

др *Ташјана* ЈОВАНИЋ, LL.M.
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ПРАВНИ РИЗИК БАНАКА ЗБОГ КВАЛИФИКАЦИЈЕ ПОЈЕДИНИХ ОДРЕДБИ УГОВОРА О СТАМБЕНИМ КРЕДИТИМА КАО НЕПРАВИЧНИХ

Резиме

У овом раду разматра се правни ризик банака који произилази из уговора о стамбеним кредитима за потрошаче као формуларних уговора које саставља банка и који се закључују на основу једнострано утврђених општих услова пословања. Као посебно питање разматра се дозвољеност једнострано повећања каматне стоје, у светлу актуелне судске праксе основних судова која се једнозначно креће у смеру пролашавања ништивим уговорних одредби којима су банке задржале право на једнострану промену каматне стоје, позивајући се на условну политику и друге неодредиве параметре. Обзиром да су финансијски производи све комплекснији, у раду се указује на потребу адекватне благовремене процене правно, односно ризика усклађености пословања, приликом увођења нових финансијских производа како би исти били адекватни, односно подобни са савременим просечно потрошача. С тим у вези разматрају се поједини елементи ризика кредита индексираних у швајцарским францима.

Кључне речи: правни ризик, усклађеност пословања банака, уговор о кредити, неправичне клаузуле, неопштено пословање.

I Увод

Будући да се суштина банкарског пословања огледа у управљању ризицима, ризик је иманентан банкарском пословању, он доноси добит или губитак. Међутим, губици банке често имају системски карактер, те су банкарски послови и банке као привредна друштва подвргнути специфичном регулаторном режиму с циљем заштите јавног интереса који се огледа у стабилном и сигурном функционисању финансијског система, али и заштити корисника њихових услуга.¹ Како је сваки банкарски посао једна правна целина, правни ризик представља један од основних ризика банкарског пословања. Правни ризик подразумева не само ризик извршења обавезе друге стране, испуњење уговора и оно што не зависи од чињења или пропуштања самих банака, већ и испуњење професионалних обавеза банкара.

Професионалне обавезе банкара обухватају дужност пажње, принцип немешања у послове клијента, обавезу информисања и саветовања клијената и поштовање банкарске тајне. Заштита интереса клијената постиже се стандардима који се односе на компетентност запослених и менаџмента, као и установљавањем низа професионалних обавеза и одговорности финансијских посредника („правила доброг понашања“).² Стандардима фер пословања клијенти се настоје заштитити од збуњујућег, преварног и дискриминаторног понашања. Њихови економски интереси штите се правилима одговорног банкарског понашања, поступања у најбољем интересу клијента, заштите поверљивих података и нормама којима се специфично штите интереси потрошача као корисника финансијских услуга.

У овом раду разматра се правни ризик који произилази из уговора о стамбеним кредитима за потрошаче као формуларних уговора које саставља банка и који се закључују на основу једнострано утврђених општих услова пословања, без преговора, што указује да њихово закључење јасно карактерише флагрантна неједнакост у економској снази и информисаности уговорних страна. Као посебно питање разматра се дозвољеност једностраног повећања каматне стопе. Истраживање је углавном усмерено на постојећу ситуацију у Србији, у светлу кретања актуелне судске праксе основних судова.

1 Татјана Јованић, *Циљеви и облици регулација пословања банака*, Београд, 2009.

2 Marie Karlin, „Les Règles de Bonne conduite sur les marchés financiers“, *Banque*, No. 598/1998, стр. 2.

II Уговори банака са потрошачима и управљање правним ризиком/ризиком усклађености пословања

Пословање банака са потрошачима у модерним регулаторним системима регулисано је императивним нормама јавног поретка заштите. Као један од економских основа регулације финансијских услуга,³ наводи се и могуће изненађење којима су потрошачи изложени пошто су отпочели коришћење финансијске услуге, као што су неправичне клаузуле.⁴ У погледу регулаторне технике која се користи у циљу заштите потрошача, на једном крају „*регулатиорној клајна*“⁵ је регулаторна техника која се обично означава као командно-контролна регулација (*command-and-control*), заправо постављање когентних правила и стандарда и одређивање санкција у случају њиховог непридржавања.⁶ На другом крају је саморегулација или аутономна регулација. И небанкарске финансијске услуге, намењене непрофесионалним улагачима, све више су предмет нормирања у погледу професионалних обавеза банака.⁷

Однос банке и физичких лица која користе финансијске услуге, све више карактеришу прескриптивне норме, којима законодавац или регулаторно тело настоје да смање трансакционе трошкове потрошача, обзиром да су финансијске услуге све комплексније, и њихово коришћење има дугорочне последице. То могу бити правила о минималном обавезном садржају рекламе финансијске услуге, прописивање минималне садржине и битних елемената уговора и/или општих услова пословања, прописивање облика или критеријума за квалификацију понашања као некоректних пословних пракси, односно непоштеног пословања, признавање посебних права потрошачима као што је право на одустанак од уговора у одређеном року и сл.⁸ Регулисање неправичних одредби у

3 David Llewellyn, *The Economic Rationale for Financial Regulation*, London, FSA, 1999.

4 John Vickers, *Economics for Consumer Policy*, British Academy Keynes Lecture, 29. oct. 2003, стр. 3, доступно на адреси: http://www.ofc.gov.uk/shared_ofc/speeches/spe0403.pdf, 1.4.2013.

5 Malcolm Sparrow, *The regulatory craft: Controlling risks, solving problems, and managing compliance*, The Brookings Institution, Washington, стр 34.

6 Anthony Ogus, *Regulation, Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 1994, стр. 121; Richard Baldwin, Martin Cave, *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, 1999, стр. 34.

7 Dimity Kingsford Smith, „Financial services regulation and the investor as consumer“, у: Geraint Howells et al. (eds.), *Handbook of Research on International Consumer Law*, Edward Elgar, 2010, стр. 431–481.

8 Пример једног свеобухватног правног режима је правни оквир потрошачких кредита регулисаних Директивом 2008/48/ЕС о уговорима о потрошачким кредитима. Вид. анализу у: Миодраг Мишовић, „Директива ЕУ 2008/48 и заштита корисника потрошачког кредита“, у: Станко Бејатовић (ур.), *Правни систем Србије и стандарди Европске Уније и Савеза Европје*, Књига IV, Крагујевац, 2009, 301–311.

потрошачким уговорима може се сматрати и обликом регулације неко-ректних пракси професионалних субјеката од истовременог утицаја на битне елементе уговора, односно опште услове пословања. Као императивни захтев јавног поретка заштите потрошача, постојање неправичне уговорне одредбе у уговору о кредиту представља за банке правни, односно ризик усклађености пословања.

Правни ризик на финансијском тржишту има много облика који се генерално могу поделити у две широке групе: трансакциони ризик, као изложеност ризику од стране друге стране уговорнице, трећег лица или неке околности као нпр. немогућност извршења уговора, реализације обезбеђења и сл., као и регулаторни ризик за кршење закона и других обавезујућих правила који излажу неку институцију ограничењима, новчаним казнама или кривичним санкцијама за њихово кршење, као и кршење правила професионалних удружења.⁹ Ово најшире схватање правног ризика обухвата и елементе ризика усклађености пословања. Правни ризик, као ризик сврстан у групу оперативних ризика банке, обухвата и трансакциони ризик.

Базелски комитет за контролу банака ризик усклађености пословања (комплајанса) дефинише као „ризик од законских или регулаторних санкција, материјалног финансијског губитка или губитка репутације који банка може да претрпи као последицу неуспеха да се придржава закона, прописа, правила, стандарда односних саморегулаторних организација и кодекса понашања који се примењују на банкарске активности (заједно: „закони, правила и стандарди комплајанса“)“.¹⁰ У наведеној дефиницији из документа „Комплајанс и функција комплајанса у банкама“ спомиње и репутациони ризик, па сходно томе ризик усклађености пословања обухвата и регулаторни ризик (укључујући и аспекте правног ризика) и репутациони ризик.¹¹ Међутим, поставља се питање да ли је ризик усклађености пословања (који, дакле, обухвата регулаторни ризик у ширем смислу и репутациони ризик) изван категорије „оперативни ризици банке“, обзиром да у теорији и пракси не постоји јединствено схватање обухвата извора оперативног ризика.

Без обзира на то што се формално не изједначава са правним ризиком који је сврстан у оперативне ризике, ризик усклађености пословања банке представља део техничко-организационих ризика банке¹² на које

9 Roger McCormick, *Legal Risk in the Financial Markets*, Oxford, 2006, foreword, стр. v.

10 Basel Committee on Banking Supervision, *Compliance and Compliance Function in Banks*, 2005. Преведено на српски језик у: Удружење банака Србије, *Комплајанс – Корпорационо управљање*, Југословенски преглед, 2007, стр. 3.

11 Guy Flury, Marine Laufer-Tourte, „Risques Réglementaires et de Réputation: L'émergence de la Fonction Compliance“, *Banque magazine*, No. 638/2002, стр. 55.

12 Hartmut Bieg et al., *Bankenaufsicht in Theorie und Praxis*, Bankakademie Verlag, Frankfurt am Main, 2003, стр. 89–120.

менаџмент банке може да утиче развијањем система унутрашњих контрола. Овај систем предострожности с циљем задовољења регулаторних захтева јавног поретка заштите потрошача обухвата целокупну „банкарску операцију“¹³ (*l'opération de démarchage bancaire*) која се дефинише као свака операција која обухвата скуп активности, правних, материјалних или нематеријалних на начин који понудилац банкарске услуге настоји да реализује неку операцију са финансијским инструментима, банкарски посао, посао повезан са тим послом (финансијско посредовање) и припремне, акцесорне радње, укључујући оглашавање финансијских услуга и саветовање клијената с циљем да се постигне споразум о закључењу банкарске операције, тј. банкарског посла.¹⁴ Тако је настала специфична функција у банци за управљање овим посебним ризиком чије су основне одреднице: усклађеност пословања са законима и прописа, професионалним обавезама банкара, односно деонтологија банкарске професије и пословна етика.¹⁵

Одлуком о управљању ризицима банке НБС обавезује банке да успоставе ефикасан процес управљања ризицима, међу којима и оперативним ризиком где се убраја и правни ризик.¹⁶ Посебно се истиче да је при мерењу односно процени овог ризика банка у обавези да процењује да ли овом ризику може бити изложена, између осталог, и по основу увођења нових производа. Приликом увођења нових производа банка је дужна да изврши анализу свих ризика који могу настати као последица увођења тог производа/услуге, као и утицаја увођења тог производа или услуге на ризични профил банке.¹⁷ Одлуком НБС о начину и условима идентификације и праћења ризика усклађености пословања банке и управљања тим ризиком, посебна организациона јединица банке у чијем фокусу је овај ризик мора да изради програм праћења усклађености пословања банке и успостављање одоварајућих процедура на нивоу банке.¹⁸ Обзиром да је фокус усклађености на законима, прописима, правилима банке и добрим пословним обичајима, јасно је да је питање правног ризика који произилази из уговора са потрошачима као непрофесионалним корисницима у фокусу ове јединице која кому-

13 Maria Krommyda, „L'importance de la fonction de conformité (*compliance*) pour l'intégrité de l'établissement bancaire“, *EUREDIA*, Vol. 4, 2004, стр. 550–551.

14 Haritini Matsopoulou, „Le démarchage bancaire ou financier“, *RD bancaire et financier*, 2003, стр. 379.

15 Jonathan Edwards, „Individual and corporate compliance competence: An ethical approach“, *Journal of Financial Regulation and Compliance*, Vol. 11, No. 3/2003, стр. 225; Татјана Јованић, „*Compliance* функција у банкама из угла Регулаторног привредног права“, *Право и њивреда*, бр. 5–8/2009, стр. 142–164.

16 *Службени гласник РС*, бр. 45/2011, 94/2011, 119/2012 и 123/2012.

17 Тачка 73 Одлуке.

18 *Службени гласник РС*, бр. 86/2007, исправка 89/2007.

ницира са свим другим јединицама, извршним одбором и директно одговара управном одбору.

III Неправичне одредбе и непоштено пословање као ризик усклађености пословања са прописима и стандардима фер понашања

Иако су учесници у облигационом односу равноправни, због економски инфериорног положаја потрошача модерни прописи из корпуса заштите потрошача прописују стандарде понашања и ограничавају слободу уговарања, нарочито у сфери кредитирања потрошача.¹⁹ Границе јавноправне заштите потрошача још увек нису јасно искристалисане, али се уочава њихово проширење од информационе регулације, односно прописивања облигације обавештавања²⁰ и обавезне садржине уговора до санкционисања неправичних одредби и непоштеног понашања финансијских институција, увођења концепта одговорног банкарства и др. Иако би се могло рећи да је конкуренција темељ заштите потрошача,²¹ конкурентно тржиште не значи само по себи елиминацију непоштених облика понашања. Штавише, конкурентно тржиште може деловати подстицајно на финансијске институције да предузимају веће ризике и пласирају ризичније производе, како би одржали или увећали профит, или просто опстали на тржишту. Потрошачи са друге стране нису хомогени у својим преференцама, друштвено економском статусу, па се поставља питање да ли је уопште могуће предвидети једнообразни режим заштите и општи концепт правичности.²² Приликом одређења неправичности, мора се водити рачуна о свим околностима под којима је закључена трансакција, а не само материјалној правичности која би се односила на поједину одредбу ван контекста њене примене.²³

19 Тајјана Јованић, *Потрошачки кредити – њравно-економски аспект*, Београд, 2004, стр. 83–284; Марко Ђурђевић, „Ограничење слободе уговарања у уговорима о кредиту између банке и појединца“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2003, стр. 351.

20 Марко Ђурђевић, „Облигација обавештавања у уговорима о потрошњи“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2008.

21 Jules Stuyck, „EC Competition Law After Modernisation: More than Ever in the Interests of Consumers“, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 28, 2005, стр. 27; Neil Averitt, Robert Lande, „Consumer sovereignty: A unified theory of unitrust and consumer protection law“, *Antitrust Law Journal*, Vol. 65, 1997, стр. 713–756.

22 Thomas Wilhelmsson, „The Informed Consumer v. the Vulnerable Consumer in European Unfair Commercial Practices Law – A Comment“, у: G. Howells *et al.* (eds.), *The Yearbook of Consumer Law 2007*, Ashgate Publishing, 2007, стр. 213.

23 Nicola Howell, „Catching up with consumer realities: The need for legislation prohibiting unfair terms in consumer contracts“, *Australian Business Law Review*, Vol. 34, No. 6/2006, стр. 448.

Свакако, у банкарским пословима са становништвом тражи се повећани ниво пажње банака, односно у пословању са становништвом важи посебан стандард „дужност пажње“.²⁴ Имајући у виду значај дужности пажње, британска Управа/ауторитет за финансијске услуге (која иначе престаје да постоји) развила је у својој регулаторној стратегији концепт тзв. *ризик лоше намере (bad faith risk)* као облик непоштеног пословања под којим се подразумева погрешно представљање карактеристика финансијског производа и пропуштање да се корисници информишу о неопходним чињеницама. Ова институција је у оквиру свог приступа регулацији заснованог на ризику указала и на *ризик комплексности односно нејодесности производа њиховим корисницима*, у смислу да поједину финансијску услугу потрошач неће разумети или неће одговорати његовим потребама или околностима случаја. Као посебан ризик издвојен је *ризик да финансијски производ неће донети очекивани принос*, нарочито на небанкарском финансијском тржишту, на који регулатор ипак не може имати већи утицај.²⁵ Међутим постало је јасно да се овакви ризици не могу отклонити само прописивањем обавезе обавештавања и едукацијом потрошача, да то подразумева и активну улогу регулатора у санкционисању некоректног понашања финансијских посредника.²⁶ Дакле, не само да је регулаторни процес био заснован на процени ризика, већ су неки финансијски регулатори добили нову надлежност у виду процене ризичности у пружању појединих услуга.²⁷ Са друге стране, истакнута је не само улога судова у тумачењу неправедних одредби уговора у корист потрошача, већ и улога органа управе који треба да реагује превентивно или да својом квалификацијом финансијским институцијама, као и финансијским регулаторима, укаже на проблем и евентуално суду поднесе захтев за уклањање одређене клаузуле, односно њено проглашење ништавом.²⁸ Имајући у виду мноштво облика потрошачких кредита и комплексност стамбених кредита, има смисла да се поред општег режима неправичних клаузула, предвиђеног Директивом 93/13/ЕЕЗ о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима,

24 Peter Ellinger, Eva Lomnicka, Richard Hooley, *Ellinger's Modern Banking Law*, 4. edition, Oxford, 2006, стр. 152–163.

25 Financial Services Authority, *A New Regulator for the New Millenium*, London, January, 2000, par. 11–12.

26 О улози *Financial Services Authority*, Gerard McMeel, John Virgo, *Financial Advice and Financial Products*, Oxford University Press, 2001.

27 У том погледу један од најбољих примера је Централна банка и Ауторитет за финансијске услуге Ирске. *Section 33C(4) of the Central Bank Act 1942, Section 26 of the Central Bank and Financial Services Authority of Ireland Act 2003.*

28 Најбољи примери таквих тела су Уред за правично трговање у Великој Британији (*Office of Fair Trading*) и француска Комисија за неправичне клаузуле (*Commission des clauses abusives*).

регулише обавезна садржина уговора о појединим појавним облицима кредита за потрошаче, као и забрана одређених одредби које би се увек сматрале неправичним или у зависности од околности.²⁹

Примера неправичних клаузула у упоредном праву има много, нарочито у погледу банкарских потрошачких кредита као наменских кредита за куповину роба или услуга.³⁰ У уговорима о стамбеном кредиту неправичне уговорне одредбе могу се појавити у вези са самим условима кредита, што обично представља неки трошак који није предвиђен, те се потрошач са њим сусреће тек пре него што ће уговор потписати, будући да није имао довољно времена да се упозна са текстом уговора о кредиту. То би уједно могло да представља и повреду права на информисање, а евентуално и повреду одредбе о минималној обавезној садржини уговора о кредиту, обзиром на то да је еволуција јавног поретка заштите корисника кредита управо пошла од информационе регулације и ограничења слободе уговарања обавезном садржином уговора. У погледу самих претходних услова које је корисник дужан да уредно испуни да би му кредит био стављен на располагање, а пре свега стављања извршне вансудске хипотеке првог реда, поред услова за одобравање и активирање хипотеке упоредна пословна пракса указује на често везивање потрошача за одређене осигуравајуће куће, као и евентуалне ефекте винкулације полисе уколико се деси осигурањни случај. У развијеним земљама постоје бројни примери неправичних клаузула које се тичу коришћења непокретности као обезбеђења и за остале дугове према банци.

У погледу камате, ако се остави по страни једнострано овлашћење банке на промену каматне стопе које ће бити посебно размотрено, могло би се разматрати да ли се неправичне клаузуле могу односити и на обрачун камате, посебно тип курса,³¹ обрачун интеркаларне камате, везивање стопе затезне камате банке за пословну политику банке или калкулативан начин обрачуна затезне камате, укључујући и конформни

29 Вид. чл. 44–48 Закона о заштити потрошача (*Службени гласник РС*, бр. 73/2010) који на општи начин регулише питање неправичних клаузула.

30 Више у: Татјана Јованић, *Пошрошачки кредити – Правно-економски аспекти*, стр. 238–243.

31 Закон о заштити корисника финансијских услуга (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011) у чл. 34 уводи се право потрошача на исти тип курса. У једној од најновијих пресуда која се односи на период пре ступања на снагу овог Закона, упркос истицању банке да примена различитог курса у отплати пре ступања на снагу Закона о заштити корисника финансијских услуга представља „комерцијалне услове кредитирања“, судија истиче да „обрачунавање кредитне обавезе по продајном курсу банке представља нарушавање начела једнакости престација“. Пресуда Првог основног суда у Београду, бр. 68 П 23780/12 од 5. марта 2013. године, стр. 2.

метод (уколико не постоји пропис о висини стопе затезне камате)³² и др. Превремена отплата кредита такође носи ризик да се банка позива на пословну политику у погледу висине накнаде за превремену отплату, уколико услови нису јасно прописани законом. Посебан облик неправичних клаузула може представљати ограничавање делимичне превремене отплате забраном да клијент може смањивати главницу, али не и рок отплате кредита, јер је то повољније за банку.³³ Неправичне одредбе могу представљати и претерано рестриктивне одредбе о једностраном раскиду уговора, у вези са условима да давалац кредита прогласи потраживање доспелим и затражи повраћај одобреног кредита уз обрачунате камате и друге трошкове превремене наплате, ограничавање права на судску заштиту и др.³⁴

IV Да ли је финансијском производу за становништво са валутном клаузулом у CHF иманентан правни ризик?

Реформа банкарског система и свеж капитал конкурентног банкарског тржишта учинили су да кредит индексиран у швајцарским францима постане могућност да се реши потреба за стамбеним простором, али је на опредељење потрошача утицао и раст цена некретнина, што је повратно изазвало већу потребу просечног купца за финансирањем, обзиром да је пораст кредитирања индексираног у овој валути управо обележио период историјског максимума цена непокретности.³⁵

У периоду када су банке имале у понуди кредите индексиране у швајцарским францима на које се обрачунавала камата по нижој номиналној каматној стопи него што је била за кредите индексиране у еврима, Народна банка Србије је кроз саопштења у медијима, као и брошуре и едукативну делатност Центра за заштиту корисника финансијских услуга упозоравала грађане да нижа каматна стопа не зна-

32 Доношењем Закона о затезној камати (*Службени гласник РС*, бр. 119/12), законодавац је вратио суштинску сврху затезне камате и уважио став Уставног суда о ништавости примене конформне методе на обрачун затезне камате.

33 Ова одредба је присутна у уговорима о стамбеном кредиту Алфа банке, који су аутору били доступни на увид.

34 На примеру кредита у САД многе неправичне клаузуле су елиминисане изричитом забраном у прописима који регулишу поједине врсте кредита: Gene Marsh, *Consumer Protection Law in a Nutshell*, 3. edition, St. Paul Minn., 1999, стр. 273–293.

35 Индикативна је чињеница да Влада Републике Србије најпре није одобравала субвенције за кредите индексиране у швајцарским францима, као и да је Национална корпорација за осигурање стамбених кредита имала очигледно више премије осигурања за кредите индексиране у CHF у односу на кредите индексиране у EUR.

чи аутоматски и јефтинији кредит, те да се корисници таквих кредита излажу валутном ризику. Постоје и докази да је НБС у то време покушавала да Влади Републике Србије предочи нужност забране индексације у швајцарским францима, односно престанка субвецнионисања таквих кредита. Но тек пошто су међународне институције и групе експерата попут Одбора за финансијску стабилност (*Financial Stability Board*) истакле проблем везивања за „стабилне“ валуте, донета је Одлука о привременим мерама за очување стабилности у Републици Србији³⁶ и Одлука о мерама за очување и јачање стабилности финансијског система³⁷ која се примењивала од 30. јуна 2011. године и сходно којој су банке могле одобравати физичком лицу кредит индексирани девизном клаузулом али само под условом да је валута обавезе евро.³⁸ Тим подзаконским актима је прописано да клијенти могу да изврше конверзију кредита индексираних у швајцарским францима у кредите индексираних у еврима, уз препоруку банкама да то буде без додатних трошкова и уз непромењене или повољније услове. Међутим у то време швајцарски франак је био на једном од својих максимума, те су многи клијенти и поред неколико година уредне отплате камате и главнице дуговали већи износ прерачунато у еврима него што је био износ деноминован у еврима у време стављања кредита на располагање. У зависности од периода пуштања кредита у течај, швајцарски франак је порастао у односу на евро и за 35–40%,³⁹ што поставља питање да ли се може говорити о промењеним околностима или се и у овом случају примењује начело *pacta sunt servanda*? Уколико је реч о промењеним околностима које би суд могао окарактерисати као очигледну несразмеру давања, да ли је могуће одредити правичан износ камате, односно лимит промене паритета CHF и евра?

На овом месту требало би указати на наводе изнете у колективној тужби коју је покренуло Удружење банкарских клијената „Ефектива“ почетком ове године. Као правни основ у овој тужби наводе се, кумулативно, уговарање неправичних клаузула као облик непоштеног пословања, затим повреда права потрошача на информисање, „довођење корисника у заблуду“ као субјективни критеријуми, и промена околности као објективни критеријум односно промена околности којом је, како се наводи, „отпала и кауза самог уговарања валутне клаузуле“. Питање кредита индексираних у швајцарским францима је прво окарактерисано

36 Службени гласник РС, бр. 116/2008, 12/2009, 43/2009, 104/2009 и 111/2009.

37 Службени гласник РС, бр. 34/2011.

38 Тачка 2 Одлуке тако забрањује валутну клаузулу у CHF *ex nunc*.

39 5.8.2011. године курс франка се готово изједначио са курсом евра, па је 1 CHF вредео 0,925 евра, односно 94,7384 динара.

као уговарање неправичних уговорних одредби на основу којих су банке оствариле добит „на начин који није у складу са уставним вредностима, али и јавним поретком“.⁴⁰ Као свој правни основ Удружење Ефектива истиче „недопуштеност индексирања стамбених кредита у швајцарским францима“, позивајући се на став да је сврха уговарања валутне клаузуле у CHF била да обавезе корисника кредита не изгубе вредност, односно да се обезбеди еквиваленција престација уговорних страна, те да знатан пораст курса CHF представља промењену околност у смислу чл. 133 и чл. 135 Закона о облигационим односима.⁴¹ Поставља се питање да ли је ризик пораста CHF нормалан ризик код уговора те врсте, и да ли уопште постоје претпоставке за раскидање уговора из чл. 133 Закона о облигационим односима. Промена паритета CHF у односу на валуту евро у односу на који је динар више повезан имајући у виду економску повезаност Србије и ЕУ и чињенице да монетарна политика НБС у виду има валуту евро, представља околност која отежава испуњење обавезе једне стране и не одговара очекивањима корисника кредита. Ствар је оцене суда да ли се због ове промене може остварити сврха уговора, или је отпала кауза самог уговарања валутне клаузуле, као и да ли би сходно чл. 133 ст. 1 ЗОО „по општем мишљењу било неправично одржати га на снази такав какав је“. Друго питање које се поставља односи се на испуњеност услова из става 2 овог члана који каже да се раскид не може захтевати „ако је страна која се позива на промењене околности била дужна да у време закључења уговора узме у обзир те околности или их је могла избећи или савладати“.

Раскидање уговора због промењених околности може се остварити само судским путем, тако што уговор раскида суд изреком пресуде, којом одлучује о праву на раскид, јер је реч о спорном материјалом праву у смислу остварења сврхе уговора и неправичности одржавања уговора на снази таквог какав је.⁴² Требало би напоменути да ова колективна тужба Удружења Ефектива у том смислу има обележја преображајне (конститутивне) тужбе, којом тужилац истиче своје право на промену у уговорном односу и предлаже да је суд изрекне,⁴³ па се логично отвара и питање одређивања правичног износа камате, односно плафона висине разлике у паритету курса, уколико би суд сматрао да је неправично одржати такав уговор на снази.

40 Колективна тужба, стр. 2.

41 С тим у вези Удружење Ефектива сматра да би еквиваленција престација била очувана ако би се вредност кредита изразила у еврима у тренутку закључења уговора, што би практично водило ка потпуном искључењу ризика за корисника кредита!?

42 Решење Вишег трговинског суда Пж. 5077/2003 од 31. јула 2003. год.

43 Вид. Решење Вишег трговинског суда Пж. 5971/03 од 8. децембра 2003. год.

С тим у вези требало би указати на један пример из банкарске праксе. За потребе израде овог рада, једна организација потрошача аутору је дала на увид уговор једне банке закључен 7.11.2006. године у чијем чл. 8 се наводи: „У случају да у току трајања кредитна вредности CHF према EUR порасте за 10 или више процената у односу на међувалутни однос који је важио на дан који је два радна дана претходно пуштању кредитна у трајање... банка ће сразмерно висини неокривеног изражавања захтевања догађајно обезбеђење...“ Уколико корисник не може да пружи додатно обезбеђење „корисник истовременом овом уговору даје неопозиву сагласност банци да изврши промену валуте обрачуна престојалој дела кредитна и исти даље обрачунавају у проливредности EUR валуте који важе према условима који важе за кредитне који се обрачунавају у EUR валути, а који су садржани у обавештењу које ће Банка квалитално достављати Кориснику... Конверзија валутног обрачуна кредитна у случају из овог члана се врши без накнаде.“

Иако је банка јасно навела услове који морају бити испуњени да би се ова могућност банке активирала (нпр. пад вредности непокретности, недовољно обезбеђење и сл.) пример ове банке указује да је ова одредба неправична јер потрошачу као другој страни не даје исту могућност конверзије у случају промене паритета интервалутарног односа, док са друге стране отвара питање могућности примене клаузуле *rebus sic stantibus*, односно установљење маргине пораста швајцарског франка у односу на евро? Интересатно је да горе наведена процентуална вредност од 10% одговара судској пракси измене или раскида уговора робног и робно-новчаног промета.⁴⁴ Међутим, да ли је банкарски посао који подразумева преузимање и управљање ризицима, између осталих валутним и каматним као тржишним ризицима, специфичан и да ли се промена паритета једне стране валуте у односу на другу, која притом није домаћа валута, може сматрати значајном економском појавом у смислу изванредних догађаја? Да ли је параметар „реална вредност новца“ одраз начела равноправности уговорних страна и начела једнаке вредности давања и да ли то има везе са уговарањем валутне клаузуле као заштите од валутног ризика? Валутна клаузула као инструмент управљања девизним ризиком и каматна стопа као инструмент управљања ризиком каматне стопе, као тржишним ризицима, су два различита инструмента која се користе за различите ризике, а оспоравање основаности валутне клаузуле клијента би довело у знатно бољи положај у односу на банку, нарочито имајући у виду чињеницу ограниченог ефекта начела мо-

44 Што је забележено у низу судских одлука, укључујући и позивање судова на праксу примене Општих узанси за промет робом: „Економске појаве, као што је изузетно нагли и велики пад или скок цена“ наводе се као пример изванредних догађаја у чл. 56 Општих узанси (Службени лист ФНРЈ, бр. 15/54).

нетарног номинализма у земљама које имају нестабилне валуте попут Србије.⁴⁵

Банке су као финансијске организације располагале одређеним сазнањима о кретањима валуте и ризицима задуживања индексираних у СНЕ, али су и потрошачи били у јавности обавештавани о ризичности овог производа. Тврдње неких потрошачких организација да су банке препоручивале грађанима овакво задуживање представници банака демантују. Иако су странке, нарочито банке, могле предвидети раст курса у односу на курс домаће валуте, чини се да ипак нису могле предвидети да ће курс франка у поређењу са евром, који се такође користи за индексацију кредитних обавеза, порастати у толикој мери.

Ако се проблем индексације у швајцарским францима посматра из угла могућности претпостављања кретања евра, што је чини се приступ прихваћен у колективној тужби, питање је у томе да ли су банке пропустиле да потенцијалне клијенте обавесте о свим релевантним чињеницама, укључујући и ризичност оваквих кредита, или је овакав финансијски производ *ab initio* био неподобан за просечног потрошача. То са једне стране отвара питање на које указује тужилац, а то је елемент непоштеног пословања у смислу чл. 20 и 21 Закона о заштити потрошача из 2010. год. – дакле, Удружење истиче да су „одредбе типских уговора о стамбеним кредитима закљученим од стране тужених са корисницима кредита одредбе које су последица непоштеног пословања“.⁴⁶ Одредбе прописа о заштити потрошача о непоштеном пословању⁴⁷ од посебног су значаја за сложене производе са високим степеном ризика за потрошаче, попут финансијских услуга. Правила о непоштеном пословању према потрошачу означавају сваки поступак, пропуст, начин пословања или представљања, као и комерцијалну комуникацију. Два основна облика непоштеног половања су заваравачке праксе, деловања и пропуштања, као и агресивне праксе. Непоштено пословање обухвата

45 У једној од најновијих пресуда основних судова истиче се да се уговорима о кредиту начело равноправности уговорних страна и начело једнаке вредности давања „конкретизују кроз обавезу корисника кредита да врати реалну вредност добијеног новца и да плати банци примерену накнаду за коришћење добијеног новца, па заштитне клаузуле могу искључиво бити у функцији основних обавеза корисника кредита... двострука заштита кроз истовремено уговарање валутне клаузуле и променљиве каматне стопе у циљу очувања реалне вредности позајмљеног новца у директној је супротности са начелом равноправности странака и еквивалентности узајамних престајања. Делимична пресуда Првог основног суда у Београду 68 П 23780/12 од 5. марта 2013. године, стр. 5–6.

46 Колективна тужба, стр. 9.

47 Имплементација Директиве Европског парламента и Савета 2005/29/ЕЗ о непоштој трговачкој пракси правних лица према потрошачима на унутрашњем тржишту обухвата чл. 19–27 Закона о заштити потрошача из 2010. год.

и обавезу пружања релевантних информација од значаја за доношење правилне одлуке. Није битно само да ли је информација тачна, већ и контекст који би могао проузроковати да просечни потрошач, као онај који је добро обавештен, довољно пажљив и брижан донесе одлуку коју би донео да располаже свим неопходним информацијама, укључујући и ризичност финансијског производа.⁴⁸ Међутим, важно је указати на чињеницу да Закон о заштити корисника финансијских услуга упућује на Закон о заштити потрошача по питању неправичних клаузула и непоштене пословне праксе, али се у Закону о заштити потрошача, чл. 132 ст. 3, наводи да се потрошачким спором не сматра спор чија вредност прелази 1.000.000 динара, што отвара питање да ли се онда правила о неправичним клаузулама и непоштеној пословној пракси уопште могу применити на спорове поводом финансијских услуга?

Овде би требало указати на Кодекс професионалног банкарског понашања, донетог под окриљем Удружења банака Србије фебруара 2007. године, који у тачки 1.2 дефинише захтев професионалне пажње навођењем обавезе информисања клијената: „имајући у виду учесталост уговарања валутне клаузуле или индексне клаузуле (применом стопе раста цена на мало или другог параметра), банка ће *уиозорити свој клијент* пре закључења уговора, на врсте ризика којима се излаже везано за банчин избор валуте за коју се везује валутна клаузула, њено кретање (банка може понудити клијенту извештај о дугорочном кретању валуте за коју се везује валутна клаузула), или за ризике везано за кретање цена на мало код индексне клаузуле.“⁴⁹

48 Toni Williams, „Open the Box: An exploration of the Financial Services Authority’s model of fairness in consumer financial transactions“, у: Mel Kenny *at al.* (eds.), *Unconscionability in European Private Financial Transactions*, Cambridge, 2010, стр. 227.

49 Одредба анекса уговора о стамбеном кредиту једне од банака које су одобравале кредите индексирани у швајцарским францима, закљученог 12. децембра 2011. године (ради усклађивања са Законом о заштити корисника финансијских услуга), носи назив „валутни ризик“ и гласи (напомена аутора: једини члан уговора који је у потпуности писан подебљаним словима): „*Корисник кредити*а и *Солидарни дужник*, *уиозорити*вањем овог *Уговора*, *уиозорити*ју да им је *уиозорити*ком *уиозорити*ења *захити*ева за *одобрете*ње овог *кредити*а Банка указала на *валути*ни ризик који *уиозорити*че из *чињенице* да је *кредити*, из овог *уговора*, *индексирани* у *свраној* *валути*и CHF и *чињенице* да *висина* *месечних* *ануитети*а, као *валути*е у којој се *обрачунавају* његове *обавезе* *у* овом *кредити*у у *односу* на *динар*, као *валути*е у којој се *врши* *уиозорити*а *месечних* *ануитети*а *кредити*а. *Корисник* *кредити*а и *Солидарни* *дужник*, *уиозорити*вањем овог *уговора*, *уиозорити*ју да их је *банка* *уиозорити*ла и на *уиозорити*це (*уиозорити*ке или *уиозорити*е) *које* о *Корисника* *кредити*а, *односно* *Солидарној* *дужника* *моју* *на* *уиозорити*и *услед* *уиозорити*е *курса* *валути*е CHF у *односу* на *динар* (*раси* *вредности*и CHF у *односу* на *динар* *доводи* *до* *раси* *висине* *његових* *месечних* *ануитети*а у *динарској* *уиозорити*вредности).“ Овог члана, односно одредбе о указивању на валутни ризик нема у првобитном уговору односног потрошача закљученом 2006. године.

Иако је европском регулативом установљена црна листа непоштених пословних пракси од којих се само неке директно односе на финансијске услуге, област финансијских услуга подлеже општим критеријумима одређивања непоштених пракси: 1) пракса супротна захтевима професионалне пажње и 2) суштинска промена могућност промене понашања просечног потрошача, односно утицај на погрешно понашање потрошача на његову штету. Једно од кључних питања је да ли се непоштено пословање тумачи само у контексту информисања потрошача, или се дужност професионалне пажње односи и на понуде ризичних финансијских производа на тржишту.⁵⁰

Ако се остави по страни оцена субјективних критеријума, пре свега обавеза пружања адекватних информација потрошачима али и евентуалног моралног хазарда обавештеног просечног потрошача који није узео у обзир ризик, поново се отвара питање специфичности објективних елемената правног ризика због промене околности на тржишту, али и ризика усклађености пословања за нове финансијске производе. Критеријум недовољне информисаности и промене околности на тржишту сада упућује на слободу избора корисника кредита и рационалност потрошача. То нас поново враћа на утврђивање специфичности односа банака са потрошачима и процене ризика *комплексности* односно неподесности финансијских производа према критеријуму просечног потрошача.⁵¹ Док би економска анализа подразумевала истицање потрошача као рационалног трансактора, истраживања из области бихејвиоралне економије указују на то да и на савршено конкурентним тржиштима потрошачима недостаје самодисциплина и да због своје наивности могу да улазе у ризичне подухвате, што води губицима корисности: агрегатна потрошачка тражња не мора нужно да рефлектује реална очекивања потрошача. И добро информисани потрошачи изнад границе просечног потрошача често се понашају ирационално.⁵² Студије из области бихејвиоралних приступа економији показују да су преференце потрошача одређене максимизацијом личног интереса потрошача *на крајњак рок*.⁵³ Потрошачима је генерално тешко да процене ризик и имају проблем у процени

50 Peter Cartwright, „Conceptualising and Understanding Fairness: Lessons for and from Financial Services“, у: Mel Kenny *et al.* (eds.), *Unconscionability in European Private Financial Transactions*, Cambridge, 2010, стр. 205.

51 Peter Cartwright, „Risk-Based Regulation and the Consumer of Financial Services“, у: I. Ramsay *et al.* (eds.), *Risk and Choice in Consumer Society*, Bruylant, Athens, 2007, стр. 277–297.

52 Joshua S. Gans, „‘Protecting consumers by protecting competition’: Does behavioural economics support this contention“?, *Competition and Consumer Law Journal*, Vol. 13, 2005, стр. 1–11.

53 Gordon Foxall (ed.), *Consumer Behaviour Analysis: Critical Perspectives*, London and New York, 2002.

ризика нарочито када њихова вероватноћа није велика. Преференце потрошача нису стабилне, али просечан потрошач на кратак рок размишља примарно о две опције: ако опција наглашава потенцијане губитке, јавља се аверзија према ризику, док ако наглашава могуће добитке, људи ће се радије определити за максимизацију корисности.⁵⁴ Опција кредита индексираног у CHF је за просечног српског потрошача свакако била ова друга. Са друге стране, на избор потрошача утиче и ниво конкурентности финансијског тржишта, што конкурентније тржиште, то је већа могућност стварања нових производа у циљу веће профитабилности, што ствара већи ризик.⁵⁵ Међутим, нити су сви корисници ових кредита једнаки, нити су кредити индексирани у швајцарским францима јединствени производ.

Аутор напомиње да сврха овог рада није истраживање аргумената *pro et contra* уговарања валутне клаузуле,⁵⁶ нити субјективних елемената правног ризика, већ указивање на оно што би суд могао да има у виду приликом доношења одлуке, уколико се прихвати *објективни елементи правног ризика: њрансакциони ризик збој њромене околности на тржишту*. Проблем који се поставља пред суд је комплексан јер сходно чл. 135 ЗОО суд мора бити руковођен начелима поштеног промета и водити рачуна „нарочито о циљу уговора, о нормалном ризику код уговора односне врсте, општем интересу, као и о интересима обеју страна“. Основ за раскид, односно измену уговора уз пристанак обе стране, била би чињеница да се ризик пораста вредности швајцарског франка не може подвести под уобичајени ризик.

Може се претпоставити да ће поред анализе испуњености услова у смислу промењених околности, у оцени суд захтевати економско вештачење и економску анализу пословања и услова задуживања банака у време одобравања кредита, укључујући и билансне ставке покривене обавезама по основу финансијских деривата (нарочито свопова кредитних ризика), као и моделе управљања ризицима, што указује на дужину трајања судског поступка и неизвесност за обе стране. Стога се као најцелисходније решење чини оно да се проблем реши усмеравањем аргументације ка објективном проблему банака и грађана: овакви кредити су перманентна бомба у билансима банака због све већег кашњења у отплати,⁵⁷ смањења реалне вредности непокретно-

54 OECD, *Roundtable on Demand-side Economics for Consumer Policy*, Summary Report, стр. 39–41.

55 Peter Cartwright, *Banks, Consumers and Regulation*, Oxford, 2004, стр. 212.

56 О томе вид. Дијана Марковић-Бајаловић, *Заштита корисника финансијских услуга*, рад доступан на адреси: <http://efektiva.rs/aktuelnosti-kredit/zastita-korisnika-finansijskih-usluga>, 1.4.2013.

57 Око 11% стамбених кредита индексираних у CHF наспрам 3,5% за кредите индексиране у EUR према прегледу Сектора за финансијску стабилност НБС од 28.2.2013. год.

сти, а тиме и повећања учешћа NPL (*non performing loans*) што утиче да банке рангирају ове кредите у групе ниже наплативости и сходно томе подлежу строжијим регулаторним захтевима. Једна могућност су административне мере фиксирања оптлатног курса, што је случај у Мађарској, где је готово 2/3 кредита индексирано у CHF, а законским изменама омогућена оптлата по фиксираном курсу, док се ће се разлика изнад фиксираног отплаћивати накнадно.⁵⁸ У међувремену је прецизирано да ће држава накнадити један део те разлике, и уведене неке друге мера заштите хипотекарних дужника.⁵⁹ Слично првобитним мерама у Мађарској, у Хрватској су неке банке са Владом Хрватске потписале Меморандум о ублажавању положаја корисника стамбених кредита али истовремено предвиделе и могућност да одбију измене уговора у конкретним случајевима.⁶⁰

Једно од могућих решења је да банке омогуће корисницима да наставе отплату по курсу који одговара валутном паритету евро/CHF на дан одобравања кредита увећаном за одређени проценат. Ово решење би било повољније за грађане од нпр. хрватског модела, јер би подразумевало уважавање међувалутне позиције сваког кредита, док је у Хрватској утврђен фиксни оптлатни курс 1 CHF = 5,8 куна за опцију коју клијент може да искористи (тзв. балон оптлата подразумева каснију наплату одложеног потраживања разлике изнад фиксираног курса). Међутим, проблем који нису решили ни у Хрватској већ само одложили, је у томе ко би сносио трошкове разлике између оптлата по званичном и обрачунском курсу, јер би у појединим случајевима та разлика могла бити већа од 20%, укључујући и евентуално увећање дуга по основу додатно обрачунатих камата за период одложене наплате, због чега је у Хрватској веома слаба заинтересованост грађана. Са друге стране, да би се банке одрекле једног дела профита као израз друштвене одговорности (што, признаћете, банкама није својствено) регулатор би могао да уведе подстицаје за банке које пристану на решавање проблема на овај начин, чинећи одређене уступке у домену пруденцијалних мера.

Одговор на питање који је то равнотежни проценат валутног паритета CHF/EUR није лако формулисати, али би требало указати на решење из Нацрта легислативне резолуције Европског парламен-

58 Чл. 200а и 200б Закона СХП о кредитним институцијама и финансијским предузећима из 1996. измене.

59 Вид. Мишљење Европске централне банке о мерама помоћи дужницима CON/2012/27 од 5. априла 2012, доступно на адреси: http://www.ecb.int/ecb/legal/pdf/en_con_2012_27_f.pdf, 1.4.2013.

60 Меморандум предвиђа могућност уговарања тзв. флекси ануитета, мораторијум у коме главница мирује најдуже 12 месеци, али се камата плаћа, конверзија из CHF у EUR, продужење рока оптлате до 40 година, тзв. балон оптлату уз фиксирани курс.

та поводом Комисијиног предлога директиве о уговорима о стамбеним кредитима.⁶¹ Пре свега, већ у предговорној фази давалац хипотекарног кредита при обрачуну ЕКС има обавезу да поред актуелног сценарија, тј. курса на дан потписивања уговора, направи и сценарио у случају депресијације домаће валуте у односу на валуту кредита за 20% – сврха је да се клијенту укаже на могући девизни ризик и повезаност са укупним трошковима кредита (чл. 12 амандман 4а). Најзначајнији је амандман предлог новог члана 18а који обавезује државе чланице да уговори о хипотекарном кредиту садрже ‘окидач’ или максимални износ кредита који клијент може платити, као и да га упозоре када се максимум достигне, након чега би имали право на конверзију валуте (конверзија из стране у домаћу или „алтернативну“ валуту). Окидач (*trigger*) за право на конверзију није одређен у директиви, већ ће га, по свему судећи, одредити уговорне стране, тј. даваоци хипотекарног кредита уз изнуђени пристанак зајмопримца. Амандман помиње могућност државе чланице да пропише „друге аранжмане“ пре закључења уговора, али није сасвим јасно да ли се то односи на услове конверзије или само девизни курс.

V Овлашћење на једнострану измену каматних стопа у светлу праксе првостепених судова и Суда части при Привредној комори Београда

Све до ступања на снагу Закона о заштити корисника финансијских услуга, већина банака у чијим је уговорима о кредиту постојала одредба да банка има право једностране промене каматне стопе до коначног измирења обавезе корисника кредита, искористиле су ту могућност,⁶² обзиром да за разлику од многих земаља у нашој земљи није постојао пропис нити судска одлука о томе да је ова пракса недозвољена или под којим стриктним условима се може мењати каматна стопа (нпр. везивање за неку реперну каматну стопу, максимални распон висине каматне сто-

61 *Draft European Parliament Legislative Resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on credit agreements relating to residential property (COM(2011)0142 – C7-0085/2011 – 2011/0062(COD))*, доступно на адреси: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2012-0202+0+DOC+XML+V0//EN>, 1.4.2013.

62 Тако су неке банке уговарале променљиву номиналну каматну стопу изражену као збир референтне стопе као променљиве категорије, увећану за фиксни проценат, уз овлашћење банке да мења фиксни део каматне стопе у складу са актима своје пословне политике. Слична је ситуација била и са општим условима пословања неких банака у којима је уговорена променљива каматна стопа без икаквог одређивања елемената каматне стопе и критеријума променљивости, уз право банке да једнострано промени каматну стопу. У том смислу банке су најчешће наглашавале да такве ситуације подразумевају измене пословне политике банке, мере НБС и промене тржишне околности.

пе и других објективних услова).⁶³ У земљама у којима закон није ограничио могућност једностраних измена каматних стопа, забрањујући их или постављајући стриктне услове објективности, судска пракса и препоруке управних органа тржишног надзора је прогласила неправичном и ништавом.⁶⁴ Обзиром да у нашем систему финансијски регулатор нема изричито овлашћење да цени да ли је реч о ризичном производу, неправичној уговорној одредби или не, односно да се изјашњава и препоручује уклањање појединих одредби, као и да не постоји орган управе који има таква овлашћења, чињеница да се судска пракса креће у сигурном правцу утврђивања ништавости овакве могућности банке указује на чињеницу да банке овај ризик нису предвиделе у фази израде формуларних уговора о кредиту или су сматрале да је вероватноћа остварења овог ризика (нпр. правноснажна пресуда) мала. Оне које се пак надају другачијим одлукама виших судских инстанци, излажу се не само правном, већ и репутационом ризику. Позивање на пораст трошкова извора финансирања и тржишних услова пословања, као елементом „маргине“, по оцени судова довело је кориснике кредита у неравноправан положај. Из децидних ставова судова јасно је да „негативне промене у екстерном економском окружењу“, „економичност пословања“ и „потреба заштите елементарних интереса депонената и акционара банака“ итд., „свакако не представљају ближе одређење критеријума за промену уговорене променљиве номиналне каматне стопе, већ се ради о једној крајње произвољној формулацији и очигледној злоупотреби доминантног положаја. Тиме је створена и искоришћења могућност неограниченог волунтаризма банке као економски јаче стране да формуларним уговором о кредиту једнострано мења висину уговорене обавезе односно једнострано увећава стопу уговорене камате. Због тога је нарушено начело равноправности страна у облигационом односу, начело једнакости узајамних давања те начело поступања трговаца и банака у складу са добрим пословним обичајима и добром пословном праксом којима се обезбеђује поштен однос према кориснику и као таква одредба је ништава са тог аспекта“.⁶⁵

Пре доношења овог Закона НБС је ово питање покушала да реши прво препорукама,⁶⁶ а потом одлукама заснованим на Закону о бан-

63 О томе у појединим земљама: Татјана Јованић, *Појтрошачки кредити: њравно-економски аспекти*, стр. 241-243.

64 Нпр. у Француској, Комисија за неправичне клаузуле 2004. године донела је Препоруку бр. 2004-03 од 27. маја 2004. године у којој се истиче да се једнострана измена без објективних разлога неправична клаузула. Richard Routier, *Obligations et Responsabilités du Banquier*, Dalloz, Paris, 2005, стр. 380.

65 Пресуда Првог основног суда у Београду 85 П 26407/11 од 3.4.2012, стр. 7.

66 Препорука БАН/001/08 у вези са уговором о кредиту са променљивом каматном стопом која зависи од промена референтне каматне стопе и/или марже; Препорука БАН/002/08 у вези са уговором о кредиту с променљивом каматном стопом која

кама. Одлуком НБС о јединственом начину обрачуна и објављивања ефективне каматне стопе на депозите и кредите прописан је начин на који је банка дужна да обрачуна и објави трошкове, камате и накнаде банкарских услуга, нарочито по основу депозитних и кредитних полова. Одлуком је прописано да понуда банке која се односи на депозите односно кредите треба јасно и недвосмислено да садржи податке који се укључују у обрачун ефективне каматне стопе, као и податке који се не укључују у обрачун ефективне каматне стопе.⁶⁷ Ови подаци требало је да буду утврђени и исказани у понуди тако да клијента ни једног тренутка не доведу у заблуду, што се тиче било ког елемента тих података.⁶⁸ Суд је схватања да „одредба уговора којом се промена номиналне каматне стопе условљава пословном политиком банке, свакако не представља ближе одређење критеријума за промену уговорене променљиве номиналне каматне стопе“.⁶⁹ Штавише, тачка 8 Поменутог Одлуке гласи: „Одредбе уговора морају бити јасне, потпуне, прецизне, недвосмислене и разумљиве за клијента, а предмет обавезе за клијента мора бити одређен, односно одредив на такав начин да се клијент у току трајања уговорног односа у сваком тренутку може обавестити у којим случајевима се може променити висина његове обавезе, на који начин и под којим условима.“

Одлуком НБС о начину и поступку спровођења општих услова пословања, које банка примењује у односу са клијентима физичким лицима, а која се примењује од 31.10.2009. дефинисано је да је један од минималних услова за одобрење кредита физичким лицима ближе одређење критеријума за примену уговорне променљиве номиналне каматне стопе.⁷⁰ Тачком 5 Одлуке дефинисан је захтев за ближим одређењем критеријума за примену уговорне променљиве номиналне каматне стопе: елементи, периоди, начин измене и разлог за измену. По оциени многих судија основних судова, једнострана промена каматних стопа банака позивањем на пословну политику није у складу са тачком 5 ст. 8 ове Одлуке која прописује да је банка дужна да ближе одреди критеријуме за промену уговорене променљиве номиналне каматне стопе, према параметрима из Одлуке.

У чл. 8 и 26 Законом о заштити корисника финансијских услуга који се односи и на уговоре о кредиту које банке одобравају физичким лицима, утврђено је да уговорна обавеза мора бити одређена, односно

зависи од пословне политике банке. Трећа препорука бр. БАН/003/08 односила се на уговоре о кредиту са валутном клаузулом.

67 Тачка 5.1 Одлуке.

68 Тачка 5.3 Одлуке.

69 Пресуда Првог основног суда у Београду 35 П 4853/11 од 7.12.2011. стр. 6.

70 Службени гласник РС, бр. 74/2009.

одредива, те да је новчана уговорна обавеза одредива што се тиче њене висине ако зависи од уговорених променљивих елемената (променљива каматна стопа), односно променљивих и фиксних, с тим што су променљиви елементи они који се званично објављују (референтна каматна стопа, индекс потрошачких цена и др.). Поред прецизирања елемената на основу којих се обрачунава променљива номинална уговорна каматна стопа на новчана потраживања банака, уређујући елементе одредивости Закон је забранио елементе за обрачун на које може утицати једнострана воља било које уговорне стране, а уговори не могу да садрже упућујућу норму на пословну политику када су у питању они елементи који су наведеним законом предвиђени као обавезни елементи уговора.⁷¹ Овај пропис је предвидео и значајна овлашћења НБС у сузбијању евентуалних будућих случајева повреде ове норме, укључујући и могућност новчане казне уколико банка не поступи по налогу супервизора.

Међутим, чињеница да ова одредба уређује временску примену наведених чланова није спречила судове да у својим пресудама утврђују ништавост одредаба уговора о кредиту које су важиле до почетка примене Закона о заштити корисника финансијских услуга, а на основу којих су банке једнострано мењале и примењивале уговорене марже у погледу обрачуна камате, а потом и ануитета.⁷² Ове одлуке судова засноване су пре свега на одредбама Закона о облигационим односима којима је одређено да је уговор ништав када је предмет обавезе немогућ, недопуштен, неодређен или неодредив,⁷³ а да се предмет обавезе, у овом случају каматна стопа, има сматрати одредивим уколико уговор садржи податке на основу којих се обавеза може одредити или је одређивање поверено трећем лицу.⁷⁴ Такође на основу Закона о облигационим односима,⁷⁵ судови су утврђивали делимичну ништавост уговора, тј. ништавост оних уговорених одредби на основу којих је банка, као економски јача страна, имала право да једнострано измени део каматне стопе позивајући се на измене „аката пословне политике“ или „општих услова пословања“ или

71 Члан 54 Закона о заштити корисника финансијских услуга прописује да се одредбе чл. 8 и 26 ст. од 1 до 3 тог Закона примењују на све обавезе из уговора које доспевају после дана почетка примене тог Закона.

72 Нпр. пресуде Првог основног суда у Београду (35 П 4853/11 од 7. децембра 2011, 85 П 26407/11 од 3. априла 2012, 66 П 17831/12 од 14. децембра 2012, 81 П 25638/12 од 5. фебруара 2013, 68 П 23780/12 од 5. марта 2013. године) и пресуда Привредног суда у Београду 3-П-7362/2012 од 15. јануара 2013. године.

73 ЗОО, чл. 47. Закон о облигационим односима прописује као неопходан услов за пуноважност уговора одређеност или одредивост предмета обавезе уговорних страна, што обухвата и цену кредита, односно каматну стопу.

74 ЗОО, чл. 50.

75 У складу са ЗОО, чл. 105.

нејасне и двосмислене појмове попут „промене тржишних услова“. Суд је квалификовао да уговорна обавеза банака које су једнострано мењале висину каматне стопе није одређена нити одредива, будући да услед могућности промене једног уговорног параметра каматне стопе у складу са пословном политиком банке није могуће утврдити висину укупног задужења по основу главнице и припадајуће камате, за цео уговорени период. Суд сматра да је новчана уговорна обавеза одредива уколико њена висина зависи од уговорених елемената, који могу бити фиксни и променљиви, а променљиви би могли бити само они који се званично објављују, односно који су мерљиви.⁷⁶

Чланом 45 тада важећег Закона о заштити потрошача из 2005. године јасно је истакнута обавеза да се нејасне одредбе типских уговора тумаче у корист потрошача. Одредбама овог закона које се односи на право потрошача на информисање истакнута је обавеза тржишних субјеката да учине да информације и подаци о својствима производа или услуга или условима продаје морају бити тачне, потпуне, основане, недвосмислене, јасне и благовремене.⁷⁷ Постојећа судска пракса указује на чињеницу да банка није задовољила тражени ниво информисаности корисника кредита, закључујући нејасан или непотпун уговор у промету роба и услуга, сходно Закону о заштити потрошача, на штету друге уговорне стране у свом унапред формулисаном уговору о кредиту на чије одредбе корисници кредита нису могли утицати, што је супротно начелима савесности, поштења и правилима морала односно добрим пословним обичајима. Чињеницу да потрошачу нису саопштени прецизни елементи који утичу на променљивост уговорене стопе, обавештења о егзактним параметрима и методи израчунавања, неке судије квалификовале су као пропуштање којим се повређује право потрошача на информисање.⁷⁸

Како је истакнуто у неким пресудама, наводи банака о поремећајима на финансијском тржишту коришћени као аргумент банке за повећање марже на кредите у отплати, могу се само одразити на умањење добити банке, а не у угрожавању начела једнаке вредности давања, предвиђеног чл. 15 ЗОО, и као такви не могу представљати пословни ризик за клијента, већ само за банку. Овакав начин промене каматне стопе имао је за последицу чињеницу да је банка све тржишне ризике превалила на корисника кредита.⁷⁹

76 Пресуда Првог основног суда у Београду, 81 П 25638/12 од 5.2.2013, стр. 4. Једнострано мењајући камату стопу клијентима, банке нису доставиле егзактне и математички проверљиве параметре који утичу на једнострану одлуку о повећању или смањењу управо конкретне каматне стопе, те суд сматра да има основа да се такво понашање квалификује као стицање без основа.

77 Закон о заштити потрошача из 2005. године, чл. 46 ст. 1.

78 Пресуда Првог основног суда у Београду 85 П 26407/11 од 3.4.2012, стр. 5.

79 Исто, стр. 4.

Уговарајући могућност једностране измене каматних стопа која се нарушава начело једнаке вредности давања и пословни ризик пребацује на клијента, стекли су се основи за квалификацију оваквог понашања банке супротно чл. 18 ЗОО који стране у облигационом односу обавезује да у извршавању своје обавезе поступају са пажњом доброг привредника, односно доброг банкара. Ст. 2 овог члана прописује да је страна у облигационом односу дужна да у извршавању обавезе из своје професионалне делатности поступа с повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима (пажња доброг стручњака); док је ставом 3 прописана обавеза стране у облигационом односу да се у остваривању свог права уздржи од поступка којим би се отежало извршење обавезе друге стране.

Имајући у виду чињеницу да су банке привредна друштва на које се примењује Закон о привредним коморама и да се у периоду једностраних измена каматних стопа примењивао Кодекс пословне етике, као и да су већина банака потписнице Кодекса професионалног банкарског понашања донетог фебруара 2007. године, једнострана измена уговора отвара питање и да ли је реч о повреди добрих пословних обичаја. Кодексом пословне етике Привредне коморе Србије⁸⁰ предвиђено је да је привредни субјект приликом закључења уговора дужан да уговорне одредбе сачини на начин који не оставља сумњу у погледу њиховог смисла и значења (чл. 15 Кодекса), на основу чега је Суд части при Привредној комори Србије у низу поступака (у највећем броју против Пиреус банке) закључио у писаним опоменама да једнострано повећање каматне стопе правдано пословном политиком банке представља повреду добрих пословних обичаја и пословног морала у области пружања банкарских услуга, и није у складу са начелом савесности и поштења из чл. 11 Кодекса.⁸¹

Кодекс професионалног банкарског понашања Удружења банака Србије из 2007. године у тачки 1.2 јасно истиче да се међу минимумом информација која ће банка пружити клијенту подразумева да ће банка унапред упозорити клијента и, у случају реализације посла, у уговору о депозиту/кредиту конкретизовати разлоге због којих у одређеној мери може доћи до једностране промене уговорених услова.

80 *Службени гласник РС*, бр. 1/2006.

81 Одлука Суда части С. бр. 37/12. Слично је и резонување Суда части при Господарској комори Републике Хрватске који је 25.3.2011. године донео пресуду (*P-I-50/10*) у којој се наглашава да је банка „*odgovorna jer je sa potrošačem... zaključila nejasan i neoprotan ugovor o stambenom kreditu... na način da u vrijeme zaključenja ugovora... nisu pojedinačno pregovarali i ugovorom utvrdili egzaktne parametre i metodu izračuna tih parametara koji utječu na Odluku banke o promjeni stope ugovorene kamate što je imalo posljedici u neravnотежи u pravima i obavezama utemeljenoj na jednostranom povećanju ugovorene kamatne stope.*“ Пресуда је потврђена пресудом Суда части *PŽ-II-13/11* од 7.10.2011.

VI Препорука као закључак

На основу горе наведеног, у пресудама поводом тужби потрошача ради утврђења стицања без основа банака, судови закључују да је на тај начин нарушено и начело равноправности страна и начело једнаке вредности узајамних давања. Одредба која туженом даје могућност неограниченог повећања камате противна је и одредби чл. 12 ЗОО којом је прописано да у заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа стране су дужне да се придржавају начела савесности и поштења, што потврђује и став Суда части при Привредној комори Београда. Имајући у виду да се одлуке судова поводом тужби корисника кредита крећу у правцу утврђивања ништавости примене уговорених неодређивих елемената променљиве каматне стопе, а узимајући у обзир и решења из упоредног права и судске праксе, ради одговарајућег управљања правним ризиком и умањивања могућности настанка непредвиђених губитака и трошкова који могу проистећи из будућих судских спорова, банке би требало да, у складу с начелом савесности и поштења и начелима заштите корисника финансијских услуга, на адекватан начин ускладе своје поступање у погледу одредби уговора о кредиту на основу којих су, пре почетка примене Закона о заштити корисника финансијских услуга, примењивани унапред неодређени и неодређиви елементи за утврђивање обрачуна променљиве каматне стопе.

Проблем кредита индексираних у швајцарским францима указује на нужност проактивног приступа банака у управљању правним ризиком, у који би требало укључити и процену ризика комплексности и подесности финансијског производа за просечног потрошача, а истовремено и нужност стварања законских услова за проактивнији приступ секторског регулатора, као и јачање овлашћења органа управе надлежног за заштиту потрошача у смислу јаче контроле општих услова пословања и некоректних пословних пракси на тржишту.

Tatjana JOVANIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

BANKS' LEGAL RISK DUE TO QUALIFICATION OF CERTAIN PROVISIONS OF CREDIT AGREEMENTS RELATING TO RESIDENTIAL PROPERTY AS UNFAIR

Summary

This Paper deals with the legal risk of banks arising from credit agreements relating to residential property with consumers, as standard form contracts drafted by banks and concluded on the basis of the terms of contracts which are unilaterally imposed. As a separate issue the Paper explores the permissibility of unilateral variation of interest rates, in light of current case-law which shows that the courts are moving towards an unambiguous declaration of nullity of contractual provisions which banks imposed to reserve the right to unilaterally change the interest rate, referring to internal policies and other indeterminable parameters. Given that financial products are becoming more complex, the paper points to the need for a timely assessment of the legal and compliance risks when introducing new financial products, in order to make them appropriate and fit for the average consumer. In this regard, some elements of the risks of credit agreements indexed in Swiss francs are explored.

Key words: *legal risk, compliance in banks, credit agreement, unfair clauses, unfair business practices.*