предложеног закона.

⁸² „Случај "швајцарци": Банке предлажу отпис 30 одсто главнице, држава да плати 10 одсто“, <https://www.kamatica.com/vest/slucaj-svajcarci-banke-predlazu-otpis-30-odsto-glavnice-drzava-da-plati-10-odsto/58352>, 9.04.2019.

⁸³ „Лекс специјалис за задужене у швајцарцима: Отписује се 40 одсто главнице“, <https://www.telegraf.rs/vesti/ekonomija/3049979-leks-specijalis-za-zaduzene-u-chf-otpisuje-se-40-odsto-glavnice>, 10.04.2019.

⁸⁴ Исто.

⁸⁵ У случају делимичног отписа потраживања из уговора о кредиту постоји обавеза плаћања пореза по одбитку, и то по стопи од 20%, уз одговарајуће изузетке предвиђене у чл. 85. ст. 7 - 9. Закона о порезу на доходак грађана, *Службени гласник РС*, бр. 24/2001, 80/2002, 135/2004, 62/2006, 65/2006, 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 (Одлука Уставног суда), 93/2012, 114/2012 (Одлука Уставног суда), 47/2013, 48/2013, 108/2013, 57/2014, 68/2014, 112/2015, 113/2017, 95/2018: „Изузетно од ст. 1. овог члана,

би се примењивала на стамбене кредите без обзира да ли су у редовној отплати, проглашени доспелим, у поступку принудне наплате или су предмет било ког судског поступка.⁸⁶ Међутим, закон се не би примењивао на стамбене кредите банака који су отплаћени пре његовог ступања на снагу.

У „прелазним и завршним одредбама“ предложен је генерални став о пуноважност валутне клаузуле, односно о њеној допуштености у уговорима о кредиту који нису предмет предложеног закона: „Полазећи од тога да је валутна клаузула у валути *CHF*, као и у било којој другој валути апсолутно и безусловно дозвољена прописима Републике Србије, уговори о стамбеним кредитима индексирани у валути *CHF* чије намирење остатка дуга није предмет овог Закона, остају пуноважни у облику и под условима како су уговорени и извршаваће се на уговорени начин уз примену општих прописа.“

8. Стечај потрошача као излаз из презадужености

Задуживање грађана кредитима у иностраној валути применом валутне клаузуле омогућено је либерализацијом облигационих односа из 1993. године и девизног пословања из 2002. и 2006. године. Обнављањем тржишта стамбених кредита отворена је могућност решавања стамбених питања грађана, задуживањем стамбеним кредитима у иностраној валути. Јачање вредности швајцарске националне валуте из 2011. и 2015. године у односу на евро и динар, довела је многе грађане задужене у овој валути у ситуацију да не могу да одговоре својим финансијским обавезама. Отежан финансијски положај грађана проузроковао је погоршање њиховог укупног социјалног положаја, повећање броја проблематичних кредита, као и судских спорова пред судовима опште и посебне надлежности у Републици Србији.

порез на друге приходе не плаћа се на примање физичког лица - клијента банке (у даљем тексту: дужник) када банка отпише потраживање према дужнику под условима под којима се на терет расхода банке признаје отпис вредности појединачних потраживања по основу кредита сагласно одредбама закона којим се уређује порез на добит правних лица (ст. 7). Порез на друге приходе не плаћа се ни у случају отписа преосталог дела потраживања банке од дужника, који није наплаћен из средстава остварених продајом непокретности која се спроводи у складу са законом (ст. 8). Порез на друге приходе не плаћа се ни у случају отписа дела потраживања који банка има према дужнику по основу кредита када, сагласно међусобном вансудском поравнању, дужник исплати део потраживања који банка има према њему а преостали део тог потраживања банка отпише (ст. 9)“ Више: Козар, В., Алексић, Н., *Правне последице раскида уговора о кредиту са валутном клаузулом због промењених околности*, Право и привреда, бр. 1-3/2017, стр. 90.

⁸⁶ Потраживање уређено предложеним законом не би имало третман проблематичног кредита (*NPL*), односно проблематичне имовине (*NPE*), у смислу прописа о адекватности капитала, односно класификацији билансне активе и ванбилансних ставки банке, које доноси Народна банка Србије.

Законом о стечају⁸⁷ уређују се услови и начин покретања и спровођења стечаја над правним лицима (чл. 1 ст. 1), што значи да није могуће спровођење стечаја над физичким лицем, корисником финансијских услуга или потрошачем. Намирење поверилаца и наплата потраживања према физичком лицу, односно на његовој имовини могућа је само у извршном поступку, као поступку појединачног – индивидуалног извршења, али не и у поступку стечаја, као поступку колективног намирења поверилаца генералним извршењем на целокупној имовини стечајног дужника.

Индивидуални стечај корисника кредита, који у нашој теорији и пракси представља непознаницу, могао би представљати бољи излаз из презадужености појединца,⁸⁸ уместо покретања парничних поступака за раскид или ништавост уговора о кредиту са валутном клаузулом, са неизвесним исходом, а извесним великим трошковима. Стога би, поред креативне улоге судске праксе у примени постојећих закона и доношења посебног закона о конверзији, требало размотрити и увођење института индивидуалног стечаја физичких лица – потрошача у праву Републике Србије, по угледу на савремена европска законодавства, који би на општи начин уредио решавање проблема физичких лица, која не могу да одговоре својим финансијским обавезама и њихових поверилаца, међу којима су најзаступљеније домаће банке.

8.1. Стечај потрошача у упоредном праву

У праву Републике Хрватске Стечајним законом из 1996. године⁸⁹ уведена је могућност стечаја над имовином две категорије физичких лица – трговца појединца и обртника. Институт ослобођења од преосталих обавеза омогућио је овим лицима нови почетак, након што се у стечајном поступку уновчи њихова расположива имовина. Приликом реформе стечајног права из 1996. године оцењено је да у Хрватској још нису сазрели услови за увођење посебне врсте стечајног поступка за физичка лица која се не баве трговачком или занатском делатношћу.⁹⁰ Доношењем Стечајног закона из 2015. године⁹¹ проширен је круг физичких лица која обављају привредну делатност, над чијом имовином се може спровести стечајни поступак. Доношењем Закона о стечају

⁸⁷ *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 71/2012 (Одлука Уставног суда), 83/2014, 113/2017, 44/2018, 95/2018.

⁸⁸ Опачић, А., Козар, В., *Утицај мас-медија на креирање потрошачког менталитета као узрока инсолвентности појединца*, Култура полиса, Посебно издање, 4, *Утицај масовних медија на деградацију савременог друштва*, година XV (2018), стр. 111-124.

⁸⁹ *Народне новине*, бр. 44/96.

⁹⁰ Гарашевић Ј., *Како законски регулисати „особни стечај“ у Хрватској*, Зборник радова Правног факултета у Загребу, Vol. 61, бр. 5/2011. стр. 1487-1514, <https://hrcak.srce.hr/74386>, 17.01.2019.

⁹¹ *Народне новине*, бр. 71/15, 104/17.

потрошача⁹² уведена је могућност спровођења стечаја над имовином свих физичких лица, дакле и лица која се не баве привредном делатношћу.⁹³ Могућност свих физичких лица да се под одређеним претпоставкама ослободе од преосталих обавеза према својим повериоцима постоји у многим модерним европским законодавствима.⁹⁴

9. Закључак

Оглашавањем ништавим великог броја уговора, односно појединих клаузула, без изричитог утемељења у закону, представља одступање од начела *in favorem contractus*, чиме се нарушава правна сигурност, као темељно начело правног поретка, и принципи слободе уговарања и *pacta sunt servanda*, на којима се заснива облигационо право.

Конверзија обавеза на основу курса евра, који је важио на дан закључења уговора о кредиту са валутном клаузулом у *CHF*, представља меру са ретроактивним дејством која умањује правну извесност, што није у складу са принципом легитимних очекивања и може утицати на стечена права.

У правном схватању Врховног касационог суда није направљена разлика између физичких лица – корисника финансијских услуга и правних лица – привредних друштава и других привредних субјеката. Нису узети у обзир извори из којих корисници кредита финансирају отплату, имајући у виду кориснике који примају пензију, зараду или друге дознаке из иностранства у *CHF* или поседују уштеђевину у тој валути, што преставља својеврсни хедџинг (*hedging*),⁹⁵ јер отклања негативне ефекте раста курса швајцарског франка на ту категорију становништва. Није направљена разлика између стамбених кредита и кредита за друге намене – нпр. за обртна средства који су одобрени предузетницима и сл. Такође, није направљена разлика у погледу намене некретнине - да ли је кредитирана куповина непокретности у којој корисник живи, или је у питању непокретност намењена издавању или другој привредној делатности предузетника или привредних друштава. Нису решене правне последице кредита који су већ отплаћени, или у којима је извршена конверзија или друга измена уговора закључењем анекса, по једном од четири модела НБС.

⁹² Народне новине, бр. 100/15.

⁹³ Марковић Н., *Стечај потрошача у Републици Хрватској*, Зборник радова: Актуелна питања из области грађанског права у Босни и Херцеговини – теорија и пракса, Бања Лука - Јахорина, 2018, стр. 215–216.

⁹⁴ Прописе о личном стечају потрошача познају Велика Британија, Аустрија, Немачка, Француска, Белгија, Ирска, Шпанија, Луксембург, Холандија, Данска, Малта, Чешка и Словенија.

⁹⁵ Хедџинг (енгл. *hedging*) представља осигурање од ризика који произлази из пословања - *Финансијски деривати*, https://www.nbs.rs/internet/latinica/33/33_3/publikacije/brosura_finansijski_derivati.pdf, 9.04.2019. стр. 6.

Поред доношења посебног закона о конверзији, увођење индивидуалног стечаја потрошача допринело би решавању проблема физичких лица, која не могу да редовно отплаћују своје дугове, међу којима су и корисници кредита са валутном клаузулом.

*Vladimir Kozar, Ph.D., Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, University Business Academy in Novi Sad*

VOIDNESS OF CURRENCY CLAUSE - RESTRICTION OF FREEDOM OF PROVISION OF FINANCIAL SERVICES AND THE DISTORTION OF THE LEGAL CERTAINTY

Summary

The paper presents the legal provisions, the views of jurisprudence, as the opinion of the legal science, about the validity of the currency clause in the loan agreements. It is explained that the foreign currency clause is a foreign currency obligation of the borrower. The paper analyzes the uneven practice of domestic courts. Particular attention was paid to the Legal Interpretation of the Civil Department of the Supreme Court of Cassation on the validity of a foreign currency clause in a loan agreement in Swiss francs and a conversion of debt into the euro. It was pointed out the legal consequences of the nullity of this contractual provision. The ineffectiveness of the essential provision of the contract leads to a violation of the principle in favorem contractus. The author considers that the conversion according to the exchange rate that was valid at the time of the conclusion of the contract is a measure with a retroactive effect, which is contrary to the principle of legal certainty.

Key words: *credit; currency clause; Swiss francs; loan agreement; voidness; conversion; retroactivity; legal certainty; legitimate expectations, bankruptcy of the consumer.*

Литература

- Билтен Врховног касационог суда, бр. 1/2018, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/54476>, 10.04.2019).
- Вуковић, З., *Објективно (ratione materiae) подручје примене правних правила која уређују неправичне одредбе у потрошачким уговорима*, Гласник права, Правни факултет у Крагујевцу, (Online), <http://www.jura.kg.ac.rs/index.php/sr/10c3.htm>, 5.04.2019.
- Врховшек, М., Козар, В., *Проглашење извршења недопуштеним, опозициона и излучна тужба*, Право и привреда, бр. 5-8/2001.
- Гарашкић, Ј., *Како законски резулисати „особни стечај“ у Хрватској*, Зборник радова Правног факултета у Загребу, Vol. 61, бр. 5/2011. <https://hrcak.srce.hr/74386>, 17.01.2019.
- Ђорђевић, Ж., Станковић, В., *Облигационо право*, Београд, 1986.
- Качер, Х., Иванчић Качер, Б., *Проблеми познати као CHF case у 2016. год. – quo vadis CHF*, Зборник радова: *Услуге и услужна правила*, Крагујевац, 2016, стр. 190.
- Караникић Мирић, М., *Неправичне одредбе у потрошачким уговорима*, Зборник радова: *Правни капацитет Србије за европске интеграције – књ. IV*, Београд, 2009.
- Ковачевић, Р., *Економетријско моделирање девизних курсева евра, британске фунте и јена према долару - мултиваријантни garch приступ*, Банкарство, бр. 4/2017, vol. 46.
- Козар, В., Алексић, Н., *Нарушавање начела једнаке вредности давања уговарањем валутне, девизне или индексне клаузуле*, Зборник радова: *Услуге и одговорност*, Крагујевац, 2017.
- Козар, В., *Оспоравање потраживања из извршне исправе по новом Закону о стечају*, *Правни живот*, бр. 11/2010.
- Козар, В., Алексић, Н., *Правне последице раскида уговора о кредиту са валутном клаузулом због промењених околности*, *Право и привреда*, бр. 1-3/2017.
- Kozar, V., *Violation of the Principle of Equality of Consideration by Contracts with Currency or Index clause in Banking Operations, Sixth International Scientific Conference Employment, Education and Entrepreneurship (EEE2017), Book of Abstracts* (ed. Vladimir Ristanović, et al), Belgrade, Serbia, 2017.
- Козар В., Почуча М., *Коментар Закон о парничном поступку са новелама из 2014. године, судском праксом и регистром појмова*, 2. изд., Београд, 2014.
- Марковић Н., *Стечај потрошача у Републици Хрватској*, Зборник радова: *Актуелна питања из области грађанског права у Босни и Херцеговини – теорија и пракса*, Бања Лука - Јахорина, 2018.
- Nebbia, P., *Unfair Contract Terms in European Law, A Study in Comparative and EC Law*, Hart Publishing, 2007.
- Опачић, А., *Заштита корисника финансијских услуга у контексту хармонизације са правом ЕУ*, Зборник радова: *Услуге и заштита корисника*, Крагујевац, 2015.
- Опачић, А., Козар, В., *Утицај мас-медија на креирање потрошачког менталитета као узрока insolventности појединца*, *Култура полиса*, Посебно издање 4 *Утицај масовних медија на деградацију савременог друштва*, година XV (2018).
- Пантелић, Н., *Природа задуживања банака у иностраној валути*, *Правни живот*, бр. 11/2016.
- Познић, Б., *Грађанско процесно право*, Београд, 1987.
- Субић, В., *Закључак са округлог стола - О спорним питањима примене права у грађанској материји" - Банкарски уговор о динарском кредиту са валутном клаузулом - Пуноважност и раскид*, Билтен Врховног касационог суда, бр. 3/2016, <http://www.propisionline.com>, 8.04.2019.
- Судска пракса трговинских судова*, бр. 1/2003

Зборник радова „Слобода пружања услуга и правна сигурност”,
Крагујевац, 2019.

Судска пракса, Софтверски пакет за правнике, "Intermex", Београд, 2013,
Папић, П., *Валутна клаузула, раскид и последица раскида уговора о кредиту са валутном
клаузулом*, Правни живот, бр. 11/2016.

<https://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-23732016-obligaciono-pravo-ugovor-o-kreditu-raskidanje-ili-izmene-ugovora-zbog-promenjenih>, 28.08.2018.

https://www.nbs.rs/internet/latinica/33/33_3/publikacije/brosura_finansijski_derivati.pdf,
9.04.2019.

<http://www.ubs-asb.com/Default.aspx?tabid=10320>, 9.04.2019.

https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/en_con_2018_21_f_sign.pdf, 11.04.2019.

<http://www.propisionline.com/Practice/Decision/18205>, 01.09.2017.

<http://www.propisionline.com/Practice/Decision/5930>, 01.09.2017.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A52000DC0248>, 5.04.2019.

http://www.tvojnovac.nbs.rs/edukacija/cirilica/20/kredit/referentna_stopa.htm, 27.02.2019.

https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/en_con_2018_21_f_sign.pdf, 11.04.2019.

<http://www.propisionline.com/Practice/Decision/54979>, 10.04.2019.

<http://www.propisionline.com/Practice/Decision/5144>, 1.04.2019.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0484>, 1.04.2019.

<https://www.telegraf.rs/vesti/ekonomija/3049979-leks-specijalis-za-zaduzene-u-chf-otpisuje-se-40-odsto-glavnice>, 10.04.2019.

<https://www.kamatica.com/vest/slucaj-svajcarci-banke-predlazu-otpis-30-odsto-glavnice-drzava-daplati-10-odsto/58352>, 9.04.2019.

<https://www.telegraf.rs/vesti/ekonomija/3049979-leks-specijalis-za-zaduzene-u-chf-otpisuje-se-40-odsto-glavnice>, 10.04.2019

https://www.nbs.rs/internet/latinica/33/33_3/publikacije/brosura_finansijski_derivati.pdf, 9.04.2019.

Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010 (OJ L 60, 28.2.2014, p. 34, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32014L0017>, 11.04.2019.

Историјски преглед каматних стопа НБС на новчаном тржишту,
http://www.nbs.rs/internet/latinica/30/30_4/30_4_5/, 27.02.2019.

Council directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *EN Official Journal of the European Communities*, L 95/29, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:en:HTML>, 5.04.2019.

Мишљење Европске централне банке од 16 априла 2018. о конверзији кредита у швајцарским францима (CON/2018/21), https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/en_con_2018_21_f_sign.pdf, 11.04.2019.

Одговори на питања привредних судова - *Судска пракса привредних судова - билтен бр. 4/2015*, Електронска правна база Paragraf lex, <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/10.05.2018>.

Одлука о мерама за очување стабилности финансијског система у вези с кредитима индексираним у страниј валути, *Службени гласник РС*, бр. 21/2015, 51/2015

Одлука о адекватности капитала банке, *Службени гласник РС*, бр. 103/2016, 103/2018, тач. 363. ст. 3.

Одлука о адекватности капитала банке (*Службени гласник РС*, бр. 57/2006, 116/2006, 56/2007, 35/2008).

Владимир Козар, Ништавост валутне клаузуле - ограничење слободе пружања финансијских услуга и нарушавање правне сигурности (стр. 217-246)

Правно схватање усвојено на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда одржаној 2. априла 2019. године, <https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Pravno%20shvatanje%20CHF.pdf>, 8.04.2019.

Стечајни закон, *Народне новине*, бр. 44/96.

Стечајни закон, бр. 71/15, 104/17.

Закон о облигационим односима – ЗОО, "*Службени лист СФРЈ*", бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, "*Службени лист СРЈ*", бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99.

Закон о девизном пословању – ЗДП, *Службени лист РС*, бр. 119/2012, 139/2014, 30/2018.

Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 78/2011 (други закон), 101/2011, 101/2013, 40/2015 (други закон), 106/2015, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 (Одлука Уставног суда).

Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014, 6/2016 (други закон), 44/2018 (други закон).

Закон о парничном поступку – ЗПП, "*Службени гласник РС*", бр. 72/2011, 49/2013 (Одлука Уставног суда), 74/2013 (Одлука Уставног суда), 55/2014, 87/2018.

Закон о порезу на доходак грађана, *Службени гласник РС*, бр. 24/2001, 80/2002, 135/2004, 62/2006, 65/2006, 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 (Одлука Уставног суда), 93/2012, 114/2012 (Одлука Уставног суда), 47/2013, 48/2013, 108/2013, 57/2014, 68/2014, 112/2015, 113/2017, 95/2018.

Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016 (Аутентично тумачење), 113/2017 (Аутентично тумачење).

Закон о хипотеци – ЗХ, "*Службени гласник РС*", бр. 106/2015, 106/2016 (Аутентично тумачење), 113/2017 (Аутентично тумачење).

Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014, 6/2016, 44/2018.

Закон о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 71/2012 (Одлука Уставног суда), 83/2014, 113/2017, 44/2018, 95/2018.

Закон о стечају потрошача, *Народне новине*, бр. 100/15.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

338.46:34(082)

МЕЂУНАРОДНИ научни скуп Слобода пружања услуга и правна сигурност (2019 ; Крагујевац)

Слобода пружања услуга и правна сигурност : [зборник реферата са Међународног научног скупа одржаног 17. маја 2019. године, на Правном факултету у Крагујевцу у организацији Института за правне и друштвене науке Правног факултета Универзитета у Крагујевцу] / уредник Миодраг Мићовић. - Крагујевац : Правни факултет Универзитета, Институт за правне и друштвене науке, 2019 (Крагујевац : Графопромет). - XII, 1116 стр. ; 25 cm

Текст ћир. и лат. - Тираж 120. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Summaries.

ISBN 978-86-7623-088-4

1. Мићовић, Миодраг, 1954- [уредник]
а) Услужне делатности -- Правни аспект -- Зборници б) Услуге --
Правна заштита -- Зборници

COBISS.SR-ID 276258828