

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У КРАГУЈЕВЦУ

УСЛУГЕ И ОДГОВОРНОСТ

**Уредник
МИОДРАГ МИЋОВИЋ**

**Крагујевац
2017.**

УСЛУГЕ И ОДГОВОРНОСТ

Зборник реферата са Међународног научног скупа одржаног 19. маја 2017. године, на Правном факултету 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
Јована Цвијића 1, 34000 Крагујевац
Тел: (034) 306 510
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: 100

ISBN 978-86-7623-074-7

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
Др Немања Алексић, адвокат, Нови Сад*

УДК: 336.717.061:347.455

НАРУШАВАЊЕ НАЧЕЛА ЈЕДНАКЕ ВРЕДНОСТИ ДАВАЊА УГОВАРАЊЕМ ВАЛУТНЕ, ДЕВИЗНЕ ИЛИ ИНДЕКСНЕ КЛАУЗУЛЕ

Резиме

*У раду су приказане законске одредбе, ставови судске праксе, као мишљења правне науке, о утицају валутне, девизне и индексне клаузуле на начело једнаке вредности давања. Посебно је размотрена могућност нарушавања начела еквиваленције престаџија у уговорима о кредиту који садрже наведене клаузуле. Указано је на заштиту начела еквивалентности клаузулом *rebus sic stantibus* од нарушавања услед промењених околности. Питање дејства раскида добило је на значају доношењем прве правноснажне судске пресуде којом је усвојен тужбени захтев за раскид уговора о кредиту са валутном клаузулом због промењених околности, а којом није одлучено о правним последицама раскида. У раду је приказана нова судска пракса, пре свега правноснажна пресуда о раскиду којом је суд, усвајајући тужбени захтев, изрекао раскид уговора о дугорочном стамбеном кредиту „услед битно промењених околности“, као и супротно правно схватање, изражено у другој правноснажној пресуди, према коме „повећање курса швајцарског франка у односу на моменат закључења уговора у смислу чл. 133. ст. 1. ЗОО, не представља оправдан разлог за тражени раскид уговора. Са посебном пажњом размотрено је питање пуноважности уговарања валутне клаузуле у кумулацији са уговорном каматом, укључујући и ставове судске праксе. Такође, указано је на немогућност оглашавања ништавим уговора са валутном клаузулом применом института зеленашког уговора.*

Кључне речи: *еквиваленција престаџија; кредит; валутна клаузула; раскид уговора; промењене околности; зеленашки уговор; *clausula rebus sic stantibus*.*

1. Увод

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). 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. Валутна клаузула у уговорима о кредиту, посебно када је вредност обавезе исказана у швајцарским францима, изазвала је велики број спорова, о пуноважности ове клаузуле или правног посла у целини због нарушавања начела једнаке вредности давања услед наглог пораста курса швајцарског франка у односу на евро и динар. Такође, поставило се и питање могућности примене других правних института на уговоре о кредиту са валутном или сличним клаузулама (индексном, девизном), као што су раскид уговора због промењених околности, поништај уговора због прекомерног оштећења, као и ништавост зеленашких уговора. Закон о облигационим односима¹ и Закон о девизном пословању² дозвољавају уговарање валутне клаузуле.

2. Заштита начела еквивалентности клаузулом *rebus sic stantibus* од нарушавања услед промењених околности

Раскид уговора због промењених околности (*clausula rebus sic stantibus*) је могућност да једна уговорна страна тражи промену своје престације (давања, чињења, нечињења) и то услед наступања околности које угрожавају првобитну вољу уговорних страна, а нису се могле предвидети, све у циљу постизања еквиваленције узајамних давања. По клаузули *rebus sic stantibus* сваки уговор важи само дотле док се прилике које су постојале у време његовог закључења битније не промене). Начело једнаке вредности давања, као основно правило двострано теретних уговора, заштићено је, поред прекомерног оштећења и забране зеленашких уговора, још и могућношћу раскида или измене уговора због промењених околности. Док се код прекомерног оштећења несклад узајамних престација процењује у моменту закључења уговора, овде је хипотеза да је до тог несклада дошло после закључења уговора, тачније у току његовог извршења.³ Ово начело има карактер претпоставке. Наиме, претпоставља да субјекти, при заснивању облигационих односа, садржину тих односа постављају на начелу једнаке вредности давања. Ова претпоставка је оборива (*praesumptio iuris tantum*), што значи да заинтересовано

¹ "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, даље у тексту и фуснотама: ЗОО

² "Службени гласник РС", бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014

³ Перовић, С., *Облигационо право*, Београд, 1986, стр. 421. и 422.

лице може доказивати, у случајевима у којима то није искључено законом, да не постоји једнакост вредности давања.⁴ У модерној правној теорији преовлађује схватање да клаузулу *rebus sic stantibus* треба третирати као правно средство, чија је функција заштита начела еквивалентности кад оно буде нарушено услед промењених околности.⁵ Институт раскидања или измене уговора због промењених околности, који је прихваћен и у нашем праву (чл. 133 – 136. ЗОО) коси се са начелом *pacta sunt servanda*. 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 могућно.⁶ Ово начело је основица сигурности правног промета.⁷

3. Раскидање уговора о кредиту са валутном клаузулом у швајцарским францима због промењених околности

На овом месту дајемо краћу анализу правноснажне пресуде о раскиду уговора о кредиту са валутном клаузулом у швајцарским францима због промењених околности,⁸ уз напомену да о правним последицама раскида није одлучивано пресудом. Поређењем кретања курса валута РСД, CHF и EUR у периоду од септембра 2008. године, када је закључен уговор о дугорочном стамбеном кредиту са валутном клаузулом у швајцарским францима, до октобра 2015. године, када је сачињен налаз и мишљење вештака у парничном поступку,⁹ судови су заузели правни став да су испуњени законом предвиђени услови за раскид уговора о дугорочном стамбеном кредиту услед битно промењених околности, уз образложење да је „након закључења уговора дошло до великог

⁴ Ђорђевић, Ж., Станковић, В., *Облигационо право*, Београд, 1986, стр. 61

⁵ Исто, стр. 266.

⁶ Начело *pacta sunt servanda* садржано је у чл. 17. ст. 1. ЗОО, који прописује да су стране у облигационом односу дужне да изврше своју обавезу и одговорне су за њено испуњење

⁷ Ђорђевић, Ж., Станковић, В., *нав. дело*, стр. 266.

⁸ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж. бр. 1781/16 од 01.09.2016. године, којом се одбија жалба туженог (банке) и потврђује пресуда Вишег суда у Новом Саду број П. 27/2015 од 11.02.2016. године (Параграфова збирка судске праксе Апелационог суда у Новом Саду, бр. 5/2016, доступно на адреси: <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/> 10.04.2017) Против наведене пресуде изјављена је ревизија, о којој још није одлучено (према подацима са Портала судова Србије, доступно на адреси: <https://tpson.portal.sud.rs/tposvs/> 11.04.2017.

⁹ Поређењем курса валута РСД, CHF и EUR, утврђено је да је у периоду од септембра 2008. године до октобра 2015. године курс CHF порастао за 129% у односу на РСД, а да је курс евра порастао за 57% у односу РСД, односно да је „ниво ап्रेसијације CHF у односу на евро у периоду од дана потписивања уговора (05.09.2008. године) до дана вештачења (29.10.2015. године) износи 1,46 што значи да је курс CHF повећан за 46% више у односу на раст курса евра у истом периоду.“

скока валуте CHF“, услед чега је и висина обавезе корисника кредита ... тужилаца, а која је предметним уговором условљена курсом валуте CHF, увећана у тој мери да не одговара очекивањима тужилаца као корисника кредита, јер отежава испуњење њихових уговорних обавеза, па је самим тим доведена у питање и сврха предметног уговора...“ Иако је заузео став да је у тренутку закључивања предметног уговора било дозвољено уговарање валутне клаузуле, као и да уговор није ништав од закључења, дакле да је у питању у целини пуноважан правни посао, суд је применом института „Раскидања или измене уговора због промењених околности“ из чл. 133 - 136. ЗОО, пресудом којом усваја тужбени захтев, изрекао раскид уговора о дугорочном стамбеном кредиту „услед битно промењених околности“, закључивши да су услед раста курса швајцарског франка у односу на EUR и РСД испуњени услови за раскид уговора из чл. 133. ст. 1. ЗОО (да су после закључења уговора наступе околности које отежавају испуњење обавезе једне стране – корисника кредита, као и да се због њих не може остварити сврха уговора, односно да уговор више не одговара очекивањима корисника кредита).

Као противаргумент позивању на једну судску пресуду, дакле одлуку донету у појединачном случају, која није извор права, односно на појединачно мишљење једног судског већа садржано у тој одлуци којом је усвојен тужбени захтев за раскид уговора о кредиту са валутном клаузулом у швајцарским францима због промењених околности, наводимо другу судску одлуку истог суда – пресуду Апелационог суда у Новом Саду Гж. бр. 3042/2015 од 03.11.2015. године,¹⁰ у којој је заузет супротан правни став према коме „повећање курса швајцарског франка у односу на моменат закључења уговора 13.11.2007. године“... „у смислу чл. 133. ст. 1. ЗОО, не представља оправдан разлог за тражени раскид уговора...“ Према ставу заузетом у наведеној другостепеној пресуди: „Основано се жалбом тужене указује да је првостепени суд одлуку о евентуалном тужбеном захтеву донео погрешном применом одредаба материјалног права. Промена курса швајцарског франка не представља околност коју тужиља, у време када је закључила предметни уговор о кредиту и анекс истог, није могла очекивати и предвидети, будући да промена курса страних валута у односу на динар није неуобичајена појава на домаћем девизном тржишту. Бирајући швајцарски франак за валуту везивања износа месечног ануитета отплате свог динарског кредита, тужиља је свесно прихватила ризик да током будућег периода отплате од 204 месеца, може доћи до промене курса, тако да околност наглог скока CHF у односу на динар, и друге валуте, супротно закључку првостепеног суда, у смислу одредбе чл. 133. ст. 1. ЗОО, не представља оправдан разлог за тражени раскид уговора због отежаног испуњења обавезе, нити је испуњен услов за

¹⁰ Против наведене пресуде изјављена је ревизија, о којој још није одлучено, према подацима са Портала судова Србије, доступно на адреси: <https://tpson.portal.sud.rs/tposvs/11.04.2017>

раскид уговора због немогућности остварења сврхе уговора, будући да је тужиља остварила сврху уговора куповином куће средствима предметног кредита.“

У наведеним пресудама судови, поступајући у границама тужбеног захтева, нису одлучивали о правним последицама односно о дејству раскида уговора због промењених околности, које могу бити веома неповољне за банку и довести до отписа 65% потраживања.¹¹

4. Пуноважност уговарања валутне клаузуле у кумулацији са уговорном каматом

Постоји вероватноћа да ће став који је заузет у наведеној пресуди Апелационог суда у Новом Саду, Гж. бр. 1781/16 од 01.09.2016. године, ако опстане у поступку по ревизији, бити примењен не само на уговоре у којима је валута обавезе исказана у швајцарским францима, већ и на уговоре о кредитима у којима је валута обавезе евро, на штету правне сигурности, као врхунског начела правног поретка, а тиме и на штету општег интереса, уз примену истог или других правних института са сличним последицама (нпр. ништавост појединих уговорних одредаба, као што су одредбе о валутној клаузули или одредбе о камати, због „забране двоструке ревалоризације обавезе кроз валутну клаузулу и уговорену каматну стопу и/или затезну камату“, и сл), о чему већ постоје правноснажне судске пресуде.¹² Додуше у спорном уговору „о дугорочном готовинском кредиту“ из 2005. године, са роком враћања од 48 месеци, уз камату од 1,171%, није доследно примењена валутна клаузула, јер није извршено уговарање вредности обавезе у девизама (валута обавезе),¹³ већ је и износ кредита, као и износ рате изражен, односно уговорен у динарима, с тим што је у посебном члану предвиђена „ревалоризација“ тако што је уговорено да „банка задржава право да ... ревалоризује преостали неотплаћени, а искоришћени део кредита, укључујући и камату, у складу са сваком променом средњег курса ЕУР-а у односу на курс истог који је важио на дан пуштања средстава, ...“ У конкретном случају, у

¹¹ Козар, В., Алексић, Н., Пантелић, Н., *Раскид уговора о кредиту са валутном клаузулом због промењених околности и правне последице раскида*, Београд, 2017, стр. 27.

¹² Став о забрани двоструке ревалоризације кроз валутну клаузулу и уговорену каматну стопу заузет је у пресуди Основног суда у Шапцу, П. 1230/13 од 19.10.2015. године, која је потврђена пресудом Вишег суда у Шапцу Гж. бр. 95/2016 од 06.05.2016. године, против које је изјављена ревизија, о којој још није одлучено, према подацима са Портала судова Србије, доступно на адреси: <https://tpson.portal.sud.rs/tposvs/> 13.04.2017.

¹³ Закон о девизном пословању у чл. 2. тач. 24. садржи следећу дефиницију појма валутне клаузуле: „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).“

суштини, уговорена је „индексна клаузула“,¹⁴ с тим што се индексација врши према промени курса валуте евро уместо према индексу цена утврђеног од стране овлашћене организације, којим се изражава промене цена добара, роба и услуга, за које је везан износ новчане обавезе у домаћем новцу. Ова врста индексне клаузуле у прописима се назива „девизна клаузула“ а њена примена „индексирање девизном клаузулом“.¹⁵

Судови, дакле, нису дозволили примену „ревалоризације“ главнице и камате, односно везивање за промену курса евра (што је, у суштини девизна клаузула, односно индексирање у валути евро), у кумулацији са законском затезном каматом на динаре, уз образложење да је у затезној камати већ садржана ревалоризација, путем стопе раста цена на мало, односно месечне стопу раста потрошачких цена, која „покрива“ и промене курса динара у односу на валуту евро. Наиме, Закон о висини стопе затезне камате,¹⁶ који је важио у периоду од 2001 – 2012 године, у члану 2. прописује да се стопа затезне камате састоји се од: 1. месечне стопе раста потрошачких цена 2. фиксне стопе од 0,5% месечно (с тим да је до измене објављена у "Сл. гласнику РС", бр. 31/2011 од 9. маја 2011. године, ревалоризација вршена применом месечне стопе раста цена на мало) што значи да је у стопи затезне камате садржана и ревалоризација. Важећи Закон о затезној камати,¹⁷ који је ступио на снагу у децембру 2012. године, у чл. 3. прописује да се стопа затезне камате на износ дуга који гласи на динаре, утврђује се годишњем нивоу у висини референтне каматне стопе Народне банке Србије увећане за осам процентних поена. Како се висина референтне каматне стопе утврђује у зависности од висине инфлације, односно раста цена, следи закључак да проблем недозвољене кумулације ревалоризације и затезне камате, постоји и у периоду после ступања на снагу новог закона.

¹⁴ У чл. 396. ЗОО, који је брисан новелом из 1993. године, било је прописано ограничење у уговарању индексне клаузуле, којом се износ новчане обавезе у домаћем новцу везује за промене цена добара, роба и услуга изражених индексом цена утврђеним од стране овлашћене организације. Закон је везивање износа новчане обавезе у домаћем новцу за промене цена, изричито називао „индексна клаузула“.

¹⁵ У тач. 368. ст. 2. Одлуке о адекватности капитала банке ("Службени гласник РС", бр. 46/2011, 6/2013, 51/2014, 85/2016), прописано је: "Под девизном имовином и девизним обавезама, у смислу ове одлуке, подразумевају се, поред имовине и обавеза исказаних у иностраној валути - и имовина и обавезе исказани у динарима и индексирани девизном клаузулом, при чему се под девизном клаузулом подразумева одредба у уговору којом се уговорени износ у динарима везује за вредност неке друге валуте..."

¹⁶ "Службени лист СРЈ", бр. 9/2001, "Службени гласник РС", бр. 31/2011, 73/2012 - Одлука Уставног суда

¹⁷ "Службени гласник РС", број 119/2012

4.1. Забрана двоструке ревалоризације у динарским кредитима

Став о забране двоструке ревалоризације кроз ревалоризациону клаузулу (усклађивање номиналног износа дуга са стопом раста цена, односно са инфлацијом) и уговорену каматну судови су заузимали када су у питању „чисти динарски кредити“, јер је уговорена камата, по правилу била виша од затезне, а како је затезна камата у себи већ садржала ревалоризацију, уговарање двоструке заштите оцењено је као недопуштено. Наводимо неколико судских одлука о забрани кумулације ревалоризације и камате, као заштитних клаузула за очување вредности капитала из уговора о кредиту:

„Уговореном каматом је најчешће заштићена вредност капитала као и наплаћена цена за коришћење новца, па стога у принципу није дозвољено поред уговорене камате уговарати и клаузулу ревалоризације. Уколико је уговорена каматна стопа тако ниска да се преко ње не може одржати вредност капитала и наплатити цена за коришћење капитала, онда би клаузула ревалоризације била дозвољена јер би она преузела улогу уговорене камате. Висина уговорене камате утврђивала би се путем клаузуле ревалоризације. Без обзира на који начин се обрачунава уговорена камата суд је у обавези да је умерава, уколико је у супротности са начелом из члана 15. ЗОО и добрим пословним обичајима, имајући у виду критеријуме који утичу на висину стопе уговорене камате.“¹⁸ „Банка кредитор нема право да поред уговорене камате као цене кредита, наплаћује још и трошкове кредитирања ако их посебно не докаже, нити има право на ревалоризацију, јер је од инфлације поверилац заштићен затезном каматом.“¹⁹ „Судску заштиту ужива само она стопа уговорене камате која је реална и уобичајена за такву врсту посла, па банка не може кумулативно користити две или више заштитних клаузула за очување вредности капитала, што значи да уколико је уговорна стопа камате виша од законске, одредбе уговора о ревалоризацији главнице не производе правно дејство.“²⁰ „Уговором о кредиту не може се поред уговорене камате уговарати и ревалоризација кредита... По ставу Врховног суда, поред изричитих одредби уговора о кредиту о уговореној камати која је виша од законске затезне камате и на коју банка има право, банка у конкретном случају нема право и на ревалоризацију кредита, јер се супстанца одобреног кредита чува уговорном каматом која је већа од затезне камате. Врховни суд налази да је банка висином уговорне камате и другим обезбеђивањима (2% накнаде) на име коришћења

¹⁸ Одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда од 5. и 25. октобра и 7. и 14. новембра 2006. године

¹⁹ Из пресуде Вишег трговинског суда Пж. 4300/02 од 17. септембра 2002. године

²⁰ Из решења Вишег привредног суда у Београду, Пж. 6957/2000 од 21. децембра 2000. године

кредита, те уговореног будућег усаглашавања камате обезбедила очување капитала, па јој ревалоризација одобреног кредита не припада.²¹

4.2. Разликовање ревалоризације (индексне клаузуле) од валутне клаузуле и девизне клаузуле

Међутим, ревалоризацију, која се означава и називом „индексна клаузула“ ваљало би јасно разликовати од валутне клаузуле, која је правно увек допуштена, а и од девизне клаузуле, чије уговарање је такође пуноважно.

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).²² Дакле, закон разликује *валуту обавезе* и *валуту исплате*. Према томе, у уговорима индексираним у *EUR* или *CHF*, валута обавезе јесте у еврима или швајцарским францима, у тој валути је исказана обавеза, односно и у тој валути корисник је у обавези да банци врати кредит, с тим што се висина обавезе одређује према вредности валуте у којој је уговор индексиран, на дан плаћања кредита, односно месечних ануитета кредита (део главнице и део камате) и исплаћује се у динарима (валута исплате). Корисник, дакле, банци дугује одређени износ у еврима или швајцарским францима, а исплату врши у динарима. Зато је у уговорима са валутном клаузулом у *EUR* или *CHF* износ кредита исказан у одговарајућој страни валути. И банка је претходно у обавези да корисник исплати, односно стави на располагање новчана средства на име одобреног кредита у износу стране валуте у којој је кредит индексиран, али кориснику пушта у течај одговарајућу динарску противвредност.

Према томе, валутна клаузула не представља начин мерења динарског износа који је корисник кредита примио и који треба да врати, већ представља његову девизну обавезу, која се као таква исказује и пословним књигама банке,²³ односно представља девизну имовину банке.²⁴ Валутна клаузула, дакле није валориметар, којим се мери висина обавеза уговорних страна, већ је преузета обавеза. Стога није прихватљив став према коме: „У том случају уговором о кредиту конституише се валутна клаузула као валориметар очувања стварне – тржишне вредности одобреног и исплаћеног динарског износа кориснику кредита. Овакав вид очувања реалне вредности по основу уговора о кредиту исплаћеног динарског износа представља законом допуштеноу заштиту повериоца – банке даваоца

²¹ Из решења Врховног суда Србије, Прев. 704/98. од 30. јуна 1999. године

²² Чл. 2. тач. 24. Закона о девизном пословању

²³ Ђатић, П., *Валутна клаузула, раскид и последица раскида уговора о кредиту са валутном клаузулом*, Правни живот, бр. 11/2016, стр. 439.

²⁴ Одлука о адекватности капитала банке (*"Службени гласник РС"*, бр. 103/2016), тач. 363. ст. 3.

кредита од штетних последица курсних разлика динара, као и будућих, евентуалних, инфлаторних дејстава.”²⁵ Јер, валута обавезе корисника кредита је у девизама, исказана је, дакле, у страниј валути, и стога, њена висина није променљива услед „последица курсних разлика динара, као и будућих, евентуалних, инфлаторних дејстава. “С друге стране правним пословима у којима је уговорена ревалоризација, односно индексна клаузула, обавезе банке и корисника исказане су у динарима (износ новчане обавезе исказан је домаћем новцу), али се тај износ новчане обавезе у домаћем новцу везује за промене цена добара, роба и услуга изражених индексом цена утврђеним од стране овлашћене организације (индексна клаузула). То су „чисти“ динарски кредити. Трећа ситуација настаје код оних уговора у којима су обавезе исказане у динарима али је уговорено „индексирање девизном клаузулом“. Индексирање девизном клаузулом представља исказивање имовине и обавеза у динарима, при чему се уговорени износ у динарима везује за вредност неке друге валуте...”²⁶

Дакле, постоје кредити са следећим клаузулама: 1) валутна клаузула, 2) индексна клаузула и 3) девизна клаузула. Поред кредита са једном од ове три клаузуле постоји још две врсте кредита: 4) „чисти“ девизни кредити и 5) „чисти“ динарски кредити. Код кредита са валутном клаузулом обавезе су исказане у страниј валути (валута обавезе) а прописано је да се под девизном имовином и девизним обавезама, подразумевају и имовина и обавезе исказани у динарима и индексирани девизном клаузулом.²⁷ Дакле, кредити са валутном клаузулом и кредити индексирани девизном клаузулом, правно су изједначени са „чистим“ девизним кредитима, а потраживања банке из таквих кредита представљају девизну имовину банке, док су обавезе корисника таквих кредита, девизне обавезе.

Правило креирано у судској пракси јесте да у „чистим“ динарским кредитима није дозвољено кумулирање (истовремено уговарање и примена) ревалоризације према стопи раста цена на мало са уговорном каматом (уколико је иста виша од стопе затезне камате) или затезном каматом, јер је и у стопи затезне камате садржана ревалоризација, па би се радило о

²⁵ Слијепчевић, Д., *Примена валутне клаузуле и променљиве каматне стопе у уговору о кредиту*, реферат изложен на Саветовању привредних судова на Златибору, септембар 2016. године, доступно на адреси: <http://efektiva.rs/wp-content/uploads/2016/09/SLIJEPC%20I%20DRAGI%20stav-o-CHF-valutoje-kaluzili-i-jednostranoj-promeni-kamatnih-stopa.pdf> 08.12.2016, стр. 2.

²⁶ Тач. 368. ст. 2. Одлуке о адекватности капитала банке

²⁷ Тач. 368. ст. 2. Одлуке о адекватности капитала банке, прописује: “Под девизном имовином и девизним обавезама, у смислу ове одлуке, подразумевају се, поред имовине и обавеза исказаних у страниј валути - и имовина и обавезе исказани у динарима и индексирани девизном клаузулом, при чему се под девизном клаузулом подразумева одредба у уговору којом се уговорени износ у динарима везује за вредност неке друге валуте...”

недозвољеној „двострукој“ заштити. У прописима и пракси, за означавање кредита са валутном клаузулом користи се и појмови: „*кредит индексан у швајцарским францима*“ и „*кредит индексан у еврима*“²⁸. Наведени појмови обухватају и кредите са девизном клаузулом, односно „*индексирање девизном клаузулом*“. При томе, став о питању пуноважности валутне клаузуле судови заузимају приликом одлучивања о тужбеном захтеву за утврђење ништавости такве уговорне одредбе, или по прејудисијелној противтужби са истим захтевом, која је поднета од стране туженог корисника кредита у поступку који је банка покренула ради наплате потраживања из уговора о кредиту. Шта више, поднета је и тужба којом корисник кредита захтева исплату одређеног новчаног износа који је добровољно платио банци, односно враћање више плаћеног (преплаћеног) износа, уз позивање на недозвољеност двоструке ревалоризације обавезе кроз валутну клаузулу и уговорену каматну стопу, односно ништавост такве одредбе из уговора о кредиту индексаног у валути *EUR*, без формалног истицања тужбеног захтева за утврђење ништавости спорне клаузуле. На овај начин, парнични суд ће о пуноважности спорне одредбе одлучивати као о претходном питању за одлуку о тужбеном захтеву. Стога, на овом месту разматрамо питање пуноважности уговарања валутне клаузуле, у кумулацији са уговорном каматом, код уговора о кредиту.

Валутна клаузула изричито је допуштена домаћим позитивним прописима, па не може бити ни говора о ништавости уговора о кредиту у целини, нити појединих његових одредаба. Важећи Закон о девизном пословању у члану 2. тачка 24. садржи следећу дефиницију појма валутне клаузуле у смислу овог закона: „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).“ Чл. 34. став 8. Закона о девизном пословању прописује: Дозвољено је уговарање у девизама у Републици с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима.²⁹ Тачно је да ЗОО, полазећи од начела монетарног номинализма, у чл. 394. прописује да „*кад обавеза има за предмет своту*

²⁸ Тач. 3. Одлуке о мерама за очување стабилности финансијског система у вези с кредитима индексаним у иностраној валути (*“Службени гласник РС”*, бр. 21/2015, 51/2015)

²⁹ И ранији Закон о девизном пословању који је ступио на снагу 5 маја 2002. године, чл. 21. прописивао је исто правило: „Дозвољено је уговарање у девизама у земљи с тим што се плаћање и наплаћивање врши у динарима.“ При томе, уговарање валутне клаузуле није у супротности са правилом које је ограничавало одобравање кредита у девизама између резидената у земљи из чл. 20. истог закона, према коме „овлашћена банка не може резиденту одобрити кредит у девизама, осим резиденту - правном лицу и предузетнику, и то за плаћање увоза робе и услуга из иностранства.“ Јер, наведено ограничење односи се само на „чисте“ девизне кредите, а не на кредите са валутном клаузулом, односно индексане девизном клаузулом.

новца, дужник је дужа да исплати онај број новчаних јединица на који обавеза гласи, изузев кад закон одређује што друго.“ Међутим, већ у самом чл. 394. који прописује начело монетарног номинализма, ЗОО допустио је могућност одступања од овог начела и то било посебним одредбама тога закона, или на основу прописа садржаних у другим законима (употребљен је термин „закон“, што означава како овај закон, тако и све друге законе). Такав изузетак прописан је већ у наредном чл. 395. ЗОО, који изричито дозвољава уговарање валутне клаузуле, везивањем висине потраживања за курс стране валуте и то за онај курс који важи у тренутку испуњења обавезе: *“Ако новчана обавеза гласи на плаћање у некој страниј валути или злату, њено испуњење се може захтевати у домаћем новцу према курсу који важи у тренутку испуњења обавезе.”* Шта више, још давне 1993. године, Законом о изменама и допунама Закона о облигационим односима³⁰ брисан чл. 396. који је предвиђао ограничења у уговарању индексне клаузуле, којом се износ новчане обавезе у домаћем новцу везује за промене цена добара, роба и услуга изражених индексом цена утврђеним од стране овлашћене организације (индексна клаузула).

Такође, постоје и многа правна схватања које се односе на могућност валоризма, која се примењују управо ради заштите повериоца од обезвређивања домаћег новца услед дејства инфлације и/или девалвације и то за период од настанка обавезе до доспећа, а затим и за период од доспећа обавезе па до плаћања. У описаним случајевима, поверилац је банка, која се бави пословима кредитирања, тако што прикупља депозите од привреде и грађана и заједно са својим капиталом, пласира га привреди и грађанима, а све у циљу стицања добити. А добит представља разлику између активне и пасивне камате.

Како су депозити и капитал, који банкама служе као извор средстава за кредитне пласмане, у суштини “позајмљени“, користе се заштитне клаузуле ради заштите главнице, у случају неких промена на тржишту. Дакле, *заштитна клаузула* – у конкретном случају валутна клаузула, није предвиђена као извор прихода, односно добити и зараде банке, већ служи за заштиту главнице од обезвређивања домаћег новца услед дејства инфлације и/или девалвације (промене, смањења курса у односу на стране валуте), док уговорена *камата* представља приход банке, а не начин спречавања обезвређивање износа главнице кредита који је одобрен и исплаћен (пуштен у течај) туженом кориснику кредита.

Инфлација представља пораст општег нивоа цена. Термин инфлација значи надимање или надувавање. Стопа инфлације је стопа промене општег нивоа цена и мери се на одговарајући начин. Пример: године 2003. у Србији су потрошачке цене порасле за 10,5%. Те године су порасле цене многих производних група, као што су: храна, пиће, становање, одећа, саобраћајне

³⁰ “Службени лист СРЈ”, бр. 31/93, од 18. јуна 1993. године

услуге, медицинске услуге итд. Тај општи узлазни тренд називамо инфлацијом. Дејалвација (од латинског *de* = умањити + *valeo* = значити, вредети) је службено смањење курса (вредности) новчане јединице неке земље - валуте у односу на друге валуте, као и на злато сребро и друге стабилне вредности. Према томе, инфлацију треба јасно разликовати од дејалвације. Стога, валутном клаузулом банка се превасходно штити од валутног ризика, односно од дејалвације – од смањења курса динара у односу на EUR или CHF, а не од инфлације као пораста општег нивоа цена. Опште је познато да је у појединим годинама стопа инфлације била виша од стопе апресијације страних валута у односу на динар, односно од стопе дејалвације динара. Промена вредности курса динара у односу на стране валуте, не мора нужно да прати стопу инфлације, односно пораст општег нивоа цена, и није пратила у појединим годинама. У економској науци постоје аргументовани ставови да је вредност динара у односу на стране валуте прецењена. Стога, мишљење правне теорије према коме „валутна клаузула може се применити као уговорени валориметар само у ситуацији када су због нереалног тржишног курса динара или негативних дејстава инфлације реално обезвређена динарска средства која су по уговору о кредиту дата кориснику кредита“³¹ нема правно и економско утемељење. Јер, пре свега, употребљени су ванправни појмови као што је „нереални тржишни курс динара“ и сл. Тржишни курс динара не може бити „нереалан“. Шта више, многи угледни економисти тврде да је курс динара прецењен. А такође, не прави се довољна разлика између инфлације и дејалвације. С друге стране опште је позната чињеница и да Швајцарска народна банка (*Swiss National Bank*, скраћено: *SNB*) низ година на различите начине (кроз негативне каматне стопе и куповину страних валута, пре свега евра) интервенише на финансијском тржишту како би смањила тржишни курс франка, односно сузбила или барем успорила његов раст у односу на евро и остале валуте.³² Код кредита у динарима без заштитне - валутне клаузуле („чисти динарски кредити“), заштита главнице може да се уграђује у саму уговорену каматну стопу, тако да се на ту каматну стопу може гледати као на збир две компоненте: заштиту главнице и камату. Међутим, у таквим случајевима уговорена каматна стопа је драстично виша од каматне стопе која је у описаним случајевима предвиђена уговором о кредиту са валутном клаузулом.

³¹ Слијепчевић, Д., *нав. чланак*, стр. 12.

³² More aggressive SNB action urged amid Swiss franc strength By: Solomon Teague
Published on: Thursday, April 23, 2015: The Swiss National Bank (SNB) has expanded the scope of its negative rates policy, meaning more assets deposited at the central bank will incur charges – but more must be done to substantially weaken the currency, say analysts. Full article: доступно на адреси: <http://www.euromoney.com/Article/3447448/More-aggressive-SNB-action-urged-amid-Swiss-franc-strength.html?copyrightInfo=true> 08.12.2016.

У предметним уговорима о кредиту, наведена заштита од обезвређивања домаћег новца услед дејства инфлације и/или девалвације обезбеђена је уговарањем валутне клаузуле, у смислу цитираних позитивних прописа - чл. 2. тач. 24. и чл. 34. став 8. Закона о девизном пословању, као и чл. 395. ЗОО, који изричито дозвољавају уговарање вредности обавезе у девизама (валута обавезе), с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима (валута исплате), а имајући у виду брисање чл. 396. који је ограничавао примену индексне клаузуле, а не кроз уговорену камату (која представља зараду банке), што потврђује чињеница да се у таквим уговорима уговора знатно нижа каматна стопа у односу на просечне каматне стопе у периоду када је кредит одобрен. Нижа каматна стопа у односу на просечне каматне стопе за кредите у динарима без валутне клаузуле, уговорена је управо из разлога што се банка сматрала заштићеним од обезвређивања вредности динара уговарањем валутне клаузуле, везујући висину потраживања за кретање курса швајцарског франка (или евра), на дан испуњења, у смислу цитираног чл. 395. ЗОО и чл. 2. тач. 24. и чл. 34. став 8. Закона о девизном пословању, на коју је корисник кредита као друга уговорна страна пристао.

Настојање корисника у судским споровима да прикаже ништавим одредбе о валутној клаузули из уговора кредиту, или уговор у целини, представља покушај одузимања те заштите банци као повериоцу. У каузу уговора улази и елемент моралности уговорног односа, јер се кроз заштиту начела једнаке вредности давања, уједно штити и праведност у уговорним односима. Банка не би пристала на закључење предметних уговора под истим условима који се односе на висину уговорене каматне стопе, да није постојала одредба која је заштиту од обезвређивања банчиног пласмана, односно потраживања, пружала кроз валутну клаузулу. Када се на овај начин сагледа сврха уговарања валутне клаузуле и њена права правна природа, јасно је да ова заштитна клаузула није извор зараде, односно добити за банку, и да би уговорена каматна стопа, у описаним случајевима, била знатно виша да је имала и функцију заштите главнице кредита (валута обавезе), која је кориснику исплаћена у домаћем новцу (валута исплате), од обезвређивања услед дејства инфлације и/или девалвације

Банка као финансијска институција, која послује углавном са „позајмљеним“, односно туђим капиталом, има законску обавезу да очува вредност тог капитала спречавањем настанка девизног ризика из чл. 29. тач. 3. Закона о банкама³³ и тач. 2. ст. 1. под 4) Одлуке о управљању ризицима банке.³⁴ Одлука о управљању ризицима банке у тач. 35. ст. 3. прописује да се под девизном клаузулом подразумева валутна клаузула у смислу закона којим

³³ "Службени гласник РС", бр. 107/2005, 91/2010, 14/2015

³⁴ "Службени гласник РС", бр. 45/2011, 94/2011, 119/2012, 123/2012, 23/2013, 43/2013, 92/2013, 33/2015, 61/2015, 61/2016

се уређује девизно пословање, као и свака друга клаузула којом се утврђује заштита од ризика промене курса динара. Дефиниција девизног ризика дата је у чл. 32. ст. 2. Закона о банкама, који прописује да је девизни ризик могућност настанка негативних ефеката на финансијски резултат и капитал банке услед промене девизног курса, док је у ст. 3. истог члана прописана обавеза банке да обим и структуру своје имовине и обавеза усклади на начин који омогућује ефикасно управљање тржишним ризицима. Наведени прописи указују на то да банка као финансијска институција има законску обавезу да предузме све неопходне мере да би избегла негативно дејство девизног ризика на вредност капитала, што значи да је банка у обавези да у уговоре о кредиту унесе одредбе о усклађивању динарских износа кредита са променама девизног курса кроз валутну клаузулу, дакле уговарањем вредности обавезе у девизама (валута обавезе) с тим што се плаћање и наплаћивање врши у динарима (валута исплате).³⁵

Сагласно наведеном, спорна одредба из уговора о кредиту, представља испуњење законске обавезе банке да спречава настанак девизног ризика, који је у тач. 368. ст. 1. Одлуке о адекватности капитала банке дефинисан као „...ризик могућности настанка негативних ефеката на финансијски резултат и капитал банке услед промене девизног курса, а банка му је изложена по основу позиција које се воде у банкарској књизи и у књизи трговања.“³⁶ А банка настанак девизног ризика спречава уговарањем валутне клаузуле или девизне клаузуле, у складу са тач. 368. ст. 2. Одлуке о адекватности капитала банке, која прописује: „Под девизном имовином и девизним обавезама, у смислу ове одлуке, подразумевају се, поред имовине и обавеза исказаних у страниј валути - и имовина и обавезе исказани у динарима и индексирани девизном клаузулом, при чему се под девизном клаузулом подразумева одредба у уговору којом се уговорени износ у динарима везује за вредност неке друге валуте...“.³⁷ Нова Одлука о адекватности капитала банке, која се

³⁵ Иста правила садрже и прописи који су важили 2008. године, дакле у време закључења већине спорних уговора о кредиту, пре свега Одлука о управљању ризицима банке (*„Службени гласник РС“*, бр. 129/2007, 63/2008, 112/2008) која у тач. 14. прописује: „Девизни ризик је ризик од настанка негативних ефеката на финансијски резултат и капитал банке услед промене девизног курса, а банка му је изложена по основу ставки које се воде у банкарској књизи и у књизи трговања. Показатељ девизног ризика је однос између укупне нето отворене девизне позиције (укључујући и апсолутну вредност нето отворене позиције у злату) и капитала банке, који се обрачунавају у складу са одлуком којом се уређује адекватност капитала банке.“

³⁶ Иста дефиниција девизног ризика садржана је у тач. 2. по 121) нове Одлуке о адекватности капитала банке

³⁷ Такође, Одлука о адекватности капитала банке (*„Службени гласник РС“*, бр. 129/2007, 63/2008), која је важила 2008. године, у време закључења спорних уговора о кредиту, у тач. 29. ст. 2. прописује исто правило: „Под девизном имовином и девизним обавезама, у смислу ове одлуке, подразумевају се, поред имовине и обавеза исказаних у страниј

примењује се од 30. јуна 2017. године, у Одељку 3. под насловом *Капитални захтев за девизни ризик*, у тач. 363. ст. 3. такође прописује исто правило: „Под девизном имовином и девизним обавезама, у смислу ове одлуке, подразумевају се, поред имовине и обавеза исказаних у страниј валути, и имовина и обавезе исказани у динарима и индексирани девизном клаузулом, при чему се под девизном клаузулом подразумева одредба у уговору којом се уговорени износ у динарима везује за вредност неке друге валуте.“

Дакле, уговарање валутне – девизне клаузуле не представља „богаћење“ банке на штету или терет корисника кредита, већ служи искључиво спречавању настанка негативних ефеката на финансијски резултат и капитал банке услед промене девизног курса, односно управљање девизним ризиком, као посебној врсти тржишног ризика. Шта више, имовина банке и обавезе исказане у динарима и индексирани девизном клаузулом, па и конкретна одредба у спорним уговорима о кредиту, којом се уговорени износ кредита у динарима везује за вредност неке друге валуте, правно је изједначена са имовином банке и обавезама исказаним у страниј валути. То значи, да и потраживања банке, представљају девизну имовину банке, а обавеза корисника да банци врати износ кредита у динарима, али према курсу швајцарског франка (или евра), на дан испуњења, јесте девизна обавеза корисника, у смислу наведеног правила из тач. 368. ст. 2. Одлуке о адекватности капитала банке и других цитираних прописа. Према томе, правно је неутемељен став да су банке остваривале екстра профит на рачун својих *retail* клијената – корисника стамбених кредита индексираних у швајцарским францима.

Навод у тужбама за раскид уговора о кредиту према којима се тужена банка уопште није задуживала на међународном банкарском тржишту је правно ирелевантан, јер је тужена банка, као и све друге банке, сагласно цитираним прописима, а пре свега сагласно Одлуци о адекватности капитала банке и Одлуци о управљању ризицима банке, за сваки износ одобреног кредита са валутном клаузулом (*CHF* или *EUR*) дужна да обезбеди одговарајућа девизна средства, било из депозита или куповином на девизном тржишту, и да у својим пословним књигама потраживања индексирани у страниј валути, или са валутном клаузулом, води као девизну имовину банке, а с друге стране и као девизне обавезе банке, било према депонентима или према лицима од којих је купила одговарајуће девизе зависности од валуте индексације (*CHF* или *EUR*), на девизном тржишту.

Потребно је истакнути да би корисник кредита био у истој, односно у још неповољнијој ситуацији и да му је банка одобрила и пустила у течај кредит у девизама (у швајцарским францима), а не у динарима индексираним у

валути, и имовина и обавезе исказани у динарима и индексирани девизном клаузулом, при чему се под девизном клаузулом подразумева одредба у уговору којом се уговорени износ у динарима везује за вредност неке друге валуте.“

швајцарским францима, што је такође дозвољено по одредбама из чл. 34. ст. 2. тач. 1 Закон о девизном пословању, по основу девизног кредитирања у земљи за намене из чл. 25. овог закона, (по коме банка може резиденту - правном лицу и предузетнику одобрити кредит у девизама за плаћање увоза робе и услуга из иностранства, а резиденту - физичком лицу ради куповине непокретности у земљи), јер би корисник морао на девизном тржишту да купује швајцарске франке и то по вишем – продајном курсу, а не по средњем курсу, по коме банка обрачунава висину својих потраживања и корисникових обавеза и спорних уговора о кредиту.

Према томе, погрешна је претпоставке да је реч о „чистом динарском кредиту“, иако из наведеног следи да се не ради о таквом кредиту, већ о кредиту индексираним у страниој валути, односно у еврима или швајцарским францима, који је изричито дозвољен у складу са цитираним прописима, па не може бити ни говора о ништавости уговора о кредиту и целини, нити појединих његових одредаба којима је уговорена валутна – девизна клаузула. Шта више, сагласно цитираним прописима, банка је у обавези да уговара такву клаузулу, како би спречила настанак девизног ризика, како је објашњено. У прилог томе говори и чињеница да је корисник од банке, по правилу, добио далеко нижу каматну стопу од стопе коју је банка у том периоду одобравала на „чисте динарске кредите“, односно за кредите у динарима без валутне клаузуле. Шта више, у нашем правном систему одредбе о индексирању кредита у страниој валути су правно дозвољене, и изричито су регулисане и у чл. 19. ст. 1. тачка 5. Закона о заштити корисника финансијских услуга,³⁸ у коме је прописано да „Уговор о кредиту садржи следеће обавезне елементе: 5) код кредита индексираним у страниој валути - валуту индексације, назнаку да се при одобравању и отплати кредита примењује званични средњи курс и датум обрачуна. “Стога, имајући у виду да закон изричито регулише и дозвољава кредите индексираним у страниој валути, као и да је њихова сврха избегавање девизног ризика коме је банка изложена, одредбе уговора о валути индексације не могу бити апсолутно ништаве, а ни уговор у целини.

4.3. Правни став о дозвољености уговарања валутне клаузуле и уговорне камате

Правни став о дозвољености уговарања валутне клаузуле у уговорима о кредиту индексираним у валути *CHF*, а посебно у кумулацији са уговорном каматом, заузет је од стране Привредног апелационог суда приликом давања одговора на конкретна питања. Банка је кориснику кредита одобрила кредит у швајцарским францима у динарској противвредности и .. извршила је уплату динарске противвредности одређеног износа швајцарских франака. Тиме је

³⁸ "Службени гласник РС", бр. 36/2011, 139/2014

банка искористила могућност уговарања у девизама уз обавезу плаћања и наплаћивања у динарима и фактички је закључен (динарски) уговор са девизном или валутном клаузулом. Овако закључен уговор представља дозвољен правни посао у складу са законских одредбама. Нема незаконитог поступања банке у уговарању вредности обавезе у девизама (валута обавезе), уз истовремено уговарање да се плаћање и наплаћивање такве уговорне обавезе врши у динарима (валута исплате), нити у задуживању корисника кредита уговореним износом камате. Валутна клаузула је саставни део уговора, те је тиме подвргнута нормама облигационог права и његовим основним начелима. Једно од тих начела је начело једнаке вредности узајамних давања, садржано у члану 15. ЗОО. Повреда овог начела постојала би уколико једна уговорна страна, применом валутне клаузуле, добија много више него што је дала, тј. уколико она за последицу има значајно увећање дуга изнад реалне вредности (нпр. ако се раст номиналне вредности главнице у динарима пореди са осталим параметрима - растом курса других валута, стопом инфлације, тржишном ценом некретнина које су биле предмет куповине наменског кредита, итд.). У том случају, нужно је размотрити њено дејство сходно начелу једнаке вредности узајамних давања из чл. 15. ЗОО. У случају када је применом валутне клаузуле - овде *CHF* (која у суштини треба да штити потраживање повериоца од последица инфлације домаћег новца) банка остварила много више него што је дала, и то само због 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.³⁹

Изложени правни став о дозвољености уговарања валутне клаузуле у уговорима о кредиту индексираним у валути у *CHF*, у кумулацији са уговорном каматом, а нарочито мишљење да је суштински предмет уговора одређени износ у девизама, потврђује основу тезу овог рада да је имовина банке и обавезе корисника кредита које су исказане у динарима и индексиране девизном клаузулом, правно изједначена са имовином банке и обавезама исказаним у страном валути. То значи, да и потраживања банке, представљају девизну имовину банке, а обавеза корисника да банци врати износ кредита у динарима, али према курсу швајцарског франка (или евра), на дан испуњења, јесте девизна обавеза корисника, у смислу наведених правила из Одлуке о адекватности капитала банке⁴⁰ и других цитираних прописа.

³⁹ Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 3.11.2015, 4.11.2015. и 26.11.2015. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 30.11.2015. године - Судска пракса привредних судова - билтен бр. 4/2015, објављен у Електронској правној бази Paragraf lex, доступно на адреси: <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/> 18.04.2017.

⁴⁰ У тач. 368. ст. 2. Одлуке о адекватности капитала банке, прописано је: “Под девизном имовином и девизним обавезама, у смислу ове одлуке, подразумевају се, поред имовине

Стога, уговарање валутне – девизне клаузуле не представља „богаћење“ банке на штету или терет корисника кредита, већ служи искључиво спречавању настанка негативних ефеката на финансијски резултат и капитал банке услед промене девизног курса, односно управљање девизним ризиком, као посебној врсти тржишног ризика. То даље значи да банка, као једна уговорна страна, применом валутне клаузуле, не може добити много више него што је дала, јер добија исто што је дала – исти износ швајцарских франака, односно одговарајући износ у динарима, који је потпуно једнак износу швајцарских франака на дан закључења уговора о кредиту, односно пуштању кредита у течај. Према томе, не може се говорити о „значајном увећању дуга изнад реалне вредности“, јер услед примене валутне клаузуле не долази до никаквог увећања дуга, већ иста управо служи да би вредност дуга, односно обавеза, која представља део девизне имовине банке, остала иста

Зато, поређење номиналне вредности главнице у динарима са осталим наведенима параметрима - растом курса других валута, стопом инфлације, тржишном ценом некретнина које су биле предмет куповине наменског кредита, итд., није адекватан метод за оцену да ли постоји повреда начелне једнаке вредности узајамних давања из чл. 15. ЗОО. Јер, корисник кредита дугује исти износ швајцарских франака (валута обавезе), чија му је динарска противвредност стављена на располагање, с тим што банци плаћа месечно ануитете (део главнице, са каматом и трошковима), чија се динарска противвредност (валута исплате) усклађује са кретањем курса швајцарског франка или друге стране валуте (најчешће евра)

Изложени правни став не даје изричит одговор на питање правне судбине валутне клаузуле, односно уговора о кредиту, уколико је дошло до повреде начела једнаке вредности узајамних давања из чл. 15. ЗОО услед пораста курса валуте у којој је индексирање извршено, већ само сугерише да је „нужно је размотрити њено дејство“ сходно наведеном начелу. Међутим, свака нееквивалентност узајамних давања уговарача, односно евентуална повреда начела једнаке вредности узајамних давања из чл. 15. ЗОО, сама по себи, нужно не доводи до непуноважности валутне клаузуле или уговора о кредиту у целини, односно до његовог раскида. Јер, према ст. 1. овог члана, „у заснивању двостраних уговора стране полазе од начела једнаке вредности узајамних давања.“ Међутим, према ст. 2. „законом се одређује у којим случајевима нарушавање тога начела повлачи правне последице.“ Према томе, закон је на овај начин прихватио начело еквивалентне размене код двостраних уговора, а конкретна правна средства којима штити ово начело детаљно је регулисао

и обавеза исказаних у страниј валути - и имовина и обавезе исказани у динарима и индексирани девизном клаузулом, при чему се под девизном клаузулом подразумева одредба у уговору којом се уговорени износ у динарима везује за вредност неке друге валуте.“

посебним одредбама,⁴¹ а једно од тих правних средстава јесте и институт раскид уговора због промењених околности из чл. 133. ЗОО. Дакле, правне последице могу наступити само у изричито законом прописаним случајевима, уз испуњење свих услова предвиђених за примену конкретног правно средство којим се штити начело једнаке вредности давања, односно претпоставки које закон тражи, нпр. за раскид уговора због промењених околности (чл. 133. ЗОО), или за поништај уговора због прекомерног оштећења (чл. 139. ЗОО) односно за утврђење ништавости зеленашког уговора (чл. 141. ЗОО), што значи да за усвајање тужбеног захтева за раскид уговора или за поништај, односно утврђење ништавости уговора или поједине његове одредбе, није довољан само закључак суда да је дошло до повреде начела једнаке вредности давања из чл. 15. ЗОО.

Када је у питању начело једнаке вредности узајамних давања, потребно је размотрити и питање извора средстава. Јер, стамбени кредити не финансирају се из *EUR* или динарских извора, већ из *CHF* извора из чега јасно следи да банка није могла ни на који начин стећи несразмерну имовинску корист применом валутне *CHF* клаузуле.

Став о законитости девизне клаузуле заузет је и у судској пракси суседних земаља. Наиме, 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.⁴²

4.4. Правни став о пуноважности уговарања валутне клаузуле у кумулацији са променљивом уговорном каматом

У актуелној судској пракси поставило се питање дозвољености истовременог уговарања валутне клаузуле и камате са променљивом каматном стопом, која је се одређује на основу промене либора. Правни став о пуноважности уговарања валутне клаузуле у кумулацији са променљивом уговорном каматом, односно променљивом каматном стопом, заузет је у пресуди Апелационог суда у Београду посл. бр. Гж. 7472/15 од 16.12.2015. године, којом се преиначује пресуда Вишег суда у Београду П. 126/15 од 26.05.2015. године, у делу става I изреке, тако што се делимично усваја тужбени захтев, па се утврђује да је апсолутно ништава одредба чл. 4. ст. 7. уговора о стамбеном кредиту од 16.07.2008. године, али само у делу којим је уговорено да се висина каматне стопе усклађује са променом аката пословне политике банке, док је се у односу на преостали део одредбе чл. 4. тога уговора

⁴¹ Перовић, С., *нав. дело*, стр. 65.

⁴² Качер, Х., Иванчић Качер, Б., *Проблеми познати као CHF case у 2016. год. – quo vadis CHF*, Зборник: Услуге и услужна правила, Крагујевац, 2016, стр. 190.

одбија као неоснован тужбени захтев (којим је тужилац тражио да се утврди да је апсолутно ништава одредба уговора о стамбеном кредиту, и у делу у коме је уговорено да се висина каматне стопе, као и начин обрачунавања и наплата аутоматски усклађују са променама либора, изменама законских прописа, без обавезе уговорних страна да закључују посебне анексе уговора).

Правни став из наведене првостепене пресуде је у делу јавности тумачен тако да код уговора са валутном клаузулом уопште није дозвољено уговорати и камату, уз образложење да је „кумулятивно коришћење две или више заштитних клаузула у уговорима о кредиту противзаконито“, односно да „да двострука заштита путем валутне клаузуле и клаузуле о променљивој каматној стопи нема оправдање“. Међутим, такав правни став нема законско утемељење. Јер, није у питању двострука заштита, већ се валутном клаузулом, односно индексном клаузулом, износ главнице кредита који је тужиоцу исплаћен у динарској противвредности швајцарских франака, штити од обезвређивања, што је дозвољено по Закону о девизном пословању и по ЗОО, док уговорена камата представља зараду банке из овог банкарског посла. Шта више, у конкретном случају тако иницијално уговорена камата није виша ни од стопе затезне камате на швајцарски франак, из чл. 4. ст. 2. Закона о затезној камати, који је у међувремену ступио на снагу, а у коме је прописано да се стопа затезне камате, на износ дуга који гласи на другу страну валуту (а не на евро), утврђује се на годишњем нивоу у висини референтне/ основне каматне стопе коју прописује и/или примењује приликом спровођења главних операција централна банка земље домицилне валуте увећане за осам процентних поена. Дакле, по Закону о затезној камати фиксни елеменат износи 8%, док је спорним чл. 4. уговора о стамбеном кредиту уговорен фиксни елеменат од 5,20%, а његовим анексом из 2010. године, од 7,20%. У оба случаја, и променљиви елеменат је сличан – закон предвиђа референтну/основну каматну стопу земље домицилне валуте, док је, у конкретном случају уговорен шестомесечни *LIBOR*. Сагласно чл. 5. Закона о затезној камати, стопа затезне камате утврђује се на овај начин и у случају када износ дуга гласи на страну валуту, а исплаћује се у динарима, дакле када је уговорена валутна клаузула, што значи и у швајцарским францима (CHF), као у конкретном случају.

5. Неоснованост захтева за утврђење ништавости уговора са валутном клаузулом применом института зеленашког уговора

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“, сматрамо да 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.⁴³

У споровима поводом уговора о кредиту са валутном клаузулом (*CHF*), често се уз тужбени захтев за раскид уговора због промењених околности, као примарни или евентуални тужбени захтев, истиче и захтев за утврђење ништавости применом института зеленашког уговора. Стога, потребно је објаснити однос валутне клаузуле и института зеленашког уговора. Уговарање валутне клаузуле, које је пуноважно и дозвољено према цитираним одредбама материјалног права, никако не може правно оквалификовати као зеленашки уговор. Наиме, чл. 141. ЗОО уређен је правни институт зеленашког уговора и правне последице закључења зеленашког уговора, а које су изједначене са правним последицама ништавости уговора.

Чл. 141. ст. 1. ЗОО прописује да је ништав је уговор којим неко, користећи се стањем нужде или тешким материјалним стањем другог, његовим недовољним искуством, лакомисленошћу или зависношћу, уговори за себе или за неког трећег корист која је у очигледној несразмери са оним што је он другом дао или учинио, или се обавезао дати или учинити. Према томе, да би један правни посао могао да се оквалификује и огласи ништавим као зеленашки, потребно је да кумулативно буду испуњени субјективни и објективни услов из цитираног члана, односно да очигледна несразмера између чинидбе и противчинидбе (објективни услов) произлази из неког субјективног стања другог уговорника, као што су нужда, тешко материјално стање, недовољно искуство, лакомисленост или зависност.⁴⁴ Субјективни критеријум је испуњен уколико једна страна, има намеру да искористи стање нужде, тешко материјално стање, недовољно искуство, лакомисленост или зависност што се описаним случајевима није испуњено, а нарочито ако се има у виду својство банке, као финансијске институције. Такође, банка као финансијска институција чије је пословање под надзором Народне банке Србије, као регулаторног тела, по природи своје делатности и начину на који је регулисано пословање лица финансијском сектору, није уговорна странка која би се приликом закључења уговора и одобравања кредита користила стањем нужде или тешким материјалним стањем корисника кредита, или његовим недовољним искуством, лакомисленошћу или зависношћу. Напротив, кредити се одобравају по строго регулисаној процедури, у којој се цени кредитна способност корисника кредита. Корисник кредита који је у тешком материјалном стању, не би ни могао добити кредит да је био у тешком материјалном стању, јер одобравање кредита таквим лицима није дозвољено због непостојања кредитне способности, која је предуслов за одобравање кредита, сагласно интерним правилима банке и прописима, као што је Одлука о

⁴³ Опачић, А., *Заштита корисника финансијских услуга у контексту хармонизације са правом ЕУ*, Зборник: Услуге и заштита корисника, Крагујевац, 2015, стр. 327.

⁴⁴ Перовић, С., *нав. дело*, стр. 418.

управљању ризицима банке из 2008. године, важећа у време закључења већине спорних о кредиту, која у тач. 11. прописује: „Кредитни ризик је ризик од настанка негативних ефеката на финансијски резултат и капитал банке услед неизвршавања обавеза дужника према банци. Кредитни ризик банке условљен је кредитном способношћу дужника, његовом уредношћу у извршавању обавеза према банци, као и квалитетом инструмената обезбеђивања потраживања банке, а идентификује се, мери, процењује и прати у складу са одлукама којима се уређују класификација билансне активе и ванбилансних ставки банке, односно адекватност њеног капитала.“ Слично правило о процени кредитне способности при доношењу одлуке о одобравању кредита, садржи и тач. 40. ст. 1. важеће Одлуке о управљању ризицима банке „Банка је дужна да, при доношењу одлуке о одобравању пласмана, процени финансијско стање и кредитну способност дужника, као и вредност и правну сигурност његове кредитне заштите, те друге релевантне факторе.“

Такође, у споровима нема доказа, нити се може уопште ни учинити вероватним (дакле не постоји ни најмањи степен доказаности), да се било која банка приликом одобравања кредита и закључења предметних уговора, користила другим наводним особинама, односно субјективним стањима корисника кредита, (његовим недовољним искуством, лакомисленошћу или зависношћу), а које ЗОО у 141. прописује као субјективне услове да би се неки уговор могао правно оквалификовати као зеленашки. Да би један правни посао био правно оквалификован као зеленашки уговор и оглашен ништавим у смислу чл. 141. ст. 1. ЗОО, неопходно је да је до наводног уговарања несразмерне користи дошло услед, како је већ речено, одређених субјективних околности, својстава и стања, прописаних овом чланом, и то како на страни банке (намера да се користе те субјективне околности), тако и на страни корисника кредита (стање нужде или тешко материјално стање, његово недовољно искуство, лакомисленост или зависност), што у описаним споровима није постојало у време закључења уговора о кредиту, нити су корисници пружили релевантне доказе о постојању таквих чињеница. Шта више, будући да се ради о пословању банке које је уређено законом, цитираним прописима Народне банке Србије, те интерним општим актима – *процедурама* банке, којима је прописана обавеза процене кредитне способности, уопште се не може говорити о субјективним критеријумима, односно намери банке да се окористи услед наводног тешког материјалног положаја клијента, корисника кредита, јер да је корисник кредита био у тешком материјалном положају у време закључења уговора, банка му не би ни одобрила кредит.

6. Закључак

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). 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.

Начело једнаке вредности давања, као основно правило двострано теретних уговора, заштићено је, поред прекомерног оштећења и забране зеленашких уговора, још и могућношћу раскида или измене уговора због промењених околности.

Судска пракса о захтевима за раскид уговора о кредиту због промењених околности није уједначена. Постоји правноснажна пресуда о раскиду којом је суд, усвајајући тужбени захтев, изрекао раскид уговора о дугорочном стамбеном кредиту „услед битно промењених околности“, као и супротно правно схватање, изражено у другој правноснажној пресуди, према коме „повећање курса швајцарског франка у односу на моменат закључења уговора у смислу чл. 133. ст. 1. ЗОО, не представља оправдан разлог за тражени раскид уговора.

Пуноважно је уговарање валутне клаузуле у кумулацији са уговорном каматом. Став судске праксе о забрани двоструке ревалоризације кроз ревалоризациону клаузулу и уговорену камату може се приметни само када су у питању „чисти динарски кредити“, али се не може применити на уговоре са валутном клаузулом, нити на уговоре који су индексирани девизном клаузулом. Ревалоризацију, која се означава и називом „индексна клаузула“ требало би јасно разликовати од валутне клаузуле, која је правно увек допуштена, као и од девизне клаузуле, чије уговарање је такође пуноважно. Сагласно томе, у судској пракси заузети су правни ставови о дозвољености истовременог уговарања валутне клаузуле и уговорне камате и то како са фиксном, тако и са променљивом каматном стопом.

Банка као финансијска институција, по природи своје делатности и начину регулисања пословања, није уговорна странка која би се, приликом закључења уговора о кредиту, користила стањем нужде или тешким материјалним стањем корисника кредита, или његовим недовољним искуством, лакомисленошћу или зависношћу. То значи да није испуњен субјективни критеријум за примену института зеленашког уговора на кредите са валутном клаузулом. Стога, неосновани су захтеви за утврђење ништавости уговора са валутном клаузулом применом института зеленашког уговора. Правно је немогуће 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. У правној теорији постоје и супротно мишљење по коме „протеком времена од како је уговор о кредиту закључен, уз енормни скок вредности швајцарског франка, уговор о кредиту је постао типичан зеленашки уговор.“

*Vladimir Kozar, Ph.D., Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, University Business Academy in Novi Sad
Nemanja Aleksić, PhD, Attorney at law, Novi Sad*

VIOLATION OF THE PRINCIPLE OF EQUAL VALUES OF MUTUAL BENEFITS WITH CURRENCY OR INDEX CLAUSE

Summary

This paper presents the legal provisions, the views of jurisprudence, as the opinions of legal science, about the impact of currency, foreign exchange and index clause on the principle of equal values of mutual benefits. The possibility of compromising the principle of equal values of mutual benefits by concluding agreements on a loan which contain such clauses, is discussed. Law on Contracts and Torts does not regulate the legal consequences of termination due to changed circumstances. The issue of termination became important after the first final court judgment on approval request for termination of the credit agreement with currency clause due to changed circumstances. In this judgment is not decided on the legal consequences of termination. New case law is presented in this paper. First of all, the final judgment of termination of contracts is analyzed. The Court has, by adopting the cause of motion, ruled on the termination of the contract on long-term housing loan "due to the significantly changed circumstances". In the second judgment expressed the opposite opinion: "an increase in the exchange rate of the Swiss franc in relation to the moment of conclusion of the contract does not constitute a legitimate reason for the requested termination." Validity of contract currency clause in the cumulation rule to the contracting interest, including views of jurisprudence, is considered with particular care. It is not possible to cancel the loan agreement with currency clause, based on the rules of the usurious contract.

Key words: *equal values; mutual benefits; credit; currency clause; termination of contract; changed circumstances; usurious contract; Clausula rebus sic stantibus*

Литература

- 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: Услуге и услужна правила, Крагујевац, 2016.

- Козар, В., Алексић, Н., Пантелић, Н., *Раскид уговора о кредиту са валутном клаузулом због промењених околности и правне последице раскида*, Београд, 2017.
- Опачић, А., *Заштита корисника финансијских услуга у контексту хармонизације са правом ЕУ*, Зборник: Услуге и заштита корисника, Крагујевац, 2015.
- Перовић, С., *Облигационо право*, Београд, 1986.
- Слијепчевић, Д., *Примена валутне клаузуле и променљиве каматне стопе у уговору о кредиту*, доступно на адреси: <http://efektiva.rs/wp-content/uploads/2016/09/SLIJEPC%20C4%8CEVI%20C4%86-DRAGI%20C5%A0A-stav-o-CHF-valutnoje-kaluzili-i-jednostranoj-promeni-kamatnih-stopa.pdf> 08.12.2016.
- Ћатић, П., *Валутна клаузула, раскид и последица раскида уговора о кредиту са валутном клаузулом*, Правни живот, бр. 11/2016.
- Електронска правна база Paragraf lex, доступно на адреси: <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>
- Закон о банкама ("Службени гласник РС", бр. 107/2005, 91/2010, 14/2015).
- Закон о висини стопе затезне камате ("Службени лист СРЈ", бр. 9/2001, "Службени гласник РС", бр. 31/2011, 73/2012 - Одлука Уставног суда).
- Закон о девизном пословању ("Службени гласник РС", бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014).
- Закон о затезној камати ("Службени гласник РС", број 119/2012).
- Закон о заштити корисника финансијских услуга ("Службени гласник РС", бр. 36/2011, 139/2014).
- Закон о изменама и допунама Закона о облигационим односима ("Службени лист СРЈ", бр. 31/93).
- Закон о облигационим односима ("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).
- Одлука о адекватности капитала банке ("Службени гласник РС", бр. 129/2007, 63/2008).
- Одлука о адекватности капитала банке ("Службени гласник РС", бр. 46/2011, 6/2013, 51/2014, 85/2016).
- Одлука о адекватности капитала банке ("Службени гласник РС", бр. 103/2016).
- Одлука о мерама за очување стабилности финансијског система у вези с кредитима индексираним у иностраној валути ("Службени гласник РС", бр. 21/2015, 51/2015).
- Одлука о управљању ризицима банке ("Службени гласник РС", бр. 45/2011, 94/2011, 119/2012, 123/2012, 23/2013, 43/2013, 92/2013, 33/2015, 61/2015, 61/2016).
- Одлука о управљању ризицима банке ("Службени гласник РС", бр. 129/2007, 63/2008, 112/2008).

CIP - Каталогизација у публикацији
- Народна библиотека Србије, Београд

338.46:34(082)

МЕЂУНАРОДНИ научни скуп Услуге и одговорност
(2017 ; Крагујевац)

Услуге и одговорност : [зборник реферата са
Међународног научног скупа
одржаног 19. маја 2017. године] / уредник Миодраг
Мићовић. - Крагујевац :
Правни факултет Универзитета,
2017 (Крагујевац : Графопроект). - 1137 стр. ; 25 cm

"Зборник реферата са Међународног научног скупа
одржаног 19. маја 2017. године,
на Правном факултету у Крагујевцу." --> прелим. стр. -
Тираж 100. - Напомене и библиографске референце
уз текст. - Библиографија уз сваки рад. - Summaries.

ISBN 978-86-7623-074-7

1. Мићовић, Миодраг, 1954- [уредник]
2. Правни факултет (Крагујевац)
а) Услужне делатности - Правни аспект - Зборници
б) Услуге - Правна
заштита - Зборници
COBISS.SR-ID 233637132