

UDK: 336.717.061(497.11) ; 347.455

CERIF: S130, S144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

др Дијана МАРКОВИЋ-БАЈАЛОВИЋ*
редовни професор Правног факултета Универзитета
у Источном Сарајеву

ЈОШ ЈЕДНОМ О КРЕДИТИМА ИНДЕКСИРАНИМ У ШВАЈЦАРСКИМ ФРАНЦИМА

Сажетак

Проблем кредитива индексираних у швајцарским францима подсти- као је стручну расправу у вези са законитиошћу тих кредитива и ойрав- даности и нтервенције законодавца и судске власти у циљу заштити корисника кредитива. Проблем се може посматрати као још један израз ширеј проблеме промене вредности новца и његовој утицаја на сад- ржину дужничко-оверилачких односа, који је од давнина заокуљао најњу теорије и судске праксе. Теорија монетарној номинализма је оштите прихваћена у ујоредном праву као пристуј за решење пробле- ма, при чему теорија монетарној валоризма служи као њен коректив. Поставља се питање од којим условима је доушито одстојити од теорије монетарној номинализма и применити валористичку теорију приликом уређења новчаних обавеза? Тражећи одговор на то питање, ау- тор анализира развој инстицијива променених околности у ујоредном праву, уочавајући савремену тенденцију да се изненадне и најле промене економских прилика и последично осујећење сврхе уговора признају као околности које ойравдавају раскид или измену уговора судским путем, уз право суда да сам дефинише нове услове уговора. Проблем кредитива

* Електронска адреса аутора: dijana.markovicbajalovic@pravni.ues.rs.ba.

индексираних у швајцарским францима је у евројским земљама решаван мерама законодавца и судским њуиџем – њониииџењем уџовора збоџ џроџуиџиџања банака да у џредуџоворноџ фази кориснике кредитиџа информиишу о ризицима закључења уџовора са клаузулом о индексациџи у сџраноџ валуџи. Ауџор анализира Закон о конверзиџи сџамбених кредитиџа у швајцарским францима и џравно схватиџање Врховноџ касационоџ суда у свеџлу уџоредноџравних схватиџања о џроблему џромене вредности новчане обавезе, инсџиџиџуџу џромењених околности и обавези информисања у џредуџоворноџ фази.

Кључне речи: *Монетџарни номинализам. – Монетџарни валоризам. – Промене околности. – Обавеза информисања у џредуџоворноџ фази. – Валуџина клаузула.*

Сага о кредитима индексираним у швајцарским францима траје већ годинама, без изгледа да ће се скоро окончати. Након доношења Закона о конверзиџи стамбених кредита у швајцарским францима¹ и правног схватања Врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима,² расправа о правноџ судбини уговора о тим кредитима додатно је подстакнута. Према схватању ВКС, уговори о кредиту са клаузулом о индексациџи у швајцарским францима су делимично ништави. Клаузула о индексациџи у ЦХФ је ништава, док уговор о кредиту остаје на снази. Ради очувања једнаке вредности давања врши се конверзиџа тако што се динарски износ добијеног кредита изражава у еврима, према званичном средњем курсу динара у односу на евро на дан закључења уговора о кредиту и на тај износ обрачунава камата коју је банка давалац кредита зарачунала на кредите исте врсте и трајања индексиране у еврима. Законом о конверзиџи одређено је да су банке дужне да корисницима стамбених кредита са клаузулом о индексациџи у ЦХФ понуде конверзиџу кредита у евро, тако што је основ за конверзиџу износ преосталог дуга на дан ступања закона на снагу, који се умањује за 38%. Законом је одређен максималан износ камате које банка може наплаћивати на конвертоване кредите.

Циљ овог чланка је да се анализирају правно схватање ВКС и Закон о конверзиџи у светлу упоредноправних решења о институтима који, по

1 Закон о конверзиџи стамбених кредита у швајцарским францима, *Службени џласник РС*, бр. 31/2019.

2 Правно схватање Врховног касационог суда од 2. 4. 2019, доступно на адреси: https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Valutna%20klauzula_1.pdf, 10. 2. 2020.

нашем мишљењу, имају посебан значај за правилно решење проблема кредита индексираних у ЦХФ – то су институти промењених околности и одговорности за информисање у предуговорној фази. У првом делу чланка објашњавају се начела монитарног номинализма и валоризма. У другом делу чланка бавимо се институтима промењених околности и одговорности за информисање у предуговорној фази. Последњи део чланка посвећен је хронологији дешавања у вези са кредитима индексираним у ЦХФ у другим државама Европе и код нас и анализирају се правно схватање ВКС и Закон о конверзији у светлу претходно изнетих сазнања. У закључку указујемо на могући смер у коначном решавању спора о правној допуштености уговора о кредитима са валутном клаузулом у швајцарским францима.

I Монетарни номинализам

Начело монитарног номинализма је општеприхваћено начело уговорног права, како у континентално-европским, тако и у англосаксонским правним системима. Према том начелу, дужник новчане обавезе се ослобађа обавезе када повериоцу плати онај број новчаних јединица на који обавеза гласи. Теорија монитарног номинализма у први план истиче функцију новца као средства размене, тј. обрачунске вредности. Она се јавила у тренутку када је право требало да реши проблеме изазване падом вредности кованог новца, до чега је долазило због тога што су средњовековни владоци, у недостатку злата и сребра за ковање новца, почели да кују новац од легура племенитих метала. Творцем теорије у континентално-европском праву сматра се француски правник Димулен. Он је бранио став да је спољна, номинална вредност новца, коју одређује владалац, једино меродавна у односима између приватних лица. Уколико се актом државе промени стварна вредност новца, грађани не могу у својим међусобним односима да се позивају на ту чињеницу и да траже измену садржине уговорне обавезе.³

Англосаксонски судови су ишли сличним путем. Енглески суд у случају *Gilber v. Brett (Case of Mixt Monies)* из 1604, решавајући спор о садржини новчане обавезе изазван снижавањем стварне вредности фунте на територији Ирске, на основу акта краљице Елизабете I, заузео је став да дужник измирује новчану обавезу у новчаним јединицама које су на снази као званично средство плаћања у време доспећа уговорне обавезе. Суд се у образложењу одлуке ослонио на Димуленове ставове и пресуде континентално-европских судова.⁴

3 Врлета Круљ, *Монетарно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 1976.

4 Остало је спорно да ли је позивање на континентално-европску теорију и судску праксу заиста постојало у образложењу одлуке или је касније додато од стране

Врховни суд САД се позабавио сличним питањем пред крај 19. века, када је одлучивао у спору изазваном наглим падом вредности долара након Грађанског рата. Суд је истакао да се вредност новца одређује законом, будући да то питање спада у државне прерогативе, те да пад стварне вредности новца не мења садржину дужникове обавезе.⁵

Теорија номинализма има свој основ у правном принципу *pacta sunt servanda*, потеклом још из римског права. Странке уговарају да обавеза буде измирена предајом одређеног броја новчаних јединица у валути у којој обавеза гласи. Приликом закључења уговора, странке полазе од претпоставке да ће валута обавезе очувати своју вредност, или, барем, да се та вредност неће значајније мењати. Када у пракси ипак дође до битне промене у стварној вредности валуте обавезе, у одсуству уговорних одредби које би то посебно уређивале то питање, изричито изражена воља странака се мора поштовати.⁶ Теорија одговара интересу правне сигурности, штитећи, изнад свега, предвидивост уговорних обавеза. Треба приметити да је теорија настала да би заштитила дужнике. Она је понудила решење за спорове у којима поверилац тражи од дужника да му испуни новчану обавезу према вредности коју је уговорена валута имала када је уговор био закључен, због тога што је у међувремену дошло до пада реалне вредности новца. Теорија номинализма је у исто време штитила и интерес државе, којој је одговарало да своје обавезе према повериоцима измирује у депресираној валути. Да би тај циљ био постигнут, било је неопходно и да повериоци државе могу обавезе према својим повериоцима да измирују у истој, депресираној валути.⁷

Теорија номинализма је добила законско важење усвајањем француског Грађанског законика: „Обавеза која произлази из зајма у новцу је увек у номиналном износу наведеном у уговору. Ако дође до раста или пада валуте пре рока плаћања, дужник мора да врати номинални позајмљени износ, и мора да то учини само у средству плаћања које има законско важење у време плаћања.“⁸

њеног коментатора. David Fox, „The Case of Mixed Monies: Confirming Nominalism in the Common Law of Monetary Obligations“, *Cambridge Law Journal*, мај 2011, 144–174.

5 *Knox v. Lee, Parker v. Davies*, 79 US 457. Према општеприхваћеном теоријском становишту монетарни прерогативи једне државе обухватају следећа суверена права: право да издаје новац, право да утврђује и мења вредност новца и право да уређује употребу свог и страног новца на својој територији. François Gianviti, *Current Legal Aspects of Monetary Sovereignty*, International Monetary Fund, 2004, доступно на адреси: <https://www.imf.org/external/np/leg/sem/2004/cdmfl/eng/gianvi.p>, 10. 2. 2020.

6 Fritz Alexander Mann, *The Legal Aspect of Money*, Oxford, 1954, 66.

7 Felix Eckstein, *Geldschuld und Geldwert*, Berlin, 1932, 90.

8 Француски Грађански законик (*Code Civil*) – ФГЗ, чл. 1895.

Теорија монетарног номинализма пати од озбиљних ограничења, утолико што признаје једино номиналну вредност новца, ону коју је држава одредила, као релевантну. Теорија номинализма, консеквентно примењена, није правична.⁹ Она игнорише промене у стварној вредности новца до којих долази током времена и које умањују његову корисност као средства размене. То игнорисање се свесно чини, јер, прво, трансакције које за основ имају исту, номиналну вредност новца, једноставније су за извршавање и, друго, промене стварне вредности новца у пракси редовно нису толико значајне. У изузетним околности, када дође до нагле и/или велике промене вредности новца, теорија монетарног номинализма постаје несврсисходна. Управо те околности навеле су једног француског аутора да примети да номинализам, који намеће фикцију константне вредности, није ништа друго него лаж.¹⁰

Више је метода којима право прибегава да би превазишло мањкавости теорије монетарног номинализма. У области јавног права, држава може својим законима на императиван начин уредити правне односе поремећене наглом или великом променом вредности домаће валуте. У сфери приватног права, проблем се решава уговарањем заштитних клаузула или позивањем страна у облигационом односу на институт промењених околности (*rebus sic stantibus*).

Допуштеност уговарања златних, валутних и различитих индексних клаузула, којима се штити вредност уговорене обавезе, редовно се посматра кроз призму принципа монетарне суверености државе. Држава ограничава свој монетарни суверенитет ако допушта да се на њеној територији или између њених држављана новчане обавезе уговарају и/или извршавају у злату или некој страниој валути. Клаузуле којима се вредност новчане обавезе одређује према злату биле су забрањене у многим земљама, након велике светске економске кризе тридесетих година прошлог века, када су многе државе напустиле стандард конвертибилности домаће валуте за злато.¹¹ Деценијама касније, када је злато постало роба као и свака друга, забрана је повучена.¹²

Другачије стоји ствар са клаузулама којима се вредност новчане обавезе одређује према вредности неке стране валуте – валутне клаузуле. Оне никада нису могле бити сасвим забрањене, јер ниједна држа-

9 Eliyahu Hirshberg, „Modern Problems of Monetary Law“, *The Comparative and International Law Journal of South Africa*, Nr. 2/1973, 278.

10 В. Круљ, 54.

11 В. Круљ, 56 и даље.

12 Тако су САД увеле забрану уговарања златне клаузуле после Велике светске економске кризе. Забрана је укинута 1977, када је Конгрес усвојио закон којим је дозволио америчким грађанима да поседују злато и тргују њиме. Keith S Rosenn, „Protecting Contracts from Inflation“, *The Business Lawyer*, јануар 1978, 736.

ва није могла наметнути монопол своје валуте у међународној трговини.¹³ Француски судови, крећући се између ограничења постављених одредбом о монетарном номинализму из чл. 1895 ФГЗ, с једне стране, и реалних проблема изазваних падом вредности француског франка након II светског рата, с друге стране, направили су дистинкцију између индексних клаузула које су имале за циљ очување једнаке вредности узајамних давања и монетарних клаузула, којима су стране исказивале неповерење у француску монету. Само су индексне клаузуле економске природе биле допуштене, док су монетарне клаузуле проглашене ништавим. Карактер клаузуле одређивао се према врсти уговора. Индексне клаузуле у уговорима о зајму су сматране монетарним клаузулама, и стога су проглашаване ништавим. Француска правна теорија критиковала је ову поделу као вештачку.¹⁴

Наш законодавац је приликом формулисања оригиналних одредаба у ЗОО о новчаним обавезама био сасвим извесно под великим утицајем француског права, јер је експлицитно стао на позиције начела монетарног номинализма: „Кад обавеза има за предмет своту новца, дужник је дужан да исплати онај број новчаних јединица на који обавеза гласи, изузев кад закон одређује што друго.“¹⁵ Обавеза која је била уговорена у злату или некој другој валути, могла се потраживати само у домаћем новцу.¹⁶ Обавезе уговорене у злату или некој другој валути су биле ништаве, а по сили закона вршена је њихова конверзија у домаћу валуту, али према паритету који је постојао у тренутку настанка обавезе. Уговорне обавезе у другој валути биле су пуноважне у трговини са иностранством, јер је прописима у области девизног пословања било омогућено плаћање и наплаћивање у девизама.¹⁷ Третман осталих индексних клаузула је био сличан. Забрањене су биле клаузуле којима се висина новчане обавезе у домаћем новцу везивала за промене у ценама одређених добара, робе и услуга израженим индексом цена утврђеним од стране овлашћене организације. Такве клаузуле су биле пуноважне

13 В. Круљ, 111.

14 В. Круљ, 145.

15 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 394. Треба приметити да је законодавац допустио могућност да се питање новчаних обавеза уреди законом на другачији начин.

16 ЗОО, чл. 395. Чланом 317 Скице за Законик о облигацијама и уговорима била је изричито предвиђена ништавост златних и валутних клаузула. Михаило Константиновић, *Облигације и уговори, Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 1969.

17 Рајко Буквић, „Девизна политика Југославије 1945–1990: Искуства и поуке“, *13th International Multidisciplinary Scientific Conference Eurobrand*, Крагујевац, 18–20. новембар 2016, 40–60; MPRA Paper No. 76211, 15. 1. 2017.

искључиво уколико је изабрани индекс у непосредној економској вези са предметом посла, тако да немају спекулативан значај или је клаузула уговорена ради обезбеђења животног стандарда уговорне стране.¹⁸ Међутим, у уговорима у којима цена није одређена у моменту настанка обавезе, допуштено је било уговорити индекс према коме ће се цена одредити у моменту испуњења (клизна скала): „У уговорима у којима се једна страна обавезује да изради и испоручи одређене предмете, дозвољено је уговорити да ће цена зависити од цена материјала и од рада, као и других елемената који утичу на висину трошкова производње, у одређено време на одређеном тржишту.“¹⁹ Законодавац је првобитно ограничио употребу индексних клаузула на ситуације у којима је то економски или социјално оправдано – онда када је вредност обавезе једне стране непосредно одређена трошковима испоруке робе или пружања услуге, или када је неопходно заштити животно стандард једне стране (нпр. када је предмет обавезе издржавање у новцу).

Показало се да је такав приступ неадекватан у условима велике инфлације почетком 90-тих година прошлог века. Југословенске банке, као највећи повериоци новчаних обавеза, претрпеле су тада велику штету, јер су од својих дужника могле да наплате само номинални износ новчане суме које су позајмиле. Због тога је изменама ЗОО из 1993. допуштено уговарање заштитних клаузула. Сувереност домаће валуте, динара, номинално је очувана, јер се и даље потраживање у новцу може захтевати само у домаћој валути, изузев када посебним законима није предвиђено другачије. Према новој редакцији члана 395 ЗОО, ако новчана обавеза гласи на плаћање у некој страниој валути или у злату, њено испуњење се може захтевати у домаћем новцу према курсу који важи у тренутку испуњења. Одредба члана 396, којом је било забрањено везивање висине новчане обавезе за промене у ценама одређених добара, робе и услуга, брисана је. Идеја законских измена из 1993. године била је да се омогући очување равнотеже узајамних давања у односима повериоца и дужника, на основу искуства о драстичном поремећају те равнотеже због хиперинфлације.²⁰

18 ЗОО из 1978, чл. 396.

19 ЗОО, чл. 397.

20 „За облигације данас је настало неко неразумно време: боље је бити дужник него поверилац, што је апсолутна инверзија ноторних правила, по којима је поверилац тај који својим манусом држи дужника у смислу имовинске егзекуције. У условима енормне инфлације ситуација се у том погледу мења у корист дужника. Наиме, у таквим условима, и поред свих настојања права и правних инструмената, поверилац новчане обавезе не може никад бити интегрално обештећен, јер му сваки дан одуговлачења у наплати његове новчане тражбине проузрокује знатну штету, без обзира на затезну камату коју је дужник у доцњи у обавези да плати.“ Слободан Перовић, *Закон о облигационим односима*, Београд, 1995, 103.

II Начело валоризма

Заступници валористичке теорије сматрају да се код испуњења новчаних обавеза мора узети у обзир стварна вредност новца, тј. његова куповна моћ. Отуда, промене до којих долази у стварној вредности новца између настанка обавезе и њеног испуњења, морају се одразити и на новчану суму коју дужник треба да плати да би измирио свој дуг. Дужник новчане обавезе измирује дуг предајом јединица куповне моћи, а не номиналних јединица валуте обавезе. Иако правична, јер у једнакој мери води рачуна о интересима повериоца и дужника, валористичка теорија је тешко примењива у пракси.²¹ Она води правној несигурности, јер стране у облигационом односу не могу знати колики је износ дуга који ће дужник морати да плати у време испуњења. Из тог разлога, монетарни валоризам је у савременом праву прихваћен искључиво као коректив општеприхваћеног принципа монетарног номинализма.

Начело валоризма посебно долази до изражаја у области накнаде штете: „Хумани и правичан циљ права у свим временима је да пружи правичну накнаду ономе ко је претрпео неправду. Накнада значи накнада у вредности. Није довољно рећи да иста сума новца пружа исту накнаду када је новац јефтин, као и када је скуп. Вредност новца лежи не у томе што јесте, већ у томе шта ће купити.“²²

Приликом одлучивања о висини накнаде штете у новцу, амерички судови узимају у обзир опадајућу куповну моћ новца и инфлаторне трендове.²³ Енглески судови приликом одмеравања штете због неизвршења уговора узимају као релевантан моменат када је уговор требало да буде извршен, али и околности које су утицале на повећање или смањење штете у међувремену до доношења судске одлуке.²⁴ Овакав приступ се правда тиме да се материјална штета одмерава према тржишним вредностима, које се изражавају у новцу.²⁵

У континентално-европском праву, основни принцип у области накнаде штете је пуна компензација (интегрална накнада штете). Када је штета имовинска, накнада штете има за циљ да се имовина оштећеног

21 E. Hirschberg, 279.

22 *Hurst v. Chicago, B.Q.R.Co*, 280 Mo 566, 219, 1920. Phanor J. Eder, „Legal Theories of Money“, *Cornell Law Review*, Nr. 1/1964, 66.

23 *Birmingham Electric Co. v. Howard*, 250 Ala 421, Ala 1948.

24 *Golden Strait Corporation v. Nippon Yusen Kubishika Kaisha, The Golden Victory*, 2007, UKHL 12 (2007) 2 AC 353.

25 Harry Zavos, „Monetary Damages for Nonmonetary Losses: An Integrated Answer to the Problem of Meaning, Function, and Calculation of Noneconomic Damages“, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 1/2009, 242.

доведе у стање у ком би била да штетни догађај није наступио. Ако натурална реституција није могућа, штета се надокнађује у новцу тако да се стање имовине оштећеног враћа у равнотежу.²⁶ Европски принципи уговорног права, у области уговорне одговорности за штету, одређују да је општа мера штете износ који би оштећену страну ставио колико је то могуће у положај у коме би била да је уговор уредно извршен (позитивни уговорни интерес).²⁷ У члану 249 немачког Грађанског законика принцип пуне компензације је дефинисан на следећи начин: „Лице које је одговорно за штету мора успоставити стање које би постојало да се околности које га обавезују на надокнаду штете нису догодиле. Поверилац накнаде штете проузроковане лицима или стварима, може захтевати новчану накнаду уместо повраћаја у пређашње стање.“ ЗОО експлицитно прописује да се висина накнаде штете одређује према ценама у време доношења судске одлуке, изузев случаја кад закон наређује што друго.²⁸

Према ставу наше судске праксе, ако је штета настала у новцу, умањењем имовине оштећеног одређеним бројем новчаних јединица, висина накнаде се утврђује на дан настанка штете, и сагласно начелу монетарног номинализма представља исти број новчаних јединица за који се имовина оштећеног умањила.²⁹ Међутим, у таквом случају, дужник накнаде штете дугује осим главног дуга и затезну камату за период од настанка штете до тренутка њене исплате. То произлази из правила да се обавеза накнаде штете сматра доспелом од тренутка настанка штете³⁰ и правила о обавези дужника који задоцни са плаћањем новчане обавезе да, поред главног дуга, плати и затезну камату.³¹ Ако је штета коју је поверилац претрпео због дужниковог задоцњења већа од износа који би добио на име затезне камате, он има право захтевати разлику до потпуне накнаде штете. По том основу судови су досуђивали тзв. инфлаторну штету у споровима који су имали за предмет новчане обавезе обезвређене услед хиперинфлације почетком деведесетих година прошлог века.³² Институти затезне камате и инфлаторне штете, у случају

26 Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2009, 517.

27 Чл. 9:502.

28 ЗОО, чл. 189 ст. 2.

29 Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 3351/2010(3) од 29. 4. 2010.

30 ЗОО, чл. 186.

31 ЗОО, чл. 277 ст. 1.

32 Види нпр. пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 5899/10 од 23. 9. 2010. Поверилац је у том спору тражио потпуну накнаду штете изазвану доцњом у плаћању уговорне казне и неоснованим обогаћењем. Повериочева потраживања су била правноснажно утврђена одлуком Трећег општинског суда у Београду 1991. године. Апелациони суд констатује у својој пресуди: „Због хиперинфлације и про-

када износ затезне камате не надокнађује насталу штету у потпуности, изрази су начела валоризма у нашем праву.³³

Још један пример примене начела валоризма у нашем праву постоји код уговора о зајму. Ако у зајам није дат новац, а уговорено је да ће зајмопримац вратити зајам у новцу, зајмопримац је ипак овлашћен да по свом избору врати позајмљене ствари или износ новца који одговара вредности тих ствари у време и у место који су уговором одређени за враћање.³⁴

III Промењене околности

Институт промењених околности представља важно ограничење начела *pacta sunt servanda*. Уговор обавезује странке, али под условом да се околности под којима је уговор закључен битно не промене након тога, тако да испуњење уговора постане знатно отежано. Теоријско оправдање за примену института налази се у претпостављеној имплицитној сагласности сауговорача да ће уговор обавезивати док ствари тако стоје (*sic stantes*). Иако је институт настао још у римско доба и развијан у радовима средњевековних теоретичара, он није нашао своје место у грађанским кодификацијама из 19. века, првенствено због утицаја доктрине либерализма и природног права на њихове ауторе.³⁵ Тако се чланом 1134 ставом 1 француског Грађанског законика прописује: „Уговори који су законито закључени имају снагу закона за оне који су их закључили.“ Светост уговора као извора облигација негирала је сваку могућност ослобађања уговорних страна од преузетих обавеза, а још мање право судова да уговором утврђене обавезе редефинишу. Потребне праксе нагнале су судове да већ на прелазу из 19. у 20. век одшкрину врата примени института промењених околности.

мене вредности динара тужиоци су претрпели инфлаторну штету, па на основу чл. 190 ЗОО имају право да захтевају потпуну накнаду штете, односно накнаду у износу који је потребан да се оштећеникова материјална ситуација доведе у оно стање у којем би се налазила да није било туженикове (штетникове) радње, односно пропуштања. Ово стога што је потраживање по основу уговорне казне и неоснованог обогаћења настало пре 3. 7. 1993. године и у међувремену су досуђени износи по правоснажној пресуди Трећег општинског суда у Београду II бр. 1622/90 од 26. 12. 1991. због енормне инфлације потпуно обезвређени. И по оцени Апелационог суда на горе описани начин обезбеђује се начело узајамних давања из члана 15 Закона о облигационим односима“.

33 Право на затезну камату од дана доспелости новчане обавезе и разлику до пуне накнаде штете предвиђају и Европска начела уговорног права у члану 9:508.

34 ЗОО, чл. 561 ст. 1.

35 Rodrigo A. Momber Uribe, *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts*, C. J. Wiarda Institute for Legal Research, Utrecht University, 2011, 26.

Реформе кодификација грађанског права Француске и Немачке које су извршене у 21. веку уредиле су, између осталих, институт промењених околности. У англосаксонском праву, институт промењених околности нашао је своје место унутар ширег института осујећења уговора (*frustration of contract*).

Француски судови континуирано су, почев од доношења ФГЗ, одбијали да интервенишу у приватноправне уговорне односе са ослонцем на институт промењених околности. У случају *Canal de Craponne*, Касациони суд је укинуо одлуке нижестепених судова које су дозволиле измену уговора о праву становника једног француског села да се снабдевају водом из канала. Уговорена накнада за воду, након три века примене уговора, постала је безначајна. Нижестепени судови су изменили уговорену накнаду, ослањајући се на начело једнакости и равнотеже узajамних давања, али је највиши француски суд нашао да се начелу *pacta sunt servanda* мора дати примат: „Судови неће, ни под каквим околностима, чак и ако би се одлука чинила правичном, узимати у обзир време и околности да измене уговоре закључене између страна и замене одредбе слободно прихваћене од уговорних страна.“³⁶ Ослањајући се на тај став, француски судови у 20. веку наставили су да одбијају позивање странака на промењене околности, чак и у периодима велике инфлације након Првог и Другог светског рата. Изузетак је одлука највишег француског управног суда, Државног савета, у случају *Gaz de Bordeaux*.³⁷ Случај је имао за предмет висину накнаде за испоруку енергената граду Бордоу. Због ратних околности, снабдевање сировинама је постало веома отежано, па је компанија која је уговором преузела обавезу да град снабдева гасом и електричном енергијом на период од 30 година за фиксну цену тражила од суда да се уговорена накнада измени. Државни савет је сматрао да јавни интерес налаже да компанија настави са испорукама енергената и дозволио је измену уговора, али на начин да и компанија тужилац правично учествује у сношењу трошкова изазваних непредвиђеним околностима (*indemnité d'imprévision*). На основу те одлуке, доктрина непредвиђених околности (*imprévision*) уведена је у француско право, са важењем само за управне уговоре.

У области приватноправних уговора, интервенисао је француски законодавац, доносећи посебне законе којима је уређивао новчане обавезе обезвређене инфлацијом. Такви закони донети су након Првог и Другог светског рата.³⁸ Они су дозвољавали раскид уговора закључених

36 6. 3. 1986, DP 76.1.195, наведено према: Alain Pietrancosta, „Introduction of the hardship doctrine („théorie de l'imprévision“) into French contract law: A mere revolution on the books?“, *German-French Symposium of Company Law and Capital Market Law*, Max Planck Institute, 2016, 2.

37 CE 30. 3. 1916, D.P 1916, 3:25.

38 *Loi Falliot*, 21. 1. 2018. и Закон од 22. 4. 1949. Наведено према: R. Momber Uribe, 49.

пре 1. августа 1914, односно 2. септембра 1939. и, под одређеним условима, обештећење за уговорну страну која је претрпела штету или јој је извршење уговора постало знатно отежано. Изменама ФГЗ из 1991. дато је овлашћење суду да одложи исплату дуга, или да дозволи исплату у ратама, на период од најдуже две године, узимајући у обзир положај дужника и потребе повериоца.³⁹ Најзад, последњим изменама ФГЗ из 2016. године,⁴⁰ француско право прихватило је могућност судске измене уговора због промењених околности. Уколико се околности које су биле непредвидиве у време закључења уговора измене након тога, што има за последицу да је извршење уговора постало нарочито отежано за једну страну, при чему та страна није уговором преузела тај ризик, она може затражити од друге стране да преговарају око измене уговора. Уколико преговори буду неуспешни, суд може, на захтев једне стране, изменити уговор или га раскинути, на дан и под условима које сам утврди.⁴¹

Немачко право је ишло другим путем. Немачки судови су трансирани пут озакоњењу института промењених околности још почетком 20. века, ослањајући се на начело савесности и поштења (*Treu und Glauben*)⁴² и институт основа уговора (каузе), развијен у немачкој правној теорији.⁴³ У складу са тим, овај институт је у немачком праву познат под називом *Wegfalle der Geschäftsgrundlage* (нестанак основа посла).⁴⁴ Под притиском хиперинфлације која је погодила Немачку након Првог светског рата, немачки судови су дефинисали основ уговора као „веру уговорних страна у постојање одређених битних околности које су очигледне у моменту закључења уговора“. У каснијој пракси утврдили су елементе који морају бити испуњени да би се институт применио: 1) промена околности; 2) странке не би закључиле уговор да су биле свесне промењених околности; и 3) не би било правично да једна страна одбије захтев друге стране за измену уговора. Нестанак основа уговора ослобађа обавезе страну којој је испуњење уговора постало знатно отежано, осим уколико друга страна не прихвати да се уговор измени. И немачки судови, као и француски, доследно су одбијали сваку могућност да сами мењају уговор. Ако странке нису могле постићи споразум о измени уговора, судови су раскидали уговор.⁴⁵

39 Закон бр. 91–650 од 9. 7. 1991, чл. 1244–1.

40 Ордонанс 2016–131, 10. 2. 2016.

41 ФГЗ, чл. 1195.

42 Немачки Грађански законик (*Bürgerliches Gesetzbuch*) – НГЗ, пар. 151 и 242.

43 Види О. Антић, 259 и даље.

44 Tobias Lutz, „Introducing Imprévision into French Contract Law“, *Ius Commune Workshop on Contract Law 2015*, доступно на адреси: http://www.iuscommune.eu/html/activities/2015/2015-11-26/workshop_1_Lutzi.pdf, 10. 2. 2020, 10.

45 T. Lutz, 10.

Као резултат реформе немачког облигационог права извршене 2001. године,⁴⁶ ставови немачке судске праксе у погледу института не-станка основа посла уграђени су у немачки Грађански законик.⁴⁷ Немачки законодавац је предвидео право суда да измени уговор на захтев једне уговорне стране, уколико суд закључи, узимањем у обзир свих околности појединачног случаја, а нарочито уговорне и законске расподеле ризика, да одржање неизмењеног уговора на снази не би било разумно.

Извесно је да су измене уведене у француско и немачко облигационо право након 2000. резултат утицаја међународних извора права, међу којима су најзначајнији Начела европског уговорног права (даље: НЕУП)⁴⁸ и UNIDROIT принципи међународних трговинских уговора. НЕУП уређују институт промењених околности у члану 6:111, наглашавајући обавезу уговорних страна да изврше уговор, чак и када је његово извршење постало отежано, било због тога што су се трошкови извршења повећали, било због тога што се вредност чинидбе смањила. Уколико је извршење постало изузетно отежано, стране имају обавезу да преговарају око измене или раскида уговора, ако су испуњена три услова: 1) околности су се промениле након закључења уговора; 2) могућност промене околности се није разумно могла узети у обзир у време закључења уговора; и 3) страна која је оштећена промењеним околностима не сноси ризик промене околности сагласно уговору. Уколико странке не постигну споразум у разумном времену, суд може раскинути уговор у време и под условима које одреди или изменити уговор са циљем да распореди на уговорне стране једнако и правично губитке и добит који су резултат промењених околности.

UNIDROIT принципи институт промењених околности уређују под називом *hardship* (тешкоћа) у чл. 6.2.1 – 6.2.3. *Hardship* је дефинисан као наступање догађаја који суштински мења уговорну равнотежу, било зато што су се трошкови извршења једне стране повећали, било зато што је чинидба коју прима једна страна умањена. Услови за примену института су да су ти догађаји наступили или постали познати оштећеној страни након закључења уговора, да их оштећена страна није могла разумно узети у обзир у време закључења уговора, нити да их може контролисати и да оштећена страна није преузела на себе ризик наступања

46 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 6. 11. 2001, BGBl I, 3138. Вид. Thomas Meyer, „Die Schuldrechtreform in Deutschland“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–4/2003, 354–380.

47 НГЗ, пар. 313.

48 Jan Smits, „The Principles of European Contract Law and the Harmonisation of Private Law in Europe“, *La Tercera Parte de Los Principios de Derecho Contractual Europeo* (ed. Antoni Vacquer), Valencia, 2005, 570.

догађаја.⁴⁹ Последице наступања *hardship* су уређене на сличан начин као у НЕУП. Оштећена страна је овлашћена да тражи преговоре. Уколико преговори не уроде плодом у разумном року, било која уговорна страна може се обратити суду. Суд може раскинути уговор у време и под условима које утврди или изменити уговор са циљем да се поново успостави уговорна равнотежа.⁵⁰

Институт англосаксонског права под називом *frustration* обухвата како ситуације немогућности извршења уговорне обавезе, тако и случајеве када је извршење могуће али је веома отежано или неизводљиво, обухваћене појмом *impracticability*. Начелно, енглески судови стоје на становишту да промена тржишних околности не ослобађа уговорне стране њихових обавеза. Према *frustration* доктрини, потребно је да околности које су наступиле након закључења уговора мењају природу уговорне обавезе. У преовлађујућој доктрини се сматра да тај услов није испуњен у случају раста цена или трошкова испуњења обавезе.⁵¹ Међутим, постоје судске одлуке које остављају могућност да се изванредни економски догађаји, као што су нагли раст или пад цена или пад вредности валуте, подведу под категорију *frustration*. У случају *Movietowns Ltd. v London & District Cinemas Ltd*,⁵² суд констатује да се уговорне стране у току извршења уговора често суочавају са догађајима које уопште нису предвиделе – потпуно абнормалан раст цена, изненадна депресијација валуте, неочекивана препрека извршењу и сл, али да то нема утицаја на њихову погодбу. Суд, ипак, даље примећује: „Ако, с друге стране, разматрање услова уговора, у светлу околности које су постојале у време када је уговор био закључен, покаже да се оне никад не би сагласиле да буду обавезане у суштински другачијој ситуацији која је неочекивано искрсла, уговор престаје да обавезује у тој тачки.“ Поједини енглески аутори сматрају да овим ставом суд изражава опрез у примени института *frustration* на ситуације промене економских околности, како би се избегло да он постане средство за избегавање уговорне обавезе.⁵³ У случају *Wates Ltd v GLC*,⁵⁴ суд је указао да околност као што је галопирајућа инфлација може бити разлог да се уговорне стране ослободе обавеза.

Категорија *impracticability* у енглеском праву обухвата и ситуације када је испуњење уговора изгубило своју сврху због околности које су наступиле након закључења уговора. У енглеској судској пракси позна-

49 Чл. 6.2.2.

50 Чл. 6.2.3.

51 Небојша Јовановић, *Увод у Common Law уговорно право*, Београд, 2015, 98–99; R. Momber Uribe, 146.

52 1952, AC 166.

53 Jill Poole, *Contract Law*, Oxford, 2016, 484.

54 1987, 25 Build. L.R; наведено према: R. Momber Uribe, 143.

ти су тзв. *corronation cases*, везани са догађаје поводом крунисања краља Едварда VII. Због краљеве болести, крунисање је одложено и многи уговори који су закључени са циљем да се присуствује догађајима у славу тог чина изгубили су своју сврху. У случају *Krell v. Henry*,⁵⁵ тужени је закупио тужиочев стан на пар дана, с намером да из њега посматра краљеву поворку приликом одласка на крунисање. У самом уговору није било речи о разлозима изнајмљивања стана, али је тужени у огласу за изнајмљивање стана нагласио да прозори стана гледају на улицу куда ће проћи крунидбена поворка. Тужени је платио капару, али до реализације уговора није дошло, јер је крунисање било одложено. Закуподавац је тужио за остатак дуга. Суд је одбио тужиочев захтев, сматрајући да је посматрање краљеве поворке током крунисања био суштински услов закључења уговора о закупу, око кога су се стране имплицитно сагласиле. Пошто тај услов није био испуњен, тужени се мора ослободити обавезе. У једном другом случају, непостојање доказа да су се странке сагласиле око сврхе уговора, престављао је чинилац због кога суд није сматрао да су испуњени услови за престанак уговора због осујећења његове сврхе. Реч је о случају *Amalgamated Investment and Property Co v John Walker & Sons Ltd*.⁵⁶ Две компаније закључиле су уговор о продаји складишта. Некретнина је била оглашена као погодна за пословање или за реконструкцију. Два дана након што је уговор закључен, енглеске власти су некретнину ставиле на списак добара од посебног архитектонског или историјског значаја и забраниле било какву реконструкцију. Тржишна вредност некретнине је након тога опала за више од осам пута. Енглески суд није ослободио купца уговорне обавезе, сматрајући да је у питању ризик који сноси сваки власник некретнине. Суд је констатовао да је продавац био свестан намере купца да некретнину реконструише, али да није гарантовао уговором купцу да ће добити дозволу за реконструкцију.

Уколико су испуњени услови за примену института *frustration*, уговор престаје да важи по самом закону и то од момента када је околност која осујећује извршење уговора наступила. То значи да се уговорне стране ослобађају обавеза које доспевају након наступања промењене околности.⁵⁷ Енглески судови признају да овакав ефекат промењених околности може бити неправичан за уговорне стране, али је њихово становиште да не могу да мењају садржину уговорних односа, изузев ако нису законом овлашћени на то. Ово правило измењено је законом из 1943.⁵⁸ Тим законом је предвиђено да све што је плаћено по основу

55 1903, 2 K.B, 740.

56 1977, 1 WLR 164.

57 Н. Јовановић, 99; R. Momber Uribe, 151.

58 *The Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*.

уговора који је престао да важи треба да буде враћено, уз право стране која враћа плаћено да задржи износ неопходан за покриће трошкова насталих због припрема за извршење уговора. Висину износа који треба вратити или задржати одређује суд, узимајући у обзир све околности случаја. На тај начин, онемогућава се неосновано обогаћење једне стране због наступања промењених околности и престанка уговора као последица тога.⁵⁹

Доктрина о фрустрацији уговора због комерцијалне неизводљивости прихваћена је и у праву САД, где је добила и законско утемељење у Јединственом трговачком законнику.⁶⁰ Одељак 2–615 ЈТЗ носи назив ослобађање због недостатка претпостављених услова (*Excuse by Failure of Presupposed Conditions*). У складу са том одредбом, продавац неће бити одговоран за потпуно или делимично неизвршење или доцњу у извршењу, уколико је извршење постало неизводљиво због тога што је након закључења уговора наступио случај, чији је изостанак био основна претпоставка на којој је уговор заснован. Продавац се ослобађа обавезе изузев ако језик уговора или околности указују на супротно. На сличан начин, *Restatement (2nd) of Contracts* уређује у члану 261 институт ослобађања од уговорне обавезе због неизводљивости која је уследила (*Discharge by Supervening Impracticability*). Ако након закључења уговора извршење обавезе једне стране постане неизводљиво без њене кривице, због наступања догађаја чији изостанак је био основна претпоставка на којој је уговор заснован, та страна се ослобађа обавезе, изузев ако језик уговора или околности случаја указују на супротно.

Оба наведена правна извора не дају дефиницију неизводљивости. У коментарима тих извора објашњава се да је извршење уговора неизводљиво уколико се може пружити само уз изузетне, неразумне и непредвидиве тешкоће због догађаја или појаве који се нису могли избећи. Наведено тумачење је прихваћено у судској пракси САД тако да критеријум неизводљивости подразумева, као прво, анализу објективне предвидивости догађаја или појаве. Ако догађај није био разумно предвидив, не може се сматрати да су стране у уговору преузеле тај ризик. У следећој фази, утврђује се да ли је извршење изводљиво. У споровима пред америчким судовима приговор комерцијалне неизводљивости се често истиче, али ретко прихвата. Судови тај појам врло рестриктивно тумаче, практично га изједначавајући са фактичком немогућношћу извршења.⁶¹ Тако су амерички судови у време блокаде Суецког канала

59 R. Momber Uribe, 154.

60 Јединствени трговачки законик (US Uniform Commercial Code) – ЈТЗ.

61 У случају *Mineral Park Land Co v. Howard*, 172 Cal. 289, 156 P. 458 (1916), суд дословце каже: „Ствар је правно немогућа када није изводљива; а ствар је неизводљива када се једино може урадити уз прекомерне и неразумне трошкове.“

одбијали да ослободе бродарске компаније обавезе извршења превоза, иако је алтернативни пут око Рта Добре наде енормно повећавао њихове трошкове превоза. У време нафтне кризе седамдесетих, која је узроковала скок цена сирове нафте за 400%, амерички судови су били на становишту да је тај догађај био предвидив. Овакав приступ је критикован у америчкој литератури, јер се у наведеним одредбама ЈТЗ и Ристејтмента фактор (не)предвидивости догађаја уопште не помиње.⁶² Уместо њега, говори се о основној претпоставци на којој је уговор заснован, што би захтевало истраживање заједничке намере сауговорача, односно шта су уговорне стране предвиделе.⁶³ Последњи талас случајева у америчкој пракси био је изазван светском финансијском кризом из 2008. године. Судови су одбили да прихвате тај догађај као околност која оправдава ослобађање од обавезе. Овако рестриктиван став америчких судова објашњава се тиме да коментари ЈТЗ и Ристејтмента експлицитно искључују могућност позивања на (не)стабилност тржишних прилика и финансијску (не)способност уговорних страна.

Треба указати да судска пракса САД није јединствена у примени института *impracticability*. У случају *Alcoa*,⁶⁴ који припада групи случајева решаваних након нафтне кризе седамдесетих година прошлог века, суд је пребацио фокус анализе на тешкоћу извршења уговора због догађаја који је уследио након његовог закључења. Компанија је са својим уговорним партнером уговорила примену ценовног индекса који је омогућавао флукуацију уговорене цене. Међутим, уговорени индекс није на добар начин одражавао трошкове превоза који су енормно порасли због наглог скока цене сирове нафте на светском тржишту. У периоду од 10 година, колико је уговор извршаван, трошкови компаније, без трошкова радне снаге, порасли су за 600%, а само у 1978. порасли су за 270% преко процента који је био предвиђен уговореним индексом. Компанија је због тога претрпела губитке у износу од 75 милиона долара. За суд су ово биле околности које се оправдавале одступања од прецедентних случајева: „Фокус доктрина о неизводљивости и о фрустрацији је јасно на тешкоћи... Извршење може бити неизводљиво због тога што укључује екстреман и неразумни напор, трошкове, повреду или губитак за једну уговорну страну.“⁶⁵ Суд је одбио да прихвати да је предвиди-

62 Jennifer Camero, „Mission Impracticable: The Impossibility of Commercial Impracticability“, *The University of Hampshire Law Review*, Nr. 1/2015; Sheldon W Halpen, „Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for ‘the Wisdom of Solomon’“, *University of Pennsylvania Law Review*, Nr. 5/1987, 1123–1178.

63 S. Halpen, 147.

64 *Aluminium Company of America (ALCOA) v. Essex Group Inc*, 449 F. Supp. 53 (W.D. Pa. 1980).

65 ALCOA, пар. 74.

вост догађаја од значаја за примену института неизводљивости, већ се позвао на правичност, трговачку праксу и обичаје: „Јединствени трговачки законик тежи да прилагоди право здравом трговачком разуму и пракси. Судови морају одлучити у којој тачки ће интерес заједнице за предвидивим извршењем уговора уступити пред чињеницом да би извршење појединог уговора било комерцијално бесмислено и неправично. Дух Законика је да такве одлуке не могу произаћи из правних апстракција. Оне морају доћи од судова осетљивих на обичаје, праксу и уобичајене ставове у уваженом трговачком свету.“⁶⁶

Велики финансијски губитак је био одлучујући за суд и у случају *Florida Power & Light Co. v. Westinghouse Electric Corp.*⁶⁷ У неким другим случајевима, судска анализа је квалитативне природе. Ако догађај који је наступио након закључења уговора суштински мења природу обавезе, дужник треба да буде ослобођен обавезе.⁶⁸

Америчко уговорно право такође познаје могућност ослобађања дужника обавезе због неиспуњења сврхе уговора. Ристејтмент уређује у члану 265 да ће дужник бити ослобођен будућих обавеза, ако, након што је уговор закључен, главна сврха уговора за једну уговорну страну буде суштински осујећена без њене кривице, због наступања догађаја чији изостанак је био основна претпоставка на којој је уговор заснован, изузев ако језик уговора или околности случаја указују на супротно. У судској пракси је примена овог института ограничена на ситуације када догађај који је потпуно непредвидив учини уговор безвредним за једну уговорну страну. Тако је у једном случају суд ослободио хотел обавезе да плаћа уговорену месечну накнаду суседном голф терену, на бази уговора који је омогућавао да хотелски гости користе голф терен, због тога што је хотел у међувремену изгорео и није могао да прима госте. Суд је нашао да је уговор био заснован на имплицитном услову да ће хотел наставити да прима госте.⁶⁹

Одредбе ЗОО посвећене раскиду или измени уговора због промењених околности у великој мери одржавају ставове прихваћене у упоредном законодавству и судској пракси. Одредбом члана 133 предвиђено је право стране којој је отежано испуњење обавезе или не може остварити сврху уговора, због околности наступелих након закључења уговора, да тражи да се уговор раскине. Страна која се пози-

66 ALCOA, пар. 76.

67 826 F. 2nd 239 (1987). Губитак је износио 80 милиона долара наспрам очекиваних 20 милиона профита.

68 R. Momber Uribe, 170.

69 *La Cumbre Golf & Country Club v. Santa Barbara Hotel Co*, 205 Cal 422, 271 P. 476 (1928).

ва на промењене околности не може тражити раскид: 1) уколико је била дужна да узме у обзир те околности или их је могла избећи или савладати; 2) ако су околности наступиле након истека рока за испуњење њене обавезе. ЗОО не обавезује уговорне стране да воде преговоре око измене уговора пре него што се уговор раскине, али дозвољава могућност измене уговора одлуком суда, на основу понуде једне или друге стране. Уговор се неће раскинути уколико друга страна понуди или пристане да се одговарајући услови уговора правично измене.⁷⁰ Суд се приликом одлучивања о захтеву за раскид руководи начелима поштеног промета и дужан је да води рачуна о циљу уговора, нормалном ризику код уговора односне врсте, о општем интересу, као и о интересима обеју страна.⁷¹ У нашем праву суд не може одредити време и услове раскида. Видели смо да се у међународним изворима права и упоредном законодавству у новије време изричито предвиђа право суда да одреди време и услове раскида уговора. У пракси, овај пропуст законодавца Србије изазива значајне практичне последице, јер је дејство раскида уговора у нашем праву везано за правноснажност судске одлуке којом се усваја захтев за раскид. Када се има у виду неефикасност наших судова, јасно је да институт раскида или измене уговора због промењених околности не обезбеђује у пуној мери заштиту стране којој је испуњење уговора отежано. Она је принуђена да испуњава уговорне обавезе све док суд правноснажно не одлучи по њеном захтеву. Није од значаја то да се суду обратила у нужди, јер јој је испуњење постало отежано или не остварује сврху уговора.

IV Обавеза обавештавања у предуговорној фази

Учесници преговора за закључење уговора имају дужности засноване на општим начелима облигационог права или законским одредбама којима се посебно уређује фаза преговора. Опште је прихваћено начело у упоредном законодавству да су стране у преговорима дужне да се понашају савесно и поштено. Једна од обавеза учесника преговора која се изводи из начела савесности и поштења јесте обавеза међусобног обавештавања о чињеницама и околностима од значаја за закључење уговора. Иако у правној теорији и судској пракси није спорно да та обавеза постоји, споран је њен домашај.⁷² С тим у вези, професор Орлић

70 ЗОО, чл. 134 ст. 4.

71 ЗОО, чл. 135.

72 То питање је предмет правних расправа још од античких времена. Познат је Цицеронов пример египатског трговца чији брод са житом први пристаје у луку Родос да прода жито гладним становницима острва. Цицерон поставља питање да ли

примећује да је обим обавезе обавештавања тешко одредити на општи начин и за све уговоре.⁷³ Обавеза обавештавања је више изражена код уговора у којима стране нису једнаке – тамо где слабија страна не располаже специјализованим знањима и искуствима,⁷⁴ или у уговорима који почивају на фидуцијарном односу уговорних страна, као што су уговори о осигурању, уговори о раду, уговори о оснивању друштва и сл.⁷⁵

Довођење у заблуду и одржавање у заблуди (превара) учесника преговора представља директну повреду начела савесности и поштења и основ за поништај уговора у већини правних система. Пропуштање саопштавања чињеница које су познате једном сауговорачу у фази преговора може представљати превару. Тако француска судска пракса истиче да се „превара (*rétilence dolosive*) може састојати у ћутању једне стране, чиме се од сауговорача прикрива чињеница која би је, да јој је била позната, спречила да закључи уговор.“⁷⁶

Француско право прошло је дуг пут од фазе негирања да просто ћутање једне стране представља превару до фазе када је дужност обавештавања у току преговора постала саставни део обавезе савесног и лојалног поступања.⁷⁷ Дужност обавештавања не обухвата обавезу саопштавања праве вредности предмета уговора. Обавеза обавештавања је посебно наглашена у уговорима у којима једна страна има слабији положај. Према ставу судске праксе, постојаће повреда обавезе обавештавања уколико су испуњени следећи услови: 1) један учесник у преговорима има одређено знање о чињеницама или је дужан да га има као професионалац; 2) информација је од одлучујућег значаја; 3) незнање дру-

је трговац у обавези да својим купцима саопшти чињеницу да ће у луку ускоро пристићи други бродови са житом? Marco Tullius Cicero, *De Officiis*, III књига, XII–XIII, доступно на адреси: <http://www.gutenberg.org/files/47001/47001-h/47001-h.htm#III.50>, 10. 2. 2020.

73 Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, Београд, 1993, 31.

74 *Ibid.*

75 Alberto M. Musy, „The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose: Comparative Analysis in New Differences in Legal Cultures“, *Working Paper Series, International Centre for Economic Research*, 2000.

76 Cour App. Montpellier, 24. 3. 1986. Наведено према: A. Musy, *Disclosure of Information in the Pre-Contractual Bargaining, A Comparative Analysis*, LL.M. University of California, Berkeley, 1995.

77 Pierre Legrand, „Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared“, *Oxford Journal of Legal Studies*, Nr. 3/1986, 322–353. Види и Снежана Дабих, *Дужности обавештавања при закључењу уговора*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, 2018, 32 и даље, доступно на адреси: <http://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/10215/Disertacija.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 10. 2. 2020.

ге стране о тим чињеницама је извињавајуће; и 4) друга страна се легитимно ослањала на информације које је добила од прве стране.⁷⁸ У складу са тим ставом, суд је прогласио банку одговорном због пропуста да јемца по уговору о кредиту обавести о финансијском стању главног дужника.⁷⁹

Након реформе грађанског права спроведене 2016, одредбе о превари у ФГЗ су прецизиране, тако да је јасно одређено да превара представља и намерно прикривање чињеница од једне стране, уколико она зна за одлучујући значај те чињенице за другу страну.⁸⁰ Поред тога, прописано је да је заблуда која је проузрокована преваром увек извињавајућа и представља основ за поништај уговора, чак и када се тиче вредности предмета обавезе или мотива за закључење уговора.⁸¹ Обавеза информисања прописана је у Француској посебним законима, донетим ради усклађивања са директивама ЕУ о заштити потрошача, о којима ће бити речи нешто ниже.

Обавеза информисања у предуговорној фази није на општи начин дефинисана у англосаксонском праву. Судска пракса је заузела став да постоји обавеза упознавања друге стране са садржином типских уговора и њеног упозоравања на нарочито онерозне уговорне клаузуле.⁸² Обавеза потпуног обавештавања о релевантним чињеницама постоји код уговора у којима између уговорних страна постоји однос нарочитог поверења (*uberimae fidei*). Суд је нашао да такав однос постоји између банке и клијента који су претходно дуги низ година пословно сарађивали, при чему је службеник банке знао да клијент има поверење у њега, а уговор који је закључен је био неповољан за клијента.⁸³

Дужност обавештавања у енглеској судској пракси изводи се посредно, применом других правних института. Тако се погрешним обавештавањем (*misrepresentation*) сматра саопштавање чињеница за које једна страна зна да нису тачне, или због своје непажње сматра да су тачне. У оба случаја страна која је погрешним обавештавањем доведена у заблуду има право на раскид уговора и право на накнаду штете, чији обим зависи од степена кривице стране даваоца информација. Право на накнаду штете не постоји ако прва страна није била свесна да су информације које пружа нетачне.⁸⁴

78 Pierre Legrand, „Information in formation of contract: a civilian perspective“, *Canadian Business Law Journal*, Vol. 19, 1991.

79 Cass. Civ. 13. 5. 2003.

80 ФГЗ, чл. 1137 ст. 2.

81 ФГЗ, чл. 1139.

82 *Interfoto Picture Library v. Stiletto Visual Programmes Ltd*, 1987, EWCA Civ 6.

83 *Lloyds Bank Ltd v Bundy*, 1974, EWCA Civ 8, 1975, QB 326.

84 J. Poole, 539 и даље.

Принуда (*undue influence*) је у енглеском праву призната као мана воље, која има за последицу рушљивост уговора.⁸⁵ У једном случају је суд нашао да је банка одговорна због тога што није упозорила клијенткињу да је уговор о хипотеци који закључује као обезбеђење за кредит компаније њеног мужа неповољан за њу. Суд је сматрао да је банка морала да претпостави да је муж приморао супругу да стави хипотеку и да је била у обавези да предузме кораке да клијенткиња добије потпуне информације о природи обавезе коју преузима, било тако што ће је службеници банке позвати на одвојен састанак, било тако што ће је упутити да затражи савет адвоката.⁸⁶

Конечно, несавесно вођење преговора (*unconscionable bargaining*) може бити основ за поништај уговора, уколико је друга страна у инфериорној позицији, због своје лоше економске ситуације или незнања. У енглеској судској пракси је за примену овог института потребно доказати да је постојало неприкладно поступање јаче стране, било кроз наметање неправичних уговорних одредаба, било кроз њено понашање током преговора.⁸⁷

Право САД експлицитно стоји на становишту да дужност обавештавања у предуговорној фази произлази из начела савесности и поштења. Амерички судови заузели су став да обавеза саопштавања чињеница постоји увек када једна страна има супериорно знање, а посебно онда када друга страна предузима радње које иначе не би предузела да је знала за те чињенице.⁸⁸ Ристејтмент у области деликта (*Restatement of Torts*) предвиђа обавезу стране у пословној трансакцији да са разумном пажњом, пре него што је трансакција конзумирана, саопшти другој страни основне чињенице о трансакцији, уколико зна да је друга страна у заблуди у погледу тих чињеница и да би та друга страна разумно очекивала саопштавање тих чињеница, било због односа међу њима, обичаја у трговини или објективних околности. Страна која је пропустила да саопшти битне чињенице, одговараће за штету као да је тврдила да те чињенице не постоје, под условом да је била дужна да покаже разумну пажњу приликом обавештавања о односном питању.⁸⁹ На сличан начин, Ристејтмент у области уговора изједначава необавештавање о чињеницама које су основна претпоставка уговора са тврдњом да те чињенице не постоје (преваром), уколико је пропуштање обавештавања у супротности са начелом савесности и поштења и

85 J. Poole, 597.

86 *Royal Bank of Scotland v. Elridge (No 2)*, 2002, UKHL 44, 2002, 2 AC 773.

87 *Credit Lyonnaise Bank v. Burch*, 1997, 1 All ER 144.

88 *States ex rel. Bussen Quarries, Inc. v. Thomas*, 938 F. 2d 831, 834 (8th Cir. 1991).

89 Restatement of Torts 2d, одељак 551.

разумним стандардима фер пословања, а страна која пропусти да обавести другу страну о тим чињеницама зна да би обавештавањем отклонила њену заблуду.⁹⁰

Дужност предуговорног обавештавања у односу на потрошаче уређена је у Европској унији Директивом о правима потрошача.⁹¹ Одредбом члана 3 Директиве одређено је да трговац мора да обавести потрошача пре закључења уговора, на јасан и разумљив начин, о основним особинама робе или услуге, цени и другим накнадама и другим елементима уговора. Пре доношења Директиве 2011/83, одговорност трговца за несавесно поступање у току преговора заснивала се на Директиви о неправичним условима у потрошачким уговорима.⁹² У складу са чланом 3 став 1 Директиве 93/13, клаузула у уговору о којој трговац и потрошач нису посебно преговарали, сматраће се неправичном ако, супротно начелу савесности, проузрокује значајну неравнотежу у правима и обавезама уговорних страна, на штету потрошача. Када је реч о финансијским услугама, обавеза обавештавања у предуговорној фази уређена је детаљно Директивом о кредитним аранжманима за потрошаче из 2008.⁹³ Кредитори су дужни да у разумном року пре закључења уговора о кредиту дају потрошачу информације које су му потребне да би могао да донесе информисану одлуку о томе да ли да закључи уговор о кредиту. Те информације морају бити пружене у писаној форми или на трајном носачу података.⁹⁴ Том директивом су државе чланице ЕУ обавезане да обезбеде да даваоци кредита и кредитни посредници дају адекватна обавештења потрошачу, са циљем да се потрошач стави у положај да може да процени да ли је предложени уговор о кредиту у складу са његовим потребама и финансијском ситуацијом, а тамо где је то погодно, и објашњење предуговорних информација, основне карактеристике понуђеног кредитног производа и посебне ефекте који он може имати на потрошаче.⁹⁵

Обавеза предуговорног обавештавања детаљно је уређена и Начртом заједничког оквира за Начела, дефиниције и модел правила ев-

90 Restatement of Contracts 2d, одељак 161.

91 Директива о потрошачким правима (Directive 2011/83 of the EU Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, *OJ L* 304, 22. 11. 2011).

92 Директива о неправичним уговорним одредбама у потрошачким уговорима (Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *OJ L* 95, 21. 4. 1993).

93 Директива о уговорима о потрошачким кредитима (Directive 2008/48 of the EU Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers, *OJ L* 133, 22. 5. 2008) – Директива 2008/48.

94 Директива 2008/48, чл. 5 ст. 1.

95 Директива 2008/48, чл. 5 ст. 6.

ропског приватног права (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*).⁹⁶ У члану 3:101 прописана је обавеза за привредног субјекта да пре закључења уговора о продаји робе, других ствари или пружању услуга, обавести другу страну о чињеницама које би та друга страна разумно могла очекивати, узимајући у обзир стандарде квалитета и извршења који би били нормални у тим околностима. Посебну дужност имају привредни субјекти који нуде робу или услуге потрошачима. Они не смеју давати обмањујуће (*misleading*) информације. Информација је обмањујућа уколико погрешно представља или пропушта да да материјалне чињенице које би просечан потрошач могао да очекује да му буду пружене како би донео информисану одлуку о томе хоће ли предузети кораке да закључи уговор.⁹⁷ Уколико је уговор закључен уз пропуштање привредног субјекта да пружи информације на начин и у обиму како је то прописано, привредни субјекат ће имати уговорне обавезе које би друга страна разумно могла очекивати у одсуству некоректне информације, а друга страна, поред тога, има право на накнаду штете.⁹⁸ Уколико су испуњени услови за примену института заблуде или преваре, друга страна може тражити поништај уговора.⁹⁹

У ЗОО није уређена обавеза обавештавања у предуговорној фази, иако ЗОО познаје институт предуговорне одговорности у облику права на накнаду штете због несавесног вођења преговора.¹⁰⁰ У члану 268 ЗОО уређује се обавеза информисања између уговорних страна: „Уговорна страна која је дужна да обавести о чињеницама које су од утицаја на њихов међусобни однос, одговара за штету коју претрпи друга страна због тога што није била на време обавештена.“ Из наведене одредбе јасно произлази да дужност обавештавања мора имати свој основ у закону или у уговору. У нашој правној теорији, наведена одредба се види као конкретизација начела савесности и поштења и начела поступања са дужном пажњом. Примена тих начела се простире и на период пре закључења уговора. Сходно томе, заузет је став да се одредба члана 268 ЗОО може применити и на ситуације пропуштања обавештавања у предуговорној фази.¹⁰¹

Прећуткивање информација које су од значаја за закључење уговора, према ставу преовладавајућег дела наше правне теорије може

96 Доступно на адреси: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf, 10. 2. 2020.

97 Нацрт Заједничког оквира, књига II, чл. 3:102 ст. 1.

98 Нацрт Заједничког оквира, књига II, чл. 3:109 ст. 1.

99 Нацрт Заједничког оквира, књига II, члан 7:201–7:205.

100 ЗОО, чл. 30 ст. 2 и 3.

101 С. Дабић, 81.

представљати превару, уколико на тај начин један учесника у преговорима намерно одржава другу страну у заблуди: „За разлику од правила да се воља, осим изузетно, не може изјавити пасивно, односно потпуним уздржавањем, при превари је друкчије, јер се она може учинити и потпуном апстиненцијом, тоталном пасивношћу.“¹⁰² У прилог овом ставу изјашњавала се и наша судска пракса.¹⁰³ Превара је основ за релативну ништавост уговора.¹⁰⁴

Обавеза информисања у предуговорној фази прописана је у нашем праву када је реч о појединим уговорима¹⁰⁵ и, на општи начин, у материји заштите потрошача. Важећим Законом о заштити потрошача право потрошача на обавештеност је дефинисано као једно од основних њихових права. Обавештеност је дефинисана као располагање тачним подацима који су неопходни за разуман избор понуђене робе или услуга.¹⁰⁶ На сличан начин је ово потрошачко право било уређено и у Закону о заштити потрошача из 2005.¹⁰⁷ Пошто је обавеза информисања уређена на императиван начин, неизвршавање те обавезе представља основ за апсолутну ништавост уговора.¹⁰⁸

V Хронологија кредита индексираних у ЦХФ

Кредити индексирани у страном валути су се појавили у првој половини осамдесетих година прошлог века у Аустралији, када су поједине банке почеле да нуде кредите индексираних у швајцарским францима и јапанским јенима физичким лицима, махом малим фармерима. Средном осамдесетих аустралијски долар је нагло пао и велики број корисника ових кредита је дошао у ситуацију да не може да уредно измирује своје уговорне обавезе. Велики број спорова је покренут пред аустралијским судовима за поништај уговора о кредиту индексираних у страном валути. Аустралијски судови нису прихватили тврдње тужилаца да између банке и корисника кредита постоји фидуцијарни однос и да је банка

102 О. Антић, 334. Види и С. Дабић, 38–40.

103 Пресуда Врховног суда Југославије Рев. 1004/58, наведено према С. Дабић, 40.

104 ЗОО, чл. 111.

105 Нпр. уговор о осигурању, ЗОО, чл. 907.

106 Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014, 6/2016-др. закон и 44/2018-др. закон, чл. 2 тач. 3.

107 Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 79/2005, чл. 3: „Основна права потрошача у смислу овог закона јесу: 3) информисаност – располагање чињеницама од значаја за правилан избор и заштиту од непоштене огласне поруке или ознаке на производима које могу потрошача да доведу у заблуду.“

108 ЗОО, чл. 103 ст. 1.

била дужна да упозори клијенте на ризике које носи та врста кредита, јер то произлази из дужности пажње. Став судова је био да аустралијско прецедентно право не третира однос банке и клијента као фидуцијаран однос и да су клијенти преузели ризик промене курса када су ступили у уговорни однос са банком. Став судова се променио када су у јавност испливали интерни банкарски документи који су потврђивали да су банке биле свесне ризика ових кредита и за клијенте и за њих саме (у случају да велики број клијената престане да их отплаћује). Пензионисани менаџер Банке Комонвелта посведочио је да је током свог посла анализирао документацију великог броја кредита индексираних у швајцарским францима. Уочио је да су корисници тих кредита редовно били потпуно неискусни у питањима стране валуте и да су се приликом закључења уговора ослањали на усмене информације које су добијали од службеника банке. Он је такође установио да су директори филијала и службеници који су радили на одобравању кредита у иностраној валути имали веома мало знања о специфичностима тог банкарског производа. У разговорима које је имао са великим бројем клијената, већина њих му је рекла да је од службеника банке добила информације да је швајцарски франак стабилна валута, да су камате на кредите у тој валути драстично ниже у поређењу са кредитима у домаћој валути и да ће се ЦХФ кредити конвертовати у кредите у домаћој валути у случају да раст курса буде већи од 5%. Он је још посведочио да банка у којој је радио није имала никакву политику обуке службеника за рад са кредитима индексираним у иностраној валути и да, као последица тога, клијенти нису били саветовани да процене свој ризик задуживања у иностраној валути. Суд је прихватио то сведочење као нови доказ који може бити од утицаја на правилно решавање ствари и дозволио је понављање поступка.¹⁰⁹

Кредити индексирани у ЦХФ постају популарни у Европи половином 2000-тих, а врхунац популарности достижу 2007. Кредити су одобрани како у земљама еуро зоне, тако и изван ње. Највећа потраживања по ЦХФ кредитима имале су банке у Пољској и Мађарској. Анализа Народне банке Швајцарске указује да су банке у еуро зони покривале своја потраживања задуживањем у швајцарским францима од швајцарских банака или издавањем обвезница у тој валути на

109 *Commonwealth Bank of Australia v. Quade and others*, 1991, HCA 61, 178 CLR 134, 3. 10. 1993.

За детаљније објашњење аустралијских случајева у вези са кредитима индексираним у иностраној валути види Evan Jones, „The Foreign Currency Loan Experience in 1980s Australia with Particular Reference to the Commonwealth Bank of Australia“, *The University of Sidney School of Economics and Political Science, Working Papers*, децембар 2005, доступно на адреси: http://www.profuturis.eu/pliki/australia_kredyty_walutowe_opracowanie.pdf, 10. 2. 2020.

финансијском тржишту. За разлику од њих, банке изван еуро зоне су потраживања у ЦХФ исказивале искључиво кроз ставке у својим рачуноводственим билансима. Банке у источној и централној Европи су махом одобравале кредите индексиране у ЦХФ физичким лицима у облику стамбених и потрошачких кредита.¹¹⁰ У земљама еуро зоне то није био случај, већ су се ти кредити одобравали привредницима и правним лицима.¹¹¹ Према једном истраживању спроведеном на бази података Народне банке Швајцарске о задуживању у швајцарским францима, Србија и Хрватска су предњачиле у погледу задужености не-банкарског сектора у страном валути. Тако је у обе земље 2011. године проценат кредита не-банкарском сектору у страном валути износио више од 70% од укупно одобрених кредита. Испред Србије и Хрватске била је само Летонија, у којој је проценат кредита у страном валути корисницима из не-банкарског сектора износио читавих 90% од укупног износа кредита.¹¹² Резултат истраживања је био да је системски ризик највећи управо у државама у којима је проценат задужења небанкарског сектора (што укључује и одобрене кредите домаћинствима, односно физичким лицима) у страном валути највећи. Системски ризик је последица чињенице да кредити одобрени у страном валути нису покривени приходима или имовином у тој валути. Системски ризик Хрватске у 2011. био је процењен на 36,7, док је у Србији био 31,8. Од европских земаља, само је Летонија имала већи системски ризик – 44,3. Насупрот томе, системски ризик Француске износио је –0,8%! Европска централна банка је упозоравала 2010. године на системске ризике за европски банкарски систем проузроковане великим степеном задужења у страном валути у земљама централне и источне Европе и неопходност регулаторних мера како би се тај ризик амортизовао.¹¹³

Односи европских валута према швајцарском франку у првој половини 2000-тих па све до краја 2007. погодвали су банкама да нуде кредите индексиране у тој валути. Тако је еуро, почев од свог пуштања у оптицај 1. 1. 2002, бележио константан раст у односу према ЦХФ, да би свој врх достигао крајем 2007, када је један еуро вредео 1,68 ЦХФ. Почев од 2008, када је економска криза захватила Европу, еуро пада у односу

110 Michal Buzsko, Dorota Kruppa, „Foreign Currency Loans in Poland and Hungary – A Comparative Analysis“, *3rd Economics and Finance Conference*, Rome, 14–17. април 2015.

111 Martin Brown, Marnel Peter, Simon Wehrmüller, *Swiss Franc Lending in Europe*, Swiss National Bank, фебруар 2009, доступно на адреси: https://www.researchgate.net/publication/266862622_Swiss_Franc_Lending_in_Europe, 10. 2. 2020.

112 Pinar Jeşin, „Foreign Currency Loans and Systemic Risk in Europe“, *Federal Reserve Bank of St Louis Review*, мај-јун 2013, 221.

113 European Central Bank, „Addressing Risks Associated with Foreign Currency Lending in EU Member States“, *Financial Stability Review*, 2010, 161.

на ЦХФ. Драстичан пад забележен је половином 2008, када је однос евро ЦХФ пао на 1,43 и крајем 2011, када се однос евра и ЦХФ скоро изједначио (1,0451).¹¹⁴ Слични трендови забележени су и у односу на друге европске валуте. Када је реч о односу ЦХФ према динару, вредност ЦХФ се током 2007. и већи део 2008. кретала испод 50 РСД, да би већ крајем 2008. порасла на скоро 60 РСД за франак. Крајем 2012. швајцарски франак вредео је 94 РСД.¹¹⁵ У периоду од пет година (31. 12. 2007–31. 12. 2012) курс швајцарског франка је ојачао у односу на динар за 96%. У истом периоду курс евра је ојачао у односу на динар за свега 43%.

Јачање швајцарског франка довело је многе грађане централно-европских и источноевропских земаља у незавидну позицију, јер су им се рате кредита нагло повећале. Учестали су били захтеви корисника кредита да се усвоје мере које ће санирати насталу ситуацију. Најбрже су реаговале владе држава у којима је велики број грађана отплаћивао кредите индексиране у ЦХФ. Мађарска влада је 2009. године постигла споразум са Удружењем банака Мађарске 2011. године, према коме су корисници кредита индексираним у ЦХФ и еврима убудуће плаћали рате у складу са фиксираним курсом форинте у односу на ЦХФ и евро, који је био за више од 20% нижи од тржишног курса. Током 2014. године Парламент Мађарске је донео законе којим је обавезао банке да обештете кориснике кредита за износе наплаћене по основу обрачунавања неповољнијег курса форинте и једностраног повећања каматне стопе, као и закон којим су сви кредити у страниј валути конвертовани у форинту.¹¹⁶ Након што је уставност закона потврђена пред Уставним судом Мађарске, неколико мађарских банака обратило се Европском суду за људска права, истичући, између осталог, повреду права на имовину због ретроактивне примене новог прописа. Европски суд је одбио њихов захтев, образлажући да је оспорени закон донет како би се решио проблем потрошачких кредита у страниј валути, те да су законом кодификована правила која су већ била утврђена у мађарској судској пракси. Суд је такође констатовао да државе уживају широка дискрециона права када је реч о регулисању финансијског сектора и одговору на финансијску кризу.¹¹⁷

Хрватска је изменама Закона о потрошачком кредитирању¹¹⁸ прописала обавезу поверилаца по уговорима о кредиту деноминираних у

114 Извор доступан на адреси: *fxtop.com*, 1. 2. 2020.

115 Извор: Народна банка Србије.

116 Доступно на адреси: <https://theorangefiles.hu/orban-administration-measures-to-reduce-household-foreign-currency-loan-debt/>, 10. 10. 2020.

117 *Merkantil Car Zrt. v. Hungary and others*, No. 22863/15.

118 Закон о потрошачком кредитирању, *Narodne novine*, бр. 102/15.

ЦХФ или деноминираних у кунама са валутном клаузулом у ЦХФ, да изврше конверзију у кредите деноминирани у еврима на начин да се положај корисника ЦХФ кредита изједначи са положајем корисника кредита у еврима.¹¹⁹ Обавеза конверзије односила се и на кредите који су већ претходно били конвертовани у другу валуту или су наплаћени принудним путем, уколико је укупан износ кредита већи од милион куна (око 135.000 ЕУР). Закон је био оспорен на Уставном суду Хрватске, али безуспешно. Уставни суд нашао је да је циљ Закона о потрошачком кредитирању заштита потрошача, а изменама Закона из 2015, та се заштита додатно појачава. Суд је нашао да није повређено начело забране ретроактивног важења закона уколико се закон примењује на уговорне односе који нису престали пре ступања на снагу његових измена.¹²⁰ Суд назива примену новог прописа на правне односе који су у току квази-ретроактивношћу, која је дозвољена, уколико се циљ мере не би могао постићи на други начин.¹²¹ Суд је нашао да је Влада РХ имала легитиман циљ приликом предлагања измена закона, а то је циљ заштите потрошача. Суд је такође сматрао да није повређено право повериоца на мирно уживање имовине тиме што је изменама Закона о потрошачком кредитирању предвиђено одлагање извршења на средствима обезбеђења до правноснажности одлуке о ништавости уговора о кредиту са међународним обележјем,¹²² јер је одлагање извршења само привремена мера. Када парница буде окончана, поступак извршења се може наставити у складу са законом.¹²³

Закон о конверзији ЦХФ кредита донела је и Румунија октобра 2016. Законом је била предвиђена конверзија дуга по кредитима у домаћу валуту, по званичном курсу на дан пуштања кредита у течај. Уставни суд Румуније, поступајући по предлогу румунске владе, прогласио је тај закон неуставним због повреде принципа бикамерализма у поступку доношења закона у румунском парламенту. Наиме, два дома румунског парламента усвојили су два битно различита текста предметног закона. Други разлог је што, према ставу Уставног суда Румуније, конверзија дуга према курсу који је важио на дан пуштања у течај није у складу са директивама ЕУ у области заштите потрошача.¹²⁴

Румунски потрошачи потражили су заштиту пред судом. Румунски суд, поступајући у једном спору због ништавости уговора о кре-

119 Закон о потрошачком кредитирању, чл. 19б.

120 Одлука Уставног суда Републике Хрватске бр. U-I-4455/2015 од 4. 4. 2017.

121 Одлука УСРХ, пар. 13.

122 Закон о потрошачком кредитирању, чл. 19к.

123 Одлука УСРХ, пар. 25.2.

124 Извор: <https://www.romania-insider.com/swiss-franc-loan-conversion-law-declared-unconstitutional-romania>., 1. 2. 2020.

диту са клаузулом о индексацији у ЦХФ, затражио је прелиминарно мишљење Европског суда правде у контексту примене Директиве 93/13 о неправичним уговорним клаузулама на уговоре о кредиту. Тужиоци су тврдили да је клаузула о индексацији кредита у ЦХФ неправична у смислу прописа којима се штите потрошачи, јер банке, које су биле у позицији да предвиде флукуације швајцарске валуте, нису приликом закључења уговора објаснили клијентима ризик од задужења у тој валути. Европски суд правде је нашао да клаузула уговора којом се врши индексација кредита у швајцарским францима није сама по себи неправична, под условом да је формулисана јасним и разумљивим језиком. Одредба члана 4(2) Директиве 93/13, која прописује да уговори морају бити формулисани јасним и разумљивим језиком, у контексту уговора о кредиту, значи да финансијске институције морају клијентима пружити довољно информација да би донели разумну и добро информисану одлуку. У светлу предметног спора, то значи да уговорна клаузула о индексацији у страниој валути треба да буде не само јасна и разумљива у граматичком смислу, већ и у смислу њених стварних ефеката, тако да просечан потрошач, који је разумно добро информисан, разборит и пажљив, може бити свестан могућности раста или пада валуте индексације и да може да процени потенцијално значајне економске последице те клаузуле на његове финансијске обавезе. Национални судови треба да провере испуњеност тих услова.¹²⁵

Европски суд правде – ЕСП, заузео је одговарајуће ставове и у другим случајевима у којима је од њега затражено прелиминарно мишљење.¹²⁶ У случају *Dziubak*, пољски суд је поставио ЕСП питање правног дејства ништавости уговора о кредиту са неправичном клаузулом о индексацији у страниој валути у контексту одредби Директиве 93/13. Питање пољског суда односило на могућност националног суда да мења уговор о кредиту са ништавом клаузулом, допуњујући га са диспозитивним одредбама националног закона. У конкретном случају, оспорена је као непоштена одредба уговора о кредиту према којој се корисник кредита обавезивао да плаћа рату кредита у пољским злотима индексирани према продајном курсу ЦХФ, док је банка ставила кредит у тецај у пољским злотима индексирани према куповном курсу ЦХФ. Генерални адвокат је изнео мишљење да Директива 93/13 има за непосредни циљ успостављање равнотеже у односима између потрошача и друге уговорне стране, као економски јаче. Одредба члана 6(1) Директиве,

125 *Ruxanda Paula Andriciu and Others v. Banca Românească SA*, 20. 9. 2017, C-186/16, EU:C:2017:703.

126 *Sziber*, C-483/16, 20. 9. 2018, EU:C:2018:367; *OTP Bank and OTP Factoring*, C-51/17, 20. 9. 2018, EU:C:2018:750; *Dunai*, C-118/17, 14. 3. 2019, EU:C:2019:207; *Albanca Corporación Bancaria*, C-70/17, 26. 3. 2019, EU:C:2019:250.

која прописује да неправичне уговорне одредбе неће обавезивати потрошача, императивне је природе и има за циљ успостављање истинске равнотеже у односима уговорних страна. Правне последице утврђења да је уговорна клаузула неправична се одређују националним правом. Уговор ће наставити да обавезује уговорне стране уколико може да опстане без неправичне уговорне одредбе. На основу тога, Генерални адвокат сматрао је да национални судови не могу интервенисати у уговор, тако што ће мењати садржину неправичне одредбе. Уколико би се таква интервенција дозволила, имала би за последицу компромитацију дугорочног циља установљеног Директивом 93/13, а који се огледа у одвраћању продаваца и пружалаца услуга од коришћења неправичних клаузула у уговорима са потрошачима. ЕСП је у једном претходном случају дозволио изузетак од овог правила само ако би ништавост неправичне клаузуле водила ништавости читавог уговора и то би повлачило консеквенце које би за потрошача биле посебно неправичне, као на пример, да потрошач треба да врати читав преостали износ главнице одједном. У таквом случају потрошач има право на избор, односно он мора прихватити да суд измени уговорну клаузулу да би уговор опстао.¹²⁷ ЕСП је у пресуди у случају *Dziubak* прихватио мишљење Генералног адвоката. Суд је појаснио да се последице утврђивања ништавости поједине уговорне одредбе цене у складу са националним законодавством, при чему је потврдио становиште пољског суда да уговор у целини не може опстати, ако би поништај спорне одредбе уговора имао за последицу измену главног предмета уговора.¹²⁸ Уколико би се клаузула о обрачуну рате према продајном курсу ЦХФ у односу на пољски злот поништила, на снази би остале одредбе уговора о кредиту у погледу висине каматне стопе, која је била одређена на нижем нивоу, управо због индексације кредита у ЦХФ. ЕСП је сматрао да поништење клаузуле о индексацији има за последицу елиминисање ризика промене курса валуте у односу између уговорних страна. ЕСП је подсетио на своје раније одлуке, у којима је истакао да ризик промене курса валуте спада у главни предмет уговора, тако да објективно није могуће да уговор опстане на снази након елиминације спорне клаузуле.¹²⁹

Међу земљама евро зоне, Француска је изменама Закона о потрошачима забранила кредите потрошачима у страниој валути, изузев уколико потрошач остварује 50% и више прихода у тој валути, или уколико поседује најмање 20% имовине у тој валути.¹³⁰ Сличне мере нису забе-

127 *Dziubak*, C-260/18, Opinion of Advocate General Pitruzzella, 14. 5. 2019, EU:C:2019:405.

128 C-220/18, пресуда Суда правде од 3. 10. 2019, ECLI:EU:C:2019:819.

129 Пар. 44 пресуде.

130 Француски Закон о потрошачима (*Code de la consommation*), чл. L 312-3-1.

лежене у државама изван евро зоне, иако је у тим државама много више изражен системски ризик од задуживања у иностраној валути.

Органи Републике Србије су доста невољно и закаснило реаговали на проблеме изазване индексацијом кредита у швајцарским францима. Народна банка Србије донела је 2011. године Одлуку о мерама за очување и јачање стабилности финансијског система, са циљем смањења ризика у том систему који произлази из високог учешћа кредита одобрених у иностраној валути и у динарима са девизном клаузулом. Том одлуком НБС је дозволила кредитирање физичких лица кредитима „индексираним са девизном клаузулом“, под условом да је валута обавезе евро.¹³¹ Одлука није имала значајан практичан ефекат, с обзиром да у то време банке више нису нудиле кредите индексираних у ЦХФ. Друго, НБС није одлуком уредила питање дејства уговора о кредиту индексираних у ЦХФ чија је отплата још увек била у току. Одлука НБС је произвела парадоксалну ситуацију, да су кредити индексирани у ЦХФ забрањени у правном систему Србије, али да уговори закључени пре 2011. са клаузулом о индексацији у ЦХФ и даље опстају и угрожавају стабилност финансијског система – циљ који је требало да буде остварен њеним доношењем.

Године 2015. Народна банка Србије је донела другу по реду Одлуку о мерама за очување стабилности финансијског система у вези са кредитима индексираним у иностраној валути.¹³² Новом одлуком НБС је наложила банкама да корисницима кредита понуде један од четири модела анекса уговора о кредиту индексираних у ЦХФ: 1) конверзија кредита у кредит индексирани у еврима, по курсу повољнијем за 5% од званичног курса који важи на дан закључења анекса уговора, уз даљу примену каматне стопе коју банка примењује на кредите у еврима и могућност продужења рока отплате за пет година; 2) конверзија кредита у кредит индексирани у еврима, уз снижавање каматне стопе коју банка примењује на кредите индексираних у еврима за један индексни поен, при чему стопа не може бити нижа од 3% и могућност продужења рока отплате за пет година; 3) кредит остаје индексирани у ЦХФ, а уговорена каматна стопа смањује се за један индексни поен, при чему не може бити нижа од 3%, уз могућност продужења рока отплате до пет година; и 4) кредит остаје индексирани у ЦХФ, али се износ рате снижава за 20% у периоду од три године, а разлика умањења се отплаћује након истека уговореног рока отплате кредита у 12 једнаких месечних рата. Ниједан од понуђених модела није отклањао неравнотежу у давањима

131 Тач. 2 Одлуке, *Службени гласник РС*, бр. 34/2011 и 114/2017.

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

уговорних страна, већ су предвиђали олакшице у отплати кредита. Само је први модел предвиђао и умањење преостале главнице за 5%, што је много мање од диспаритета курса ЦХФ и евра према динару насталог у периоду од закључења уговора о кредиту до доношења Одлуке НБС. Последња два модела нису уопште предвиђали конверзију, већ искључиво олакшице у отплати, с тим што би, у крајњем исходу, те олакшице водиле повећању укупне обавезе дужника по кредиту. НБС је приликом доношења Одлуке из 2015, пренебрегла чињеницу да је претходно својом Одлуком из 2011. забранила кредите индексирани у ЦХФ, прописујући два модела „конверзије“ који уопште нису предвиђали замену клаузуле о индексацији у ЦХФ клаузулом у еврима! Крајњи исход је да су мере НБС биле неефикасне, јер се веома мали број корисника кредита одлучио да прихвати неки од понуђених модела.

Већи број корисника кредита поднео је тужбе за раскид уговора због промењених околности и тужбе за ништавост ЦХФ клаузуле или ништавост уговора о кредиту са ЦХФ клаузулом. Априла 2019. Врховни касациони суд доноси правно схватање о пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима. Одмах затим, Народна скупштина РС усваја Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима.¹³³

VI Правно схватање Грађанског одељења Врховног касационог суда

Правним схватањем од 2. априла 2019. ВКС је потврдио у тачки 1 да су валутне клаузуле правно ваљане, уколико се уговарају у циљу очувања једнаке вредности узајамних давања, када се тржишна вредност пласираних и враћених динарских кредитних средстава утврђује индексирањем у еврима. У образложењу тачке 1, ВКС се позива на начело једнакости узајамних давања из члана 15 ЗОО, члан 395 ЗОО, члан 8 Закона о девизном пословању¹³⁴ и Одлуку НБС из 2011. године. Потребно је најпре истаћи да се Закон о девизном пословању не односи на предметну материју, јер се њиме уређује искључиво кредитни послови у девизама и кредитни послови са иностранством. Одредбом чл. 25 ст. 1 Закона одређено је да банка може одобрити кредит резиденту – правном лицу, ради плаћања увоза робе и услуга из иностранства, док је одредбом ст. 2 истог члана прописано да банка може одобрити кредит

133 Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима – ЗоК, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2019.

134 Закон о девизном пословању, *Службени гласник РС*, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014 и 30/2018.

резиденту – физичком лицу у девизама ради куповине непокретности у земљи. Девизе су, у складу са дефиницијом тог појма датом у истом закону, потраживања према иностранству која гласе на страну валуту.¹³⁵ Чланом 8 Закона о девизном пословању, на који се позива правно схватање ВКС, уређује се питање плаћања и наплате текућих послова у односима са иностранством, при чему се забрањују трансакције на основу уговора у којима није наведена стварна цена или на основу неистинитих исправа. Законом о девизном пословању, чл. 2 тач. 24, одређује се појам валутне клаузуле – то је уговарање вредности обавезе у девизама (валута обавезе) у Републици, с тим што се плаћање и наплаћивање обавеза по тим уговорима врши у динарима (валута исплате). Законом о девизном пословању не уређује се под којим условима је допуштено уговарање валутне клаузуле у Србији, тако да је позивање ВКС на тај закон беспредметно.

ВКС се није експлицитно бавио питањем ретроактивности мера НБС уведених Одлуком из 2011. године. Чини се да је имплицитан став ВКС да се мера НБС односи и на уговоре о кредиту са валутном клаузулом о индексацији у ЦХФ који су закључени пре ступања на снагу Одлуке НБС из 2011. Такав став је, на први поглед, у складу са поменутих схватањима Европског суда за људска права и хрватског Уставног суда, као и са схватањима домаће правне теорије о повратној примени прописа.¹³⁶ Међутим, значајна је разлика у околностима под којима су се страни судови и ВКС изјаснили о допуштености ретроактивности, будући да су ови први преиспитивали ретроактивност закона, док се ВКС позива на подзаконски акт Народне банке Србије. Домаћа правна теорија је изричита у ставу да се ретроактивност може установити само законом,¹³⁷ а такво решење предвиђа и Устав Србије.¹³⁸ Мимо одлуке НБС из 2011, ниједан од закона на који се ВКС позива не условљава допуштеност валутне клаузуле њеним везивањем за евро као валуту обавезе. Став ВКС могао би се бранити схватањем да није реч о ретроактивној примени подзаконског акта, будући да се њиме уређују правне ситуације у току дејства.¹³⁹ Проблем је, међутим, у томе што Одлука НБС својом садржином ограничава сопствену примену на будуће односе, т.ј. на уговоре

135 Закон о девизном пословању, чл. 2 тач. 5.

136 Види: Глигорије Гершић, *Дипломајско и конзуларно право: Теорија о њојвралој сило закона*, Београд, 1995; Слободан Перовић, *Ретроактивност закона и друћих ојшћих акајта*, Београд, 1987; Драгана Ђорић, *Принципј стечених љрава и ретроактивно дејство закона*, докторска дисертација, Правни факултет у Нишу, 2011.

137 Г. Гершић, 361, С. Перовић (1987), 132–135.

138 Устав РС, *Службени јласник РС*, бр. 98/2006, чл. 197 ст. 2.

139 И ово становиште има ограничен домашај, јер ништавост погађа и уговоре који су извршени или који су на неки други начин престали да важе.

о кредиту који се закључују након њеног ступања на снагу. Супротно томе, ВКС проширује дејство Одлуке на уговорне односе који су већ засновани. Сматрамо да је било неопходно да се ВКС изричито изјасни у погледу тога где налази правно упориште за примену Одлуке НБС на уговоре о кредиту индексиране у ЦХФ који су закључени пре 2011, посебно имајући у виду став ВКС да је правна последица ништавости тих уговора принудна замена клаузуле о индексацији у ЦХФ, клаузулом о индексацији у еврима, о чему ће даље бити речи.

Тачком 2 правног схватања проглашава се ништавом одредба уговора о кредиту о индексирању динарског дуга применом курса ЦХФ „која није утемељена у поузданом писаном доказу да је банка пласирана динарска средства прибавила посредством сопственог задужења у тој валути и да је пре закључења уговора кориснику кредита доставила потпуну писану информацију о свим пословним ризицима и економско финансијским последицама које ће настати применом такве клаузуле.“ Дикција наведеног става води закључку да оба услова морају бити испуњена кумулативно, односно да је валутна клаузула пуноважна само уколико: 1) банка има поуздан писани доказ да се задуживала у иностраној валути да би пласирала динарска средства кориснику кредита и 2) да је пре закључења уговора о кредиту писмено информисала корисника о ризицима које преузима закључењем уговора.

Први услов нема правно утемељење. ВКС се у образложењу свог става позива на наведени члан 25 Закона о девизном пословању. У ситуацијама које се уређују чланом 25 Закона банка исплаћује кредит искључиво у девизама. ВКС у свом образложењу наводи могућност да банка прибављена девизна средства прода на међубанкарском тржишту и понуди их домаћим правним и физичким лицима у динарској противвредности. У том случају, није реч о кредиту у девизама, већ у кредиту у динарима, на који се Закон о девизном пословању не односи! Околности и мотиви под којима је једна уговорна страна склопила уговор без значаја су за пуноважност уговора, изузев када је реч о недопуштеној побуди, за коју је друга страна знала и морала знати.¹⁴⁰ Другачија би ситуација постојала да је банка по налогу или уз знање клијента прибављала девизна средства ради исплате кредита клијенту

140 ЗОО, чл. 53. Високи трговачки суд Хрватске, у својој пресуди 43 ПЖ 6632/2017–10 донетој по жалби банака на првостепену пресуду којом су кредити индексирани у ЦХФ проглашени ништавим, на стр. 58 констатује следеће: „То што су се и банке, како тврде, задуживале у иностранству склапајући уговоре у швицарским францима ништа не мијења, јер се то тиче њиховог односа са иностранним банкама, оне су знале за тај ризик, а што је у овом случају најбитније, тај ризик су у коначници у цијелости пренијеле на потрошаче у Републици Хрватској, без да су то потрошачи знали.“

у динарској противвредности, па је намеравала да ризик сопственог девизног задужења пребаци на клијента. Овакве ситуације су теоретски могуће, али практично безначајне. Клаузула о девизном ризику банке би у том случају морала бити уграђена у уговор о кредиту са клијентом. Само тако се може разумети први услов ВКС – да је пуноважност уговора о кредиту индексираниог у ЦХФ условљена предочавањем поузданог писаног доказа да се банка задужила у страниој валути како би одобрила динарски кредит индексираниог у ЦХФ клијенту у конкретном случају.

Други услов наведен у тачки 2 правног схватања ВКС је у складу са претходно изнетим ставовима Европског суда правде, стране судске праксе и схватањима наше правне теорије о обавези информисања у предуговорној фази. У образложењу свог става, ВКС се позива на императивна начела прописана ЗОО,¹⁴¹ одредбе ранијег и сада важећег Закона о заштити потрошача, као и Закона о заштити корисника финансијских услуга. За оцену пуноважности клаузуле о индексацији у ЦХФ релевантне су само одредбе ЗОО и раније важећег Закона о заштити потрошача, који су били на снази у време када су спорни уговори са клаузулама о индексацији у ЦХФ закључивани. Чланом 3 Закона о заштити потрошача из 2005. прописано је као једно од основних начела право потрошача на информисаност – располагање чињеницама од значаја за правилан избор и заштиту од непоштене огласне поруке и ознаке на производима које могу потрошача да доведу у заблуду. Чланом 11 прописано је да потрошач има право да његови економски интереси буду заштићени приликом куповине производа или услуга. Одредбама чл. 17 и 18 Закона прописане су обавезе продавца, односно даваоца услуга у вези са одређивањем цене производа или услуга. Потрошач мора бити обавештен о важећој цени производа или услуге и то обавештење не може доводити у заблуду потрошача у погледу висине цене.

Потребно је напоменути да је Законом о заштити потрошача из 2005. године појам потрошача дефинисан тако да обухвати и привредно друштво, предузеће и друго правно лице и предузетника, када купује производе или користи услуге за своје потребе.¹⁴² Одатле произилази да је обавеза информисања постојала и у односу између банака даваоца кредита и привредних друштава и предузетника који су подизали кредит за сопствене потребе, без обзира да ли је реч о потребама комерцијалне или некомерцијалне природе. Ово стога, што привредна друштва и предузетници у улози корисника кредита не закључују уго-

141 Начело савесности и поштења из чл. 12 ЗОО, начело забране злоупотребе права из чл. 13 ЗОО, начело забране стварања и искориштавања монополског положаја из чл. 14 ЗОО, начело једнаке вредности давања из чл. 15 ЗОО и начело забране проузроковања штете из чл. 16 ЗОО.

142 Закон о заштити потрошача из 2005, чл. 2 ст. 2.

вор из своје професионалне делатности, те нису у обавези да поступају са пажњом доброг стручњака.¹⁴³

У другачијем су положају банке, које су дужне да приликом закључења уговора о кредиту примене појачану пажњу – пажњу доброг стручњака, јер је реч о послу из њихове професионалне делатности. ВКС се у образложењу изјашњава да су банке биле дужне да предвиде енормни раст курса динара у односу на швајцарски франак, те да су банке биле упознате са чињеницом да је курс ЦХФ у моменту закључења спорних уговора био потцењен и да се очекује раст те валуте почев од 2008. Сматрамо да је довољно било задржати се на обавези банке да информишу клијенте о ризицима које преузимају закључењем уговора са клаузулом о индексацији у страниј валути. Предвидљивост кретања курса страних валута није научно утемељена категорија.¹⁴⁴ Банке, као добри стручњаци, знају и дужне су да знају да је курс било које валуте који се слободно формира на девизном тржишту нестабилан и подложен променама у већем или мањем износу. Њихова обавеза, која се темељи на начелу савесности и поштења, била је да упозоре клијенте на економски ризик који преузимају закључењем уговора о кредиту индексаног у страниј валути.¹⁴⁵ ВКС није могао да се задржи на тој констатацији, јер би се онда оправдано поставило питање ништавости свих уговора о кредиту индексаних у страниј валути, укључујући и уговоре индексане у еврима! Због тога је био „ принуђен “ да изнесе хипотезу о томе да су банке знале и морале знати да ће управо швајцарски франак нагло скочити 2008. Ту хипотезу је потребно доказати, али се њеним доказивањем излази из оквира надлежности Грађанског одељења ВКС за усвајање правног схватања, што се чини ради постизања сагласности у примени прописа између појединих већа.¹⁴⁶ При том се ВКС позива на анализу Удружења за заштиту корисника финансијских услуга ASUFIN, не образлажући зашто је баш та анализа поуздан доказ да су банке могле предвидети нагли раст курса ЦХФ и због чега сматра да су банке

143 ЗОО, чл. 18 ст. 2.

144 Barbara Casu, Claudia Girardone, Philip Molyneux, *Introduction to Banking*, Prentice Hall, Harlow, 2006, 268.

145 Високи трговачки суд Хрватске потврђује овај став у пресуди 42 Пж-6632/2017–10, 60–61: „Но, изостанак регулативе у том дијелу не значи да у смислу морала не постоји опћа дужност свих судионика у обвезном односу учинити све да се у пуном смислу постигне информирана сугласност о свим битним елементима намераваног правног посла укључујући и то да се потрошачи упозоре на све постојеће течајне ризике које потрошачи прихваћањем спорних уговорних одредби преузимају, за чије постојање као особе без стручних знања не знају, а банке знају.“

146 Закон о уређењу судова, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2014, 40/2015 – др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 – одлука УС, 87/2018 и 88/2018 – одлука УС, чл. 43 ст. 2.

биле дужне да знају за садржину те анализе и ослоне се на њу у својим предвиђањима. ВКС се такође позива на податке Народне банке Србије о кретању курса динара у периоду од 1997–2019, али не образлаже какав се закључак из тих података изводи, а посебно, зашто су релевантни подаци о кретању курса динара у периоду 2007–2019, будући да банке те податке нису могле да знају када су закључивале спорне уговоре о кредиту?

Тачком 3 правног схватања ВКС одређује се да је правна последица ништавости клаузуле о индексацији у ЦХФ делимична ништавост. Уговор о кредиту остаје на снази, при чему ће се „извршити конверзијом уз очување принципа једнаке вредности давања – тржишне вредности датог кредита утврђене на основу званичног средњег курса евра на дан закључења уговора и исплате камате у висини одређеној уговорима о кредиту исте врсте и трајања, закљученим са валутном клаузулом у еврима између истог даваоца кредита и других корисника кредита чије се дуговање утврђује применом званичног средњег курса евра.“

Приликом образлагања тачке 3, ВКС се позива на начело савесности и поштења, начело једнаке вредности давања и начело дужности испуњења обавезе, те члан 18 Устава РС, налазећи у тим начелима основ да се одредба чл. 106 ЗОО о конверзији ништавих уговора циљно тумачи на начин да је допуштено суду да конвертује уговорну обавезу корисника кредита, тако да се вредност обавезе утврђује према курсу евра.

ВКС је био дужан да образложи зашто је својим правним схватањем дерогирао важеће одредбе ЗОО о правним последицама ништавости (чл. 104–105)? Те одредбе се у правном схватању уопште не помињу! Посебно није објашњено због чега ВКС сматра да уговор може опстати без ништаве клаузуле, у смислу чл. 105 ЗОО. ВКС тврди у образложењу да преостале одредбе уговора о кредиту садрже све битне елементе овог уговора прописане чл. 1065 ЗОО. Овакав став није исправан, јер је клаузула о индексацији елеменат на основу које се одређује цена кредита, која је битан елеменат уговора. Тачно је да се чланом 1065 прописује да се уговором о кредиту обавезује корисник да банци плати уговорену камату и добијени износ новца врати у време и на начин одређен уговором. Камату као цена кредита и тиме битан елеменат уговора, одређују банке узимајући у обзир да ли се кредит даје и враћа у динарима, или се главница индексира у некој страниј валути, у ком случају је камата много нижа. Клаузула о индексацији и уговорена стопа камате заједно чине цену кредита, што је предмет обавезе корисника. Исправност оваквог става потврђује и сам ВКС, када образлаже обрачун тржишне вредности кредита конвертованог у евре.

Према одредби чл. 50 ЗОО, предмет обавезе може бити одредив. Потребно је у том случају да уговор садржи податке на основу којих ће се предмет обавезе одредити. У случају кредита индексираних у иностраној валути, предмет обавезе корисника је одредив, тј. укупан износ новца који корисник кредита плаћа одређује се преко два елемента: вредности стране валуте у којој је кредит индексан и висине каматне стопе. Могло би се расправљати о томе да ли је овакав начин одређивања предмета обавезе корисника у складу са чл. 1065 ЗОО, који прописује да је корисник кредита у обавези да врати добијену суму новца и плати уговорену камату. Став ВКС је да је клаузула о индексацији кредита у иностраној валути допуштена, изузев ако је кредит индексан у ЦХФ. Имплицитно, ВКС је тиме потврдио правну ваљаност уговора о кредиту у којима предмет обавезе корисника није одређен, већ одредив. Утврђењем да је клаузула о индексацији у ЦХФ ништава, из уговора о кредиту одстрањен је један од два елемента на основу којег је одређена укупна цена кредита, па је предмет обавезе корисника постао неодредив. Кад је предмет обавезе неодредив, уговор је ништав.¹⁴⁷

Друго могуће тумачење члана 1065 ЗОО води истоветном закључку. Уговорна клаузула о индексацији може се посматрати као елемент уговора којом се дефинише начин отплате кредита – изражавањем вредности динарске главнице добијеног кредита у ЦХФ и одређивањем висине рата кредита у ЦХФ, а затим претварањем тог износа у динаре према курсу на дан доспелости сваке поједине рате. Које год тумачење да се прихвати, никако се не може сматрати да су сви битни елементи уговора о кредиту дефинисани у чл. 1065 ЗОО одређени, након што је клаузула о индексацији проглашена ништавом.

ВКС се и сам позива на одредбе Закона о заштити потрошача о одређивању цене услуге, одакле произлази његов имплицитан став да клаузула о индексацији служи одређивању цене кредита. Поништењем клаузуле о индексацији у ЦХФ уговор остаје без једног од својих битних елемената. Цена коју плаћа корисник кредита остаје недефинисана и због тога уговор не може опстати на снази. Такав је став, како смо претходно изнели, заузео и Европски суд правде, на чију се праксу ВКС позива у свом схватању.

Хрватски судови су клаузулу о индексацији посматрали у садејству са клаузулом о променљивој каматној стопи, према којој су банке имале право да једнострано мењају висину каматне стопе. Они су нашли да је управо кумулативно дејство обе клаузуле допринело неодредивости висине обавезе корисника кредита.¹⁴⁸ ВКС се у свом схватању не осврће

147 ЗОО, чл. 47.

148 „Наиме, и уговорна камата је везана уз валуту швицарски франак, па исти ризик који постоји у односу на главницу постоји и у односу на уговорне камате. Уз

на ову чињеницу, иако су и банке у Србији поступале на истоветан начин, тј. уговором су предвиђале могућност да једнострано мењају висину камате у уговорима о кредитима индексираним у ЦХФ.

Чак и уколико би се прихватило становиште ВКС да клаузула о индексацији у ЦХФ није битан елеменат уговора о кредиту, опстанак уговора о кредиту без клаузуле о индексацији водио би нарушавању начела о једнакости узајамних давања на штету банака, јер су банке висину каматне стопе одређивале у нижем износу, с обзиром на чињеницу да је динарска главница кредита била индексирана у ЦХФ. Стога није испуњен услов предвиђен у чл. 105 ст. 1 ЗОО за делимичну ништавост. Свестан негативних последица свог става о делимичној ништавости, ВКС је излаз пронашао у преседану који се састоји у принудној судској конверзији кредита индексираних у ЦХФ у кредите индексираних у евро.

Позивању на члан 106 ЗОО, којим се уређује институт конверзије ништавог уговора, овде нема места. ЗОО дозвољава могућност конверзије ништавог уговора, уколико преостале пуноважне одредбе уговора испуњавају услове за пуноважност неког другог уговора. ЗОО не даје право суду да допуњава недостајуће одредбе уговора тако што ће предвидети садржину уговора које би странке закључиле да су знале за ништавост одредбе о индексацији у ЦХФ. ВКС је оваквим тумачењем уставних и законских одредаба грубо повредио начело аутономије воље странака.¹⁴⁹ Неосновано је и збуњујуће позивање ВКС на начело савесности и поштења, јер управо ВКС претходно констатује да је једна страна приликом закључења уговора била несавесна. Према схватању

то, стопа уговорне камате је нижа само у почетној фази, дакле на први поглед, с обзиром да су промјениве према одлуци банке. Тако је износ уговорне камате потрошачу неразумљив из два разлога: јер је везан за течај швицарског франка и јер је везан за одлуку банке.“ Пресуда Високог трговачког суда Хрватске 43 П-6632/2017–10, 64–65.

149 У пресуди П-1401/12 од 4. 7. 2013, донетој по колективној тужби хрватског удружења за заштиту потрошача, Трговачки суд у Загребу је утврдио да су уговори у кредиту са клаузулом у ЦХФ ништави, те је наложио конверзију тих кредита у куне и обрачун камате по фиксној каматној стопи која је важила за кредите исте врсте у време закључења спорних уговора. Правни основ за конверзију суд је нашао у одредбама хрватског Закона о заштити потрошача, који омогућује да суд усвоји мере за отклањање штетних последица проузрокованих повредом тога закона. Међутим, првостепена пресуда није у том делу опстала. Високи трговачки суд, одлучујући пресудом Пж-7129/13–4 од 13. 6. 2014. по жалби тужених банака, заузео је став да се Законом о заштити потрошача не даје могућност суду да налага мере којима се остварује индивидуална компензација потрошачима, већ искључиво може наложити мере апстрактног и превентивног карактера, као нпр. објављивање пресуде. Врховни суд Хрватске је ревизијом Рев. 2221/2018–11 од 3. 9. 2019. потврдио становиште нижих судова о ништавости уговора о кредиту индексираних у ЦХФ.

ВКС, друга страна, која није крива за ништавост, треба да покаже своју савесност и поштење тако што ће бити принуђена на испуњење фиктивно закљученог уговора са клаузулом о индексацији у еврима и каматном стопом коју је банка давалац кредита наплаћивала за те уговоре. На тај начин, кориснику кредита се ускраћује право на накнаду штете утврђено чланом 108 ЗОО. Друго, све и да се прихвати став ВКС о конверзији као законит, остаје нејасно на који начин ће се одредити садржина обавезе корисника кредита ако банка давалац није одобравала кредите у еврима у посматраном периоду?

Такође нема места ни позивању на члан 18 Устава РС, у коме се говори о непосредној примени људских и мањинских права зајемчених општеприхваћеним правилима међународног права. ВКС није објаснио које се људско и мањинско право у конкретном случају штити непосредном применом међународног правила о правичном очувању и извршењу уговором установљених обавеза? Овде је реч о томе да су уговором установљене обавезе правно неважеће, јер су супротне императивним нормама, па није основано инсистирање на очувању и испуњавању тих обавеза, тако што ће их суд конвертовати у неку другу правно допуштену обавезу. Видели смо да наш законодавац не допушта суду да сам мења садржину уговора чак ни када примењује институт раскида или промене уговора због промењених околности. Утолико пре нема места судској интервенцији како би се одржао на снази апсолутно ништав уговор! Коначно, начела једнаке вредности давања и дужности испуњења обавеза релевантна су само уколико постоји правно ваљана обавеза, а ње нема.

VII Закон о конверзији стамбених кредита

Кратко време након што је објављено правно схватање ВКС о ништавости уговора о кредиту индексираних у швајцарским францима, Народна скупштина РС је усвојила Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима – ЗоК. Норме ЗоК у сагласности су са схватањем највишег суда утолико што се ЗоК-ом налаже банкама да кредите индексираних у швајцарским францима конвертују у кредите индексираних у еврима. ЗоК је у великој мерио дерогирао схватање ВКС, јер се обавеза конверзије не односи на све кредите индексираних у швајцарским францима и ефекти конверзије се временски везују за дан ступања ЗоК на снагу (7. 5. 2019) а не за моменат закључења уговора о кредиту. ВКС није на различит начин третирао клаузуле о индексацији у ЦХФ зависно од тога за коју намену се кредит подиже и које својство има корисник кредита.

ЗоК-ом се налаже банкама да конвертују само уговоре о стамбеном кредиту – кредите намењене за куповину, реконструкцију или адаптацију стамбене непокретности или рефинансирање тих кредита, под условом да је корисник кредита физичко лице, а кредит није намењен његовој пословној или другој комерцијалној делатности.¹⁵⁰ Ограничавање поља примене ЗоК само на уговоре о стамбеним кредитима, чији су корисници физичка лица, могао би се оправдати намером законодавца да најугроженијим категоријама корисника кредита индексираних у ЦХФ – физичким лицима који су кредите подизале ради решавања свог стамбеног питања, омогући ефикасну правну заштиту. Питање је колико је такав приступ чињенично утемељен, јер није познато колики је број корисника који је подизањем кредита заиста решавао свој стамбени проблем, а колики је број оних који су уз помоћ ЦХФ кредита финансирани набавку друге или *n*-те стамбене непокретности? Изван поља примене ЗоК остали су кредити дати малим привредницима, предузетницима или оснивачима привредних друштава, који су кредитима индексираним у ЦХФ финансирани своју привредну делатност од које живе они и чланови њихових породица и који су подједнако неуки у питањима ризика задуживања у иностраној валути као и грађани који су решавали стамбено питање.

Изван поља примене ЗоК остали су и уговори о кредиту код којих је већ извршена конверзија у евре, као и уговори о кредиту који су престали да важе, било тако што је корисник сам исплатио кредит у целости из других средстава (најчешће из средстава добијених продајом исте оне непокретности која је купљена на кредит индексирани у ЦХФ) или је банка покренула поступак принудног извршења.

Из наведеног следи да је ЗоК дискриминаторан, јер не поступа на исти начин према свим корисницима кредита индексираних у ЦХФ, упркос томе што код свих њих постоји неравнотежа у узајамним давањима у односу према банци изазвана истим узроком – уговарањем валутне клаузуле у ЦХФ и наглим растом курса ЦХФ у периоду након закључења уговора о кредиту. При том, треба подсетити да су многи корисници кредита били принуђени да сами решавају проблем проналажењем новчаних средстава за отплату кредита у целости или су над њиховим имовином спроведене принудне мере извршења, између осталог и због тога што је држава оклевала да правовремено и ефикасно реши проблем дужника по кредитима индексираним у швајцарским францима. Они су претрпели штету због нечињења државе, која им није компензирана ЗоК-ом.

150 ЗоК, чл. 2.

Поред непосредне дискриминације различитих категорија корисника кредита, одредбама ЗоК је проузрокована и њихова посредна дискриминација. Чланом 4 ЗоК предвиђена је конверзија преостале главнице и доспеле, а неплаћене редовне камате, обрачунатих на дан ступања ЗоК на снагу. Износ преосталог дуга се пре конверзије умањује за 38%. Корисници кредита дискриминисани су због чињенице да је преостали дуг пропорционално различит код појединих корисника, зависно од уговореног рока отплате кредита. Код кредита са дужим роком отплате (нпр. 20–30 година) преостала главница кредита је у моменту ступања ЗоК на снагу била много већа у поређењу са кредитима који су уговорени са краћим роком отплате (нпр. 15 година). Корисницима кредита са краћим роком отплате износ отписа дуга је стога много мањи у поређењу са корисницима који су подигли кредите са дужим роком отплате. Да је законодавац следио схватање ВКС, којим се дејство ништавости клаузуле о индексацији у ЦХФ везује за моменат закључења уговора о кредиту,¹⁵¹ сви корисници кредита били би правично третирани. Нејасни су мотиви законодавца да се конверзија веже за моменат ступања ЗоК на снагу. Једно објашњење може бити да се тиме избегава приговор ретроактивности ЗоК. Но, овде нема ретроактивности, јер се законом санирају штетне последице уговора са незаконитом клаузулом који су производили дејство више од деценије. Видели смо да је Уставни суд Хрватске био става да је у питању квази-ретроактивност, те да је Европски суд за људска права одбио тврдњу мађарских банака да су мере мађарских власти биле ретроактивне. Умањење преосталог дуга за 38% не отклања све штетне последице уговора са незаконитом клаузулом, јер корисници који су подигли кредите са краћим роком отплате никако не могу бити обештећени на тај начин. Потребне су прецизне калкулације, које су изван домашаја овог рада, да би се утврдило да ли ЗоК у потпуности обештећује и кориснике који су уговорили кредите са дужим роком отплате. Чак и да је тако, конверзија која се односи само на поједине категорије корисника и умањење дуга у истом проценту за све кориснике обухваћене ЗоК, којим се не узимају у обзир различити рокови отплате кредита, није правична и сасвим извесно погодује другој уговорној страни, тј. банкама.

Поједина решења ЗоК се граниче са правним апсурдом. Вероватно у намери да се корисницима олакша закључење уговора о конверзији и да се избегну додатни трошкови, законодавац је прописао да се уговор о конверзији не сматра преновом у смислу ЗОО и да сва средства обезбеђења успостављена по основу уговора о кредиту са клаузулом о индексацији у ЦХФ остају на снази.¹⁵² Уговором о конверзији мењају

151 Такво дејство је једино правно исправно, јер је реч о апсолутној ништавости, која производи дејство *ex tunc*.

152 ЗоК, чл. 8 ст. 1 и чл. 10.

се битни елементи претходно закљученог уговора о кредиту – износ главнице, висина камате и клаузула о индексаџији, тако да је законска констатација да није реч о пренову противна здравом разуму. Утврђењем да није реч о пренову у смислу ЗОО, обезбеђује се правно дејство закљученог уговора о конверзији за случај да корисник поведе спор за утврђење ништавости уговора о кредиту са клаузулом о индексаџији у ЦХФ. У складу са чланом 351 став 1 ЗОО, пренов је без дејства ако је ранија обавеза ништава. Како је Зок *lex specialis* у односу на ЗОО, евентуално утврђење суда да је уговор о кредиту ништав у целини неће утицати на пуноважност закљученог уговора о конверзији и корисници са конвертованим кредитима морали би да измире обавезе по уговорима о конверзији у потпуности. На овај начин, законодавац је уговору о конверзији обезбедио самосталност у односу на уговор о кредиту чије штетне последице треба да санира. Законско решење да средства обезбеђења која су успостављена приликом закључења уговора о кредиту важе и за конвертовани кредит, у светлу претходно изнетог, правно је апсурдно.

VIII Закључак

Проблем кредита индексираних у швајцарским францима и, генерално, кредита индексираних у иностраној валути је системски проблем који се само на тај начин мора и решавати. Последњих деценија сведоци смо узмицања начела монетарне суверености државе пред реалношћу привредног живота. Продор страних банака на тржишта земаља централне и југоисточне Европе донео је праксу одобравања кредита индексираних у иностраној валути. Са аспекта банака, таква пракса је легитимна, јер банке тим путем штите свој капитал и у прилици су да понуде кредите по нижој каматној стопи. Дугорочно посматрано, задуживање у иностраној валути носи са собом системски ризик који прети банкама и укупном монетарном систему – ризик да велики број дужника неће моћи да уредно отплаћују своје кредите у случају да дође до већег или наглог раста курса валуте у којој су кредити индексирани. Овај ризик је утолико већи уколико је изабрана валута индексаџије тзв. валута уточишта – валута за којом тражња јача у временима економских криза.

Превенција системских ризика је у домену финансијских регулатора, који су дужни да се старају о очувању монетарне стабилности. Финансијски регулатори у земљама централне и источне Европе нису добро радили свој посао у последње две деценије, јер су допустили да се на тржишту појави банкарски производ са потенцијално великим системским ризиком – кредити индексирани у швајцарским францима, по

правилу одобравани уз променљиву каматну стопу, чија је висина зависила од субјективних критеријума – једностране воље банака. Власти држава централне и источне Европе су са мање или више одлучности и ефикасности кренуле у санирање проблема изазваног наглим растом курса швајцарског франака крајем прве деценије 21. века. Власти у Србији су међу последњима усвојиле системске мере. Утолико је већа њихова правна и политичка одговорност за настали проблем.

На плану приватног права, корисници кредита индексираних у швајцарским францима имају на располагању два института – институт промењених околности и институт одговорности за неизвршење обавезе информисања у предуговорној фази. Нагли раст курса стране валуте је у многим јурисдикцијама прихваћен као околност која оправдава примену института промењених околности. Чак и англосаксонско право, пословично резервисано према могућности измене или раскида уговора због наступања околности које уговор чине комерцијално несврхисходним, познаје случајеве када су судови дозволили ослобађање једне уговорне стране обавезе због наступања околности које чине извршење уговора изузетно отежаним и економски неоправданим. Континентално-европско право је последњих деценија учинило помак у примени института промењених околности, дозволивши суду да мења садржину уговора како би се успоставила или очувала равнотежа узајамних давања. ЗОО ту могућност не познаје, због чега примена института промењених околности у пракси може довести до неправичног исхода за уговорне стране. У нашем праву, у случају да суд усвоји тужбу за раскид уговора због промењених околности, на захтев тужене стране, суд може обавезати тужиоца да јој накнади штету коју због тога трпи. Наши судови су по тужбама за раскид уговора о кредиту индексираних у ЦХФ обавезивали тужиоце на враћање примљеног динарског износа кредита заједно са затезном каматом. Тај износ се умањује за динарски износ плаћених рата кредита, на који се такође обрачунава затезна камата. Коначан исход спора за раскид уговора због промењених околности може бити мање или више повољан за кориснике кредита, зависно од тога када је спор покренут и колико је трајао, те колико дуго је корисник кредита отплаћивао кредит. Исход спора може бити и такав да је корисник кредита у преплати према банци, те да банка њему мора да врати новац. Овде је потребно напоменути да су правила о дејству раскида уговора, укључујући и правило о плаћању затезне камате, предвиђени одредбама ЗОО којима се уређује раскид уговора због неиспуњења.¹⁵³ Примена тих правила на случајеве раскида уговора због промењених околности нема изричито упориште у ЗОО, већ је могућа једино на основу аналогије. Генерално, може се приметити да судски

153 ЗОО, чл. 132.

раскид уговора о кредиту индексираног у ЦХФ због промењених околности не доноси увек правично решење. Неопходна је измена ЗОО која ће дозволити суду да одређује дејство раскида тако да води рачуна о начелу једнакости узајамних давања и равноправности уговорних страна. Дејство раскида никако не би смело да се везује за околности које су за странке неизвесне, као што је тренутак када ће пресуда суда о раскиду постати правноснажна.

Други приступ решењу проблема корисника кредита индексираних у швајцарским францима јесте поништај уговора због повреде обавезе информисања у предуговорној фази. Правна теорија и упоредна судска пракса сагласне су у ставу да се обавеза банака да информишу клијенте о ризицима које преузимају закључењем уговора о кредиту индексираног у иностраној валути заснива на начелу савесности и поштења, те фидуцијарном односу који постоји између банке и њеног клијента. У државама чланицама Европске уније, обавеза информисања уређена је и директивама о заштити потрошача, односно Директивом о потрошачким кредитима. Анализирани случајеви стране судске праксе показују да су банке биле свесне или морале бити свесне опасности које за њихове клијенте наступају прихватањем кредитног задужења у иностраној валути, али да су се немарно односиле према тој чињеници или су, шта више, подстицале клијенте да узимају кредите индексиране у ЦХФ представљајући их као повољније за клијенте. Судови у Европи заузели су став да су уговори о кредиту са валутном клаузулом закључени уз кршење обавезе банке да информише клијента о ризицима које преузима задуживањем у иностраној валути ништави. Став је националних судова европских држава да ништавост валутне клаузуле има за последицу ништавост уговора о кредиту у целини. Валутна клаузула одређује укупну цену кредита, јер се на основу ње обрачунава и износ камате, при чему је и висина каматне стопе опредељена на основу чињенице да је уговорена валутна клаузула. Исправност оваквог становишта потврдио је Европски суд правде.

Правне последице ништавих уговора се у праву ЕУ одређују према националном законодавству. Само изузетно Европски суд правде дозвољава могућност да судови измене уговор, како би се тиме избегле штетне последице за клијенте, уколико би због ништавости уговора клијент био принуђен да врати читав добијени износ кредита одједном. Судска измена уговора допуштена је само под условом да клијент пристане на њу.

У светлу правних правила облигационог права Србије, те наведених ставова правне теорије и европске судске праксе, правно схватање ВКС о ништавости валутне клаузуле и Закон о конверзији стамбених

кредита индексираних у швајцарским францима представљају преседане који омогућају банкама да избегну санкционисање за своје незаконито поступање и спречавају пуну реституцију оштећених корисника кредита. Схватање ВКС о делимичној ништавости уговора о кредиту индексираних у ЦХФ и принудној конверзији у уговор о кредиту индексираних у еврима нема упориште у позитивном законодавству Србије и одступа од досадашње праксе домаћих судова и стране судске праксе. ЗоК флагрантно дискриминише кориснике кредита, фаворизујући дужнике који су се задужили ради набавке стамбене непокретности са дужим роком отплате и искључујући из своје сфере примене дужнике чија је обавеза престала по неком основу пре ступања ЗоК на снагу. Забрана дискриминације је једно од темељних људских права, загарантовано међународним конвенцијама и Уставом Србије.

Народна банка и законодавац Србије морају усвојити системске мере којима ће се уредити питање задуживања грађана и привреде у Србији кредитима индексираним у страниој валути (укључујући и евро), како би се предупредило наступање системског ризика који прети домаћој економији и монетарном систему. Када је реч о проблему постојећих корисника кредита индексираних у швајцарским францима, једино ефикасно решење било би усвајање закона који би омогућио пуну реституцију свих задужених у тој валути. Без такве законске мере, грађанима и привредницима Србије преостаје голгота судских спорова и, врло извесно, тражење правде пред међународним судовима.

Коришћена литература

- Антић Оливер, *Облигационо право*, Београд, 2009.
- Brown Martin, Peter Marrcel, Wehrmüller Simon, *Swiss Franc Lending in Europe*, Swiss National Bank, фебруар 2009, доступно на адреси: https://www.researchgate.net/publication/266862622_Swiss_Franc_Lending_in_Europe_10. 2. 2020.
- Buzsko Michal, Kruppa Dorota, „Foreign Currency Loans in Poland and Hungary – A Comparative Analysis“, *3rd Economics and Finance Conference*, Rome, 14–17. април 2015.
- Буквић Рајко, „Девизна политика Југославије 1945–1990: Искуства и поуке“, *13th International Multidisciplinary Scientific Conference Eurobrand*, 18–20 новембар 2016, Крагујевац, 40–60; MPRA Paper No. 76211, 15. 1. 2017.
- Гершић Глигорије, *Дипломајско и конзуларно право: Теорија о њоврајној сили закона*, Београд, 1995.

- Gianviti François, *Current Legal Aspects of Monetary Sovereignty*, International Monetary Fund, 2004, доступно на адреси: <https://www.imf.org/external/np/leg/sem/2004/cdmfl/eng/gianvi.p>, 10. 2. 2020.
- Дабих Снежана, *Дужности обавештавања при закључењу уговора*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, 2018.
- Eckstein Felix, *Geldschuld und Geldwert*, Berlin, 1932.
- European Central Bank, „Addressing Risks Associated with Foreign Currency Lending in EU Member States“, *Financial Stability Review*, 2010.
- Zavos Harry, „Monetary Damages for Nonmonetary Losses: An Integrated Answer to the Problem of Meaning, Function, and Calculation of Noneconomic Damages“, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 1/2009.
- Jeşin Pinar, „Foreign Currency Loans and Systemic Risk in Europe“, *Federal Reserve Bank of St Louis Review*, мај-јун 2013.
- Јовановић Небојша, *Увод у Common Law уговорно право*, Београд, 2015.
- Jones Evan, „The Foreign Currency Loan Experience in 1980s Australia with Particular Reference to the Commonwealth Bank of Australia“, *The University of Sidney School of Economics and Political Science, Working Papers*, децембар 2005, доступно на адреси: http://www.profuturis.eu/pliki/australia_kredyty_walutowe_opracowanie.pdf, 10. 2. 2020.
- Констатиновић Михаило, *Облијације и уговори, Скица за Законик о облијацијама и уговорима*, Београд, 1969.
- Круљ Врлета, *Монетарно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 1976.
- Legrand Pierre, „Information in formation of contract: a civilian perspective“, *Canadian Business Law Journal*, Vol. 19, 1991.
- Legrand Pierre, „Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared“, *Oxford Journal of Legal Studies*, Nr. 3/1986.
- Lutzi Tobias, „Introducing Imprévision into French Contract Law“, *Ius Commune Workshop on Contract Law 2015*, доступно на адреси: http://www.iuscommune.eu/html/activities/2015/2015-11-26/workshop_1_Lutzi.pdf, 10. 2. 2020.
- Mann Fritz Alexander, *The Legal Aspect of Money*, Oxford, 1954.
- Meyer Thomas, „Die Schuldrechtreform in Deutschland“, *Анали Правној факултету у Београду*, Nr. 3–4/2003.
- Momber Uribe Rodrigo A., *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts*, C. J. Wiarda Institute for Legal Research, Utrecht University, 2011.
- Musy Alberto M., *Disclosure of Information in the Pre-Contractual Bargaining, A Comparative Analysis*, LL.M. University of California, Berkely, 1995.

- Musy Alberto M., „The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose: Comparative Analysis in New Differences in Legal Cultures“, *Working Paper Series, International Centre for Economic Research*, 2000.
- Орлић Миодраг, *Закључење ујовора*, Београд, 1993.
- Перовић Слободан, *Закон о облигационим односима*, Београд, 1995.
- Перовић Слободан, *Рејроактивност закона и других ојшћих акаћа*, Београд, 1987.
- Pietrancosta Alain, „Introduction of the hardship doctrine („théorie de l'imprévision“) into French contract law: A mere revolution on the books?“, *German-French Symposium of Company Law and Capital Market Law*, Max Planck Institute, 2016.
- Poole Jill, *Contract Law*, Oxford, 2016.
- Rosenn Keith S., „Protecting Contracts from Inflation“, *The Business Lawyer*, јануар 1978.
- Smits Jan, „The Principles of European Contract Law and the Harmonisation of Private Law in Europe“, *La Tercera Parte de Los Principios de Derecho Contractual Europeo* (ed. Antoni Vacquer), Valencia, 2005.
- Ђорић Драгана, *Принцип сћечених йрава и рејроактивно дејсћиво закона*, докторска дисертација, Правни факултет у Нишу, 2011.
- Fox David, „The Case of Mixed Monies: Confirming Nominalism in the Common Law of Monetary Obligations“, *Cambridge Law Journal*, март 2011.
- Halpen Sheldon W., „Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for ‘the Wisdom of Solomon’“, *University of Pennsylvania Law Review*, Nr. 5/1987.
- Hirshberg Eliyahu, „Modern Problems of Monetary Law“, *The Comparative and International Law Journal of South Africa*, Nr. 2/1973.
- Camero Jennifer, „Mission Impracticable: The Impossibility of Commercial Impracticability“, *The University of Hampshire Law Review*, Nr. 1/2015.
- Casu Barbara, Girardone Claudia, Molyneux Philip, *Introduction to Banking*, Prentice Hall, Harlow, 2006.

Dijana MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ, PhD

Full-time professor at the University of Istočno Sarajevo Faculty of Law

ONCE AGAIN ON LOANS INDEXED IN SWISS FRANCS

Summary

The problem of loans indexed in Swiss francs has stimulated the debate regarding the legality of these loans and the legality of state intervention to protect debtors during the last decade. The problem is not new since the issue of changes in the value of monetary obligations has occupied a legal mind for many centuries. The theory of monetary nominalism has been generally used in comparative law to regulate monetary obligations, while the valorist theory has served as its corrective. It is necessary to answer under which conditions the nominalist theory should step back, and the valorist theory should be applied? In search for the answer, the author explains the development of the institute of changed circumstances (rebus sic stantibus), emphasizing the contemporary approach to allow for the accepting of the extraordinary changes of commercial factors and the subsequent frustration of the contract's commercial purpose as justifications for the breach of contract or its amendment by courts. The European countries have solved the problem of loans indexed in Swiss francs by adopting special laws on the conversion of the CHF debts and by annulling the CHF loans on the grounds of the failure of banks to inform their customers about risks related with the undertaking of debts indexed in foreign currency. The author analyses the Serbian Law on conversion of living property loans indexed in Swiss francs and the legal opinion of the Serbian Supreme Cassation Court on the nullity of the Swiss francs contract clause in the light of comparative law views on the issues of the changes in the value of monetary obligations and the duty to inform in pre-contractual stage.

Key words: *Monetary nominalism. – Valorist theory. – Changed circumstance. – Duty to inform in pre-contractual stage. – Foreign currency clause.*

Датум пријема рада: 20. 1. 2020.

Датум прихватања рада: 5. 2. 2020.