

NEZAKONITOSTI UGOVORA O KREDITU SA VALUTNOM KLAUZULOM U ŠVAJCARSkom FRANKU

Piše:

prof. dr. Milan BLAGOJEVIĆ, sudija Okružnog suda u Banjaluci

I. Uvodne napomene

Već duži niz godina u Bosni i Hercegovini (kao i u zemljama iz našeg okruženja) prisutan je problem vezan za pravnu važjanost brojnih ugovora o kreditu sa valutnom klauzulom u švajcarskom franku. Oko tog pitanja postoje podijeljena mišljenja ne samo u široj javnosti, već i u domaćoj profesionalnoj zajednici. Dok jedni smatraju da se u ovom slučaju radi o pravno valjanim ugovorima, drugi imaju sasvim suprotno mišljenje.

U ovom radu iznijećemo suštinu oba shvatanja te ponuditi i sopstveno razmišljanje o ovom problemu. Da bi se razumjela njegova suština, pa tako i shvatanja pobornika i protivnika ovih ugovora, neophodno je najprije izložiti suštinske odredbe tih ugovora na koje se nailazi u praksi, jer će se samo na taj način potpuno i pravilno razumjeti ova problematika. Stoga će ovaj rad obuhvatiti tri cjeline. U prvoj od njih izložićemo relevantne ugovorne odredbe iz prakse uz, razumno, izostavljanje dijelova koji identifikuju ugovorne strane. Ugovorne odredbe o kojima je riječ u nastavku su one na koje smo naišli u praksi i za koje smatramo da predstavljaju suštinu ovog problema. Potom ćemo u najkraćem izložiti suštinu shvatanja prema kojima se radi o pravno dozvoljenim odredbama, nakon čega slijedi suština shvatanja protivnika ovakvog načina ugovaranja. Završni dio rada predstavlja naše viđenje ovog problema.

II. Relevantne ugovorne odredbe

Praksa na koju smo naišli u vezi sa ovim problemom pokazuje kako se ugovorne strane (banka i korisnik kredita) dogovore da banka daje korisniku kredit (namjenski ili nenamjenski) u iznosu određenom u švajcarskim francima, ali se odmah zatim ugovara da *banka u stvari korisniku ne stavlja na raspolaganje švajcarske franke nego mu daje odgovarajuću protivvrijednost u domaćoj valuti* (konvertibilnim markama). Potom se ugovara da će korisnik kredita vraćati kredit u ratama čiji je pojedinačni novčani iznos određen u švajcarskim francima (npr. rata od 1.530 švajcarskih franaka mjesечно), koje se

naplaćuju u konvertibilnim markama obračunatim po srednjem kursu banke na dan uplate svake pojedinačne rate kredita. Osim ovog prava, banka za sebe istim ugovorom ugovara i ugovornu kamatu na kredit, vezanu za godišnji Libor i uz odgovarajuću kamatnu maržu. Na kraju se ugovorom predviđi promjenjivost kamatne stope tokom trajanja ugovora, ali na način da korisnik kredita prihvata da se naknadno, bez njegove prethodne saglasnosti, vrše izmjene visine kamatne stope posebnim odlukama o kamatnim stopama koje donosi banka. Drugim riječima, banka na ovaj način omogućuje sebi da kasnije u toku trajanja ugovora ona sama mijenja kamatnu stopu. Praksa s tim u vezi je pokazala da se na osnovu ovakvih ugovornih odredbi korisnici kredita dovode u situaciju da, i nakon isteka ugovorenog roka, ne mogu otplatiti kredit banci, jer i nakon njegovog isteka opet imaju dug prema banci. To potvrđuju brojni primjeri iz naše stvarnosti, od kojih ćemo ovdje iznijeti samo jedan od njih koji će u dovoljnoj mjeri ilustrovati prethodno rečeno.

Tako je u jednom ugovoru o kreditu iz 2007. godine, zaključenom uz valutnu klauzulu u švajcarskom franku, banka odobrila kredit korisniku kredita u nominalnom iznosu od 126.385 švajcarskih franaka, ali mu nije dala na raspolaganje švajcarske franke već protivvrijednost u domaćoj valuti u izosu od 150.000,56 KM. Ugovreno je da kredit traje 15 godina, odnosno 180 mjesecišnih anuiteta, a da mjesecna rata kredita iznosi 1.530 švajcarskih franaka, da se obračunava u tim francima i naplaćuje u konvertibilnoj marci obračunatoj po srednjem kursu banke na dan uplate svake pojedinačne rate kredita. Pored toga, banka je za sebe ugovorila i redovnu kamatu po kamatnoj stopi od 8,25% godišnje na iznos kredita, s tim što je ugovorena promjenjiva kamatna stopa (vezana za godišnji Libor plus kamatna marža od 6,75% godišnje). Na sve ovo banka je u posebnom članu ugovora za sebe ugovorila i da korisnik kredita izričito prihvata sve naknadne izmjene visine kamatne stope „... u skladu s kretanjima i dinamikom promjene Libora na tržištu kapitala i izmjena i dopunama Odluka o kamatnim stopama banke, koje se smatraju sastavnim dijelom ugovora“.

Dakle, primjetno je da banka na ovaj način kasnije promjene kamatne stope ne vezuje samo za kretanja i dinamiku promjene Libora na tržištu kapitala, već i za izmjene i dopune svojih odluka o kamatnim stopama. Ovakav zaključak se naprosto nameće iz prethodno citirane ugovorne odredbe, budući da je u njoj jasno rečeno da se naknadne izmjene visine kamatne stope uskladjuju ne samo sa kretanjima i dinamikom promjene Libora, već i sa izmjenama i dopunama odluka banke o kamatnim stopama.

strana (1)



III. Shvatanja *pro et contra* ovakvih ugovornih odredbi

Kao što sam i naglasio u uvodu ovog rada, u praksi postoje divergentna shvatanja o pravnoj dopuštenosti ovakvog ugovaranja, jer jedni smatraju da ovakve ugovorne odredbe u sebi ne sadrže ništa nedopušteno, dok njihovi protivnici smatraju da se radi o pravno nedopuštenim (ništavim) ugovorima.

Suština prvog shvatanja polazi od toga da se radi o ugovoru i da je korisnik kredita potpisivanjem ovakvog ugovora pristao i na sve prethodno navedene uslove. Tako se u jednoj presudi od 20. 1. 2015. godine s tim u vezi kaže:

„Takođe, u ovom dijelu tužbenog zahtjeva (*kojim je korisnik kredita kao tužilac tražio da se utvrdi da su ništave navedene ugovorne odredbe – op. a.*) sud cijeni da je ovaj aranžman podrazumijevao veći rizik za tužioca, ali je tužilac na taj rizik pristao svojom voljom. Banka je preuzeila obaveze na deviznom tržištu novca (*ovdje sud prihvata tvrdnju banke da se prethodno na tržištu novca zadužila u švajcarskim francima koje je kasnije plasirala kroz ovakve ugovore o kreditu – op. a.*), te se u skladu sa bankarskim propisima zaštitala od deviznog rizika valutnom klauzulom, a zauzvrat je klijentima ponudila povoljnije ostale uslove – manju kamatnu stopu u odnosu na ostale kredite dostupne na tržištu“.

Potom se sud poziva na član 395. Zakona o obligacionim odnosima, kojim je propisano da ako novčana obaveza glasi na plaćanje u nekoj stranoj valuti ili zlatu, njeno ispunjenje se može zahtijevati u domaćem novcu prema kursu koji važi u trenutku ispunjenja obaveze. U konačnom, sud najprije ponavlja stav da je korisnik kredita pristao da mu mjesечna rata kredita iznosi 1.530 švajcarskih franaka, da se obračunava u tim francima a naplaćuje u konvertibilnoj marci; iz čega se, pozvanjem na član 395. Zakona o obligacionim odnosima, u završnom dijelu zaključuje kako u navedenim ugovornim odredbama nema ničega što je protivno zakonu.

Nedavno je i Vrhovni sud Federacije BiH zauzeo pravno shvatanje o ovom pitanju na način koji, u bitnom, ne odstupa od prethodno navedenog stava. S obzirom na to da se radi o prvom slučaju da je jedan od vrhovnih sudova u Bosni i Hercegovini zauzeo pravno shvatanje o ovome, u nastavku ćemo iznijeti odgovarajuće dijelove iz odluke Vrhovnog suda Federacije BiH, broj 58 O P 135023 16 Spp od 25. maja 2016., kao i pravnog shvatanja Građanskog odjeljenja tog suda takođe od 25. maja 2016. godine. U ovim aktima Vrhovni sud Federacije BiH iznosi sljedeće stavove (kurziv u citatu je naš):

„(...) Prvo po redu sporno pitanje od čijeg rješenja zavisi odlučivanje po ostalim pitanjima, odnosi se na određenje pravne prirode ugovora, tj. da li se radi o deviznom kreditu ili ugovoru sa valutnom klauzulom.

Odgovor na to pitanje nalazi se u sadržini ugovora stranaka zaključenog dana 14. 2. 2007. godine, kojim su ugovorili sljedeće: da je tužena Banka pravotužitelju, kao korisniku kredita, odobrila kreditna sredstva u iznosu od 96.000,00 CHF, u pravtvrjednosti KM, po srednjem tečaju na dan plasmana kredita; da su čl. 2. ugovora ugovarači utvrdili način i rok otplate kredita, datum dospijeća i iznos rate, kamatnu stopu i troškove obrade kredita, kao i da se kredit plasira u KM valuti po srednjem tečaju

CHF na dan plasmana; da je rok otplate kredita 180 mjeseci; da će se kredit otplaćivati u mjesecnim ratama; da iznos rate dospijeva prvog dana narednog mjeseca po izvršenom prenosu kredita u otplatu, tj. 30 dana računajući od dana prenosa kredita u otplatu; da je rata u trenutku zaključenja ovog ugovora iznosila 914,85 CHF i ista se otplaćivala u KM po srednjem tečaju CHF na dan uplate.

Krediti u stranoj valuti (devizni kredit) predstavljaju kredite plasirane (isplaćene) u stranoj valuti čija se otplata vrši također u stranoj valuti. Takvi ugovori između fizičkih lica i banaka nisu bili dopušteni ni u vrijeme zaključenja ovog pravnog posla, kao što to nisu ni danas.

Iz sadržine navedenih ugovornih odredaba se vidi da je kredit plasiran u KM, u kojoj se valuti vrši plaćanje anuiteta

UPRAVNA PRAKSA

POSTUPAK I PRAVNE POSLJEDICE ZAMJENE RJEŠENJA OD STRANE PRVOSTEPENOGL ORGANA

Prvostepeni organ ovlašten je da nakon prijema žalbe ispitava njenu formalnu ispravnost i ukoliko je ne odbaci kao neurednu, dužan je da u roku od osam dana pošalje žalbu organu nadležnom za rješavanje o žalbi.

Pored navedenog ovlaštenja, prvostepeni organ ima zakonsku mogućnost i da zamijeni svoje rješenje, odnosno drugačije odluci u toj upravnoj stvari, ali pod uvjetom da prethodno utvrdi da je žalba opravdana i da nije potrebno provoditi novi ispitni postupak. Navedeni uvjeti moraju biti ispunjeni kumulativno, odnosno da je žalba opravdana i da nije potrebo provoditi novi ispitni postupak.

Za razliku od ispitivanja formalne ispravnosti žalbe, kada je prvostepeni organ obvezan odbaciti žalbe ukoliko je neuredna, kod zamjene rješenja prvostepeni organ nema obavezu već može upravnu stvar rješiti drugačije ako nesumnjivo utvrdi da je žalba opravdana, odnosno da je nesumnjivo pogriješio kod donošenja rješenja.

Kod zamjene rješenja prvostepeni organ postupa po žalbenim navodima, te se u tom smislu ne može mijenjati na štetu podnosioca žalbe, ali ni u njegovu korist ako to prelazi zahtjev koji je naveden u žalbi.

Institut zamjene rješenja od strane prvostepenog organa, u pravilu, može se primijeniti u jednostranačkim upravnim stvarima.

U višestračkim stvarima zamjena rješenja može se primijeniti samo pod uvjetom da se novim rješenjem ne dira u prava koja su ranijim rješenjem priznata drugim stranama.

Dakle, povodom izjavljene žalbe prvostepeni organ može zamijeniti svoje rješenje samo ukoliko novim rješenjem ne dira u prava protivne strane.

Postavlja se pitanje da li se kod zamjene rješenja mora udovoljiti svim ili samo nekim zahtjevima iz žalbe, odnosno udovoljiti žalbi u cjelini.

odnosno otplata kredita, pa bi se po shvatanju Građanskog odjeljenja ovog suda, radilo o kreditu sa valutnom klauzulom. *Valutna klauzula je instrument obezbjeđenja za banku kojim se ona štiti od gubitka vrijednosti domaće valute, što praktično znači da se kredit koji banka daje veže za vrijednost strane valute*, najčešće eura ili švajcarskog franka. Valutna klauzula predstavlja ugovaranje vrijednosti obaveze u devizama (valuta obaveze), s tim što se plaćanje i naplaćivanje po tim ugovorima vrši u KM, koja predstavlja valutu isplate (čl. 395. ZOO-a). U vrijeme zaključenja ugovora (2007. godine) niti jednom odredbom Zakona o deviznom poslovanju nije bilo zabranjeno fizičkim licima da, pod uslovima utvrđenim u ugovoru, sa bankama zaključuju ugovore sa valutnom klauzulom i da potraživanja u domaćoj valuti revalorizuju vežući ga za određeni

Ukoliko se odluči na zamjenu rješenja kada utvrdi da je žalba opravdana a nije potrebno provoditi novi ispitni postupak, prvostepeni organ će, u novom rješenju, udovoljiti svim zahtjevima iz žalbe jer se rješenje ne može mijenjati nezavisno od žalbe jer je povodom žalbe i zamijenjeno.

U upravnoj praksi kod zamjene rješenja nadležni organ uprave koristi pojam „izmjene“ rješenja, što je pogrešno jer prvostepeni organ zamjenjuje rješenje na koje je izjavljena žalba i donosi novo rješenje.

Prvostepeni organ je ovlašten da zamijeni rješenje i u slučaju kada utvrdi, povodom žalbe, da je postupak bio nepotpun, a to je uticalo na rješavanje upravne stvari, te će postupak upotpuniti i prema rezultatima dopunjene postupka u granicama zahtjeva stranke rješiti drugačije novim upravnim aktom. Novo rješenje može se zamijeniti samo u slučaju da se udovolji zahtjevu stranke kada se ocijeni da je žalba opravdana, a ukoliko ista po ocjeni prvostepenog organa nije opravdana, žalbu će uputiti nadležnom drugostepenom organu na odlučivanje.

Protiv rješenja kojim se zamjenjuje prvostepeno rješenje stranka ima pravo žalbe kao i kod svih prvostepenih upravnih akata.

Kod zamjene prvostepenog rješenja, odnosno donošenja novog rješenja povodom žalbe postupa se po načelu efikasnosti i načelu ekonomičnosti postupka prema kojem se upravni predmeti rješavaju brzo, potpuno i kvalitetno, odnosno brzo i sa što manje troškova i gubitka vremena za stranku i druge osobe koje učestvuju u postupku i tako da se pribavi sve što je potrebno za pravilno utvrđivanje činjeničnog stanja i za donošenje zakonitog i pravilnog rješenja.

Pravne posljedice zamjene prvostepenog rješenja su da novo rješenje djeluje unatrag jer je doneseno na osnovu opravdanih zahtjeva podnosioca žalbe i bez vođenja novog ispitnog postupka, pa je u tom smislu pravično da stranka ne trpi štetne posljedice zbog pogrešnog rada prvostepenog organa.

Rješenje o zamjeni ranijeg rješenja je novo rješenje, a kako je iovo prvostepeno rješenje, protiv njega se može izjaviti žalba u kojoj stranka može iznijeti razloge koje nije iznijela u žalbi protiv prvobitnog rješenja koje je zamijenjeno novim prvostepenim rješenjem.

Mensur HADŽIMUSIĆ, advokat

iznos strane valute. Ugovorenna valutna klauzula nije bila zabranjena ni odredbom čl. 394. ZOO-a (načelo monetarnog nominalizma) jer tužitelj ugovorom nije preuzeo obavezu isplate KM u određenom broju novčanih jedinica, u kom bi se slučaju striktno moralo primjeniti ovo načelo, već je ugovorio protuvrijednost strane efektivne valute u iznosu koji će se na osnovu ugovorenog pokazatelja precizno odrediti u momentu ispunjenja.

Pošto se u ovom slučaju radilo o kreditu sa valutnom klauzulom čije je ugovaranje bilo dopušteno, to je predmetni ugovor pravno valjan pa ne nalaze primjenu odredbe člana 103. i 105. ZOO-a.

Odgovori na pitanja da li je predmetna obaveza koja se odnosi na promjenljivu kamatnu stopu bila jasna, određena odnosno odrediva, nalaze se u odredbama člana 47. ZOO-a kojim je propisano da „kad je predmet obaveze nemoguć, nedopušten, neodređen i neodrediv, ugovor je ništav“.

Predmet obligacije može biti samo radnja imovinskog karaktera, koja mora biti moguća i dopuštena. Određenost radnje u pravilu treba da postoji već u času nastanka obligacije, ali i buduća radnja je određena kada je sa dovoljno pojedinosti označena, odnosno individualizovana tako da se može sa sigurnošću utvrditi u čemu se ona sastoji i šta sve dužnik treba da učini u smislu izvršenja pravnog posla. Odrediva je ona radnja za koju u zakonu ili ugovoru postoje elementi po kojima se ona može odrediti.

Po shvatanju ovog suda, ugovorenna promjenljiva kamatna stopa iz predmetnog Ugovora, nije bila određena, ali je bila odrediva. (...)

Iz navedene ugovorne odredbe slijedi da su stranke ugovorele kamatnu stopu koja je u momentu zaključenja ugovora bila određena i iznosila 8,23%, a koja se tokom postojanja ugovora o kreditu mijenjala u skladu sa jednostranim odlukama i drugim aktima banke. Na taj način su obje strane preuzele rizik promjene deviznog kursa referentne kamatne stope na valutu CHF.“

Kako vidimo, Vrhovni sud Federacije BiH u ovom pravnom shvatanju svoju pažnju usredsređuje samo na to da odredi kako se u slučaju ovih ugovora ne radi o deviznom kreditu nego o kreditu sa valutnom klauzulom. Prema ovom sudu, ugovaranje valutne klauzule kakva se ugovara predmetnim ugovorima je pravno dozvoljeno, a ona: „...je instrument obezbjeđenja za banku kojim se ona štiti od gubitka vrijednosti domaće valute, što praktično znači da se kredit koji banka daje veže za vrijednost strane valute...“. Primjetno je da je ovim, kao i preostalim dijelom svog pravnog shvatanja, taj sud propustio da pravnu (ne)valjanost ugovaranja ovakve klauzule uopšte cijeni sa stanovišta načela savjesnosti i poštovanja, koji predstavljaju pri-nudne propise iz člana 12. Zakona o obligacionim odnosima. Navedeni propust još više pada u oči, ako se ima u vidu da ovaj sud u svom pravnom shvatanju kaže: „...da su stranke ugovorele kamatnu stopu (...) koja se tokom postojanja ugovora o kreditu mijenjala u skladu sa jednostranim odlukama i drugim aktima banke. Na taj način su obje strane preuzele rizik promjene deviznog kursa referentne kamatne stope na valutu CHF“.

Dakle, sud zapaža i priznaje kako je predmetnim ugovorom banka pribavila sebi pravo da u toku trajanja ugovora ona jednostrano mijenja ugovornu kamatu (*bez saglasnosti druge ugovorne strane*), ali nakon toga propušta da utvrdi pravnu nevaljanost takve ugovorne odredbe s obzirom na *načelo ravnopravnosti učesnika u obligacionim odnosima* (član 11. Zakona o obligacionim odnosima), kao i *načela savjesnosti i poštenja*. Umjesto toga, ova ugovorna odredba za Vrhovni sud Federacije BiH predstavlja, nažalost, samo „...rizik promjene deviznog kursa referentne kamatne stope na valutu CHF“.

Citirana shvatanja su pravno nevaljana iz razloga sadržanih u završnom dijelu ovog rada. No, prije njihovog iznošenja potrebno je ukazati na suštinu stava onih koji smatraju da ovakve ugovorne odredbe predstavljaju pravno nedopušteno ugovaranje. Prema njima, u ovakvim slučajevima radi se o ništavim ugovornim odredbama, uz najčešće samo tvrdnju kako se time povređuju načela savjesnosti i poštenja iz člana 12. Zakona o obligacionim odnosima. Međutim, izostaje, po našem mišljenju, valjana i potpuna pravna argumentacija za ovaj inače pravilan stav. Iz tih razloga čemo u završnom dijelu ovog rada iznijeti sopstvenu argumentaciju na osnovu koje smatramo da su navedene ugovorne odredbe protivne prinudnim propisima i da su zbog toga ništave. Učinimo to opet na jednom primjeru iz sopstvene sudske prakse, u kojem smo prilikom odlučivanja iznijeli svoje neslažuće mišljenje koje je suprotno većinskoj odluci u tom predmetu.

IV. Završno izlaganje

U konkretnom slučaju (a takvi su i brojni drugi slučajevi na koje se odnose ovakvi ugovori) iz stanja dokaza u spisu proizlazi, što među parničnim strankama nije sporno, da je između njih 12. 2. 2007. godine zaključen predmetni ugovor o namjenskom stambenom kreditu uz valutnu klauzulu u švajcarskom franku, kako nominalno stoji u naslovu tog ugovora. Već iz sadržine tog ugovora (član 2.) proizlazi da je u njemu navedeno kao da tužena daje kredit tužiteljki u iznosu od 32.950 švajcarskih franaka, ali se odmah zatim u ugovoru kaže da, u stvari, tužena ne daje tužiteljki švajcarske franke nego joj isplaćuje konvertibilne marke po srednjem kursu tužene za devize na dan puštanja kredita u korištenje.

Dakle, prva važna (odlučna) činjenica, koja među strankama nije sporna, jeste to da banka kao tužena tužiteljki nije dala švajcarske franke nego konvertibilne marke. Na ovo ukazujemo zbog toga što, iako nije dala švajcarske franke, tužena za sebe ugovara da joj tužiteljka ipak vraća švajcarske franke, ali je to tužena učinila na način koji je nesavjestan i nepošten. Naime, tužena to čini na način što za sebe ugovara da joj tužiteljka prilikom svake uplate rate kredita tu ratu uplaćuje u onoj količini konvertibilnih maraka koja odgovara vrijednosti švajcarskog franka na dan uplate rate kredita. To, po našem mišljenju, jednostavnim riječima ne znači ništa drugo do da je na ovaj način tužena ugovorila za sebe isto kao da joj tužiteljka na dan uplate svake rate kredita treba platiti onu količinu švajcarskih franaka kojoj odgovara količina konvertibilnih maraka

na dan uplate rate kredita. To je suprotno načelima savjesnosti i poštenja, zbog činjenice da tužiteljka po ovom ugovoru nije ni vidjela, a kamoli primila švajcarske franke.

S tim u vezi dalje ukazujemo na činjenicu da tužena banka u ovoj parnici ničim nije dokazala svoju tvrdnju da je ona navodne švajcarske franke koje nominalno navodi u ugovoru kupila negdje na berzi novca, pa da navodno po tom osnovu ona za sebe ugovara ovo što ugovara, kako ne bi bila na gubitku zbog kasnije kursne razlike. Kada se stranka u bilo kojoj parnici, pa tako i u ovoj, poziva na nešto, tj. iznosi određenu tvrdnju, onda je na njoj da to i dokaže (*Onus probandi incubit ei qui affirmat, non ei qui negat*). Drugim riječima, pošto tužena iznosi tvrdnju da je, prije plasiranja kreditnih sredstava, na nekoj berzi novca kupila švajcarske franke i da te franke plasira u ovakve kredite, onda je sasvim prirodno i jedino ispravno da tužena to u svakoj parnici, pa i u ovoj konkretnoj, dokaže odgovarajućim dokazima. Međutim, tužena to nije ni na koji način učinila, pa ostaje da joj vjerujemo samo na riječ, što je suprotno članu 123. stav 1. Zakona o parničnom postupku.

Sljedeće na šta želimo ukazati jeste to da sve i da je tužena dokazala da je prethodno kupila švajcarske franke na berzi novca, to joj ne daje za pravo da za sebe ugovara ono što je ugovorila članom 2. predmetnog ugovora, jer je taj član protivan načelima savjesnosti i poštenja u smislu na koji smo prethodno ukazali, kao i zbog razloga koji slijede u nastavku. Naime, ovdje se radi o ugovoru o kreditu, a prema članu 1065. Zakona o obligacionim odnosima banka po osnovu tog ugovora može za sebe ugovoriti samo dva prava. Prvo pravo banke je da joj korisnik kredita vrati dobijeni iznos novca, a drugo pravo banke je ugovorna kamata. Dakle, važećim zakonom svakoj banci, pa tako i tuženoj u slučaju predmetnog ugovora, pripadaju samo ova dva prava. Kako vidimo, prvo pravo banke je da joj korisnik kredita vrati dobijeni iznos novca što, po našem mišljenju, ukazuje na nezakonitost člana 2. predmetnog ugovora kojim je tužena za sebe ugovorila, u smislu na koji smo prethodno ukazali, da joj tužiteljka u suštini vraća ne konvertibilne marke kao dobijeni iznos novca, već švajcarske franke. Naime, kada banka ugovori za sebe to što je tužena ugovorila članom 2. predmetnog ugovora, to nije ništa drugo do faktičko vraćanje kredita u švajcarskim francima, jer je u novčanom smislu korisniku kredita svejedno da li on daje domaću valutu ili inozemni švajcarski frank, ako je, kao u konkretnom slučaju, banka ugovorila za sebe da svaka pojedinačna rata kredita mora biti u onom iznosu koji odgovara iznosu švajcarskih franaka na dan uplate svake pojedinačne rate kredita.

U vezi s tim je i drugo pravo banke iz ugovora o kreditu, a koje joj pripada saglasno članu 1065. Zakona o obligacionim odnosima. Ta zakonska odredba daje pravo banci samo na ugovornu kamatu na plasirana novčana sredstva. Dakle, ne može banka pored kamate za sebe ugovarati još nešto, pa tako ni ono što je ugovorila članom 2. predmetnog ugovora (praktično još jednu kamatu, pod plaštom kursne razlike između švajcarskog franka i domaće valute pomoći koje banka nezakonito kamatar). Ako je tužena, kao što tvrdi (a što nije dokazala), na berzi novca prethodno kupila švajcarske franke i onda ih navodno plasirala u kredite poput ovog predmetnog,

onda joj prema zakonu ne pripada pravo koje je za sebe ugovorila članom 2. predmetnog ugovora, jer je taj član protivan načelima savjesnosti i poštenja kao i članu 1065. Zakona o obligacionim odnosima. Umjesto toga, tužena je kao banka imala mogućnost da u ugovornim odredbama, koje se odnose na ugovornu kamatu, ugovori veću stopu te kamate, kako bi sebe zaštitila od eventualne kursne razlike na njenu štetu. Da je to učinila na takav način, dakle kroz ugovornu kamatu, onda to ne bi bilo protivno prinudnim propisima, ali bi u tom slučaju ugovorna kamata bila mnogo veća, pa je pitanje koliko bi se uopšte klijenata odlučilo da vraća kredit po znatno višim ugovornim kamatama u odnosu na onu od 6,75%, kakvu je tužena nominalno ugovorila za sebe ovim ugovorom. Svjesna da bi u tom slučaju broj klijenata koje želi privući na ovakve kredite bio znatno manji, jer bi ugovorna kamata bila mnogo veća, tužena nesavjesno i nepošteno privlači klijente navodeći da je, kao u konkretnom slučaju, ugovorna kamata 6,75%, a onda za sebe protivno zakonu ugovara (članom 2. predmetnog ugovora) i još jedno pravo (u suštini još jednu kamatu po osnovu kursne razlike za švajcarski frank u odnosu na domaću konvertibilnu marku), koje joj ne pripada prema članu 1065. Zakona o obligacionim odnosima i nije savjesno niti pošteno.

To što je tužiteljka pristala na takvu ugovornu odredbu ne može konvalidirati ovaj ugovor u njegovom relevantnom dijelu, jer je član 2. tog ugovora protivan načelima savjesnosti i poštenja (član 12. Zakona o obligacionim odnosima), kao i članu 1065. tog istog zakona. Zbog svega toga ne može se primijeniti odredba člana 395. Zakona o obligacionim odnosima. U vezi sa ovim nephodno je podsjetiti i na odredbu člana 163. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima, koja se treba shodno primijeniti i u slučajevima kakav je ovaj predmetni. Prema toj odredbi, ništava je izjava oštećenika kojom je pristao da mu se učini šteta radnjom koja je zakonom zabranjena. Ako se uzmu u obzir sva prethodno izložena argumentacija i relevantni prinudni propisi, zabranjeno je da banka ugovara za sebe ono što je ugovorila navedenim ugovornim odredbama, uslijed čega je ništava i izjava korisnika kredita kojom je pristao na takve zakonom zabranjene ugovorne odredbe kojima mu se nanosi šteta.

Imajući u vidu prethodno iznijete razloge, zbog njih je ništav i član 3. predmetnog ugovora, jer je njime utvrđena stvarna rata kredita u iznosu od 287,93 švajcarska franka.

Ništavan je i član 12. predmetnog ugovora, iz razloga na koje ukazujemo u nastavku, a kojim je ugovorena promjenjivost ugovorenih kamatne stope. Tim članom tužena je ugovorila za sebe doslovno slijedeće:

„Korisnik kredita svojim potpisom na ovom ugovoru izjavljuje da je saglasan i da prihvata primjenu Odluke o kamatnim stopama, kao i sve njene kasnije izmjene i dopune.“ W

U vezi sa citiranim najprije ističemo kako je članom 10. Zakona o obligacionim odnosima propisano da se obligacioni odnosi ne mogu uređivati suprotno prinudnim propisima. Jeden od tih propisa je član 11. Zakona o obligacionom odnosima, kojim je propisano da su učesnici u obligacionom odnosu ravnopravni. Nema te ravnopravnosti ako samo jedan

ugovarač, kao tužena banka u konkretnom slučaju, može određivati jednostrano neki od elemenata ugovora tokom njegovog trajanja, kao što je promjena visine kamatne stope, pa i kamatne marže kao dijela te stope. Dakle, suprotno je prinudnom propisu o ravnopravnosti učesnika u obligacionim odnosima kada jedan ugovarač tokom trajanja ugovora ne može učestvovati u pregovaranju i ugovaranju promjene bilo kojeg elementa iz tog ugovora, pa tako i onog u vidu kamatne stope koju je tužena jednostrano mijenjala (naravno, njenim povećanjem u sopstvenu korist), pozivanjem na član 12. predmetnog ugovora. Pored toga, taj član je suprotan i načelima savjesnosti i poštenja kao prinudnim propisima iz člana 12. Zakona o obligacionom odnosima. Protivno je kako savjesnosti tako i poštenju da samo jedan ugovarač u obligacionom odnosu u toku njegovog trajanja odlučuje o takvom elementu kakav je kamatna stopa. Takva ugovorna odredba, a zatim i postupanje banke kao samo jednog ugovarača, nije ugovaranje već jednostrano odlučivanje od strane jednog ugovarača, što se protivi pravnoj prirodi obligacionog odnosa. Naime, ugovorni odnos je obligacioni odnos između ravnopravnih strana, u kojem nijedna strana ne može nametati svoju volju drugoj ugovornoj strani u pogledu bilo kojeg elementa, jer u tom slučaju takav pravni odnos prestaje biti obligacioni i pretvara se u odnos u kojem jedna strana nameće svoju volju drugoj strani (što je svojstveno upravnopravnom odnosu). Pored toga, član 12. predmetnog ugovora omogućuje banci da u nedogled donosi odluke o promjeni kamatne stope (a to znači i kamatne marže), čime se korisnik kredita potencijalno dovodi u situaciju da dok je živ ne može otplatiti kredit, što se u stvarnosti i potvrđuje upravo na ovakvim ugovorima u švajcarskim francima. Naime, postala je gotovo opštepoznata činjenica da korisnici kredita po osnovu ovakvih ugovora i nakon višegodišnje otplate tih kredita budu u situaciji da nisu ni raspolovili dug prema banci, a sve to je omogućeno upravo ovakvim nezakonitim odredbama iz ugovora kakav je i ovaj predmetni. Na taj način tužena je, htjeli mi to priznati ili ne, sebi, suprotno prinudnim propisima, omogućila sticanje nesrazmjerne imovinske koristi, što je i elemenat iz bića krivičnog djela zelenštva iz člana 245. stav 2. Krivičnog zakona Republike Srbije.

Prema tome, i član 12. predmetnog ugovora je ništav jer je, u smislu na koji smo prethodno ukazali, protiván prinudnim propisima (čl. 10., 11. i 12. Zakona o obligacionom odnosima).

Prema članu 109. stav 1. istog zakona, na ništavost sud pazi po službenoj dužnosti. Članom 104. stav 1. tog zakona propisano je da, u slučaju ništavosti ugovora, svaka ugovorna strana ima obavezu da vrati drugoj strani sve ono što je primila po osnovu takvog ugovora, ako je to moguće (a u konkretnom slučaju jeste) i ako se priroda onog što je ispunjeno ne protivi vraćanju (u konkretnom slučaju priroda onog što je tužiteljka ispunila tuženoj ne protivi se vraćanju, tj. da se tužiteljki vrati sve ono što je više dala tuženoj po osnovu navedenih nezakonitih ugovornih odredbi). Svako drugačije odlučivanje od strane suda vodi u povodu ne samo prethodno navedenih prinudnih zakonskih propisa, već u konačnom ima za posljedicu i povodu ustavnog prava na imovinu korisnika ovih kredita.