

Overeni prevod sa španskog jezika

PRVOSTEPENI ISTRAŽNI SUD br. 4
Ul. Secundino Alonso br. 20
Puerto del Rosario
Telefon: 928 85 95 98
Faks: 928 85 96 21

Postupak: Prodaja nepokretnosti hipotekarnog dužnika
Br. postupka: 0000230/2013
(NIG) Generalni identifikacioni broj predmeta:
3501741120130002805
Materija: nije navedeno
Rešenje: Odluka 000165/2016
Broj predmeta: PR2013005656

<u>Strane</u>	<u>Strane:</u>	<u>Advokat:</u>	<u>Sudski zastupnik:</u>
Izvršitelj	ALCMENA BIDCO S.A.R.L. CAIXA CATALUÑA		Carmen Dolores Matoso Betancor
Dužnik	Francisco XXXXXXXXXXXXXXXX		Susana María Ojeda García
Dužnik	Eva XXXXXXXXXXXXXXXX		Susana María Ojeda García

SUD NALAŽE

U mjestu Puerto del Rosario, 30. maja 2016. godine

Dostavljeno 01.06.16.

Susana María Ojeda García

Xavier Dalmau (paraf) 2.6.16.

ČINJENIČNO STANJE

JEDAN.- U postupku prodaje nepokretnosti hipotekarnog dužnika pod brojem 249/2013, uložen je prigovor na isti od strane sudskega zastupnika Susana María Ojeda García, u ime i za račun XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX i XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, tvrdeći da u izvršnoj odluci postoje nepravedne ugovorne odredbe, a protiv kog prigovora je izvršitelj, FONDO ALCMENA BIDCO S.A.R.L., koga zastupa sudska zastupnica Carmen Dolores Mastoso Betancor. Stranke su pozvane na sud u skladu sa odredbama člana 695 Zakona o parničnom postupku; na ročištu su se pojavile obe strane i doneto je sledeće rešenje.

PRAVNI OSNOV

PRVO.- Kao razlog za prigovor dužnik navodi da u izvršnoj odluci postoje odredbe koje bi se mogle smatrati nepravednim, a koji razlog je sadržan u članu 695 Zakona o parničnom postupku, posle izmena i dopuna Zakonom 1/2013 od 14. maja, o merama za poboljšanje zaštite hipotekarnih dužnika, restrukturacije duga na ime socijalnog najma, u kome se navodi: „1. *U postupcima na koje se odnosi ovo poglavlje dužniku je dopušten prigovor ako je zasnovan na sledećim razlozima:*

- 1 *Istek garancije ili garantovane obaveze, samo ako se podnese uverenje iz registra u kome se izričito ukida hipoteka ili zalog bez prava zadržavanja, ili javna isprava o plaćanju ili o ukidanju garancije.*
- 2 *Greška u utvrđivanju tražene sume, ako je garantovani dug saldo koji se prikaže prilikom zatvaranja računa između izvršitelja i dužnika. Dužnik mora da priloži primerak knjižice u koju su unete stavke iz računa, i prigovor je*



smatrati nepravednom, budući da se ne vezuje za kvantitativno ili vremenski ozbiljne parametre (ono podvučeno je naše).

Na osnovu toga, Vrhovni sud smatra da sporna odredba („Uprkos ugovorenom roku, BANKA može da traži unapred, u potpunosti ili delimično, povraćaj glavnice sa kamatama i troškovima do dana pune likvidnosti, u sledećim slučajevima: a) neplaćanje u roku dospeća bilo kog dela glavnice kredita ili kamate“) mora da se smatra ništavom i neprimenljivom, i potvrđuje odluku apelacionog suda koji je proglašio odredbu o prevremenom raskidu nepravednom.

VIII. Na osnovu primene izloženog mišljenja na pomenutu odredbu i s obzirom da su ispunjeni takođe izloženi kriterijumi koji se moraju ceniti kako bi se utvrdila nepravednost, očigledno je da pomenuta odredba mora biti proglašena nepravednom pa, prema tome, ništavom i neprimenljivom, jer dozvoljava prevremen raskid u slučaju neispunjavanja obaveze koje nisu suštinske, ne menja težinu neispunjavanja u pogledu trajanja i iznosa kredita, niti dozvoljava potrošaču da izbegne primenu srazmernog obeštećenja (mada bi mu zakonodavstvo kasnije dozvolilo ako je nepokretnost koja je pod hipotekom stambena jedinica – čl. 693.3, odeljak 2, Zakon o praničnom postupku, aktuelno redigovan Zakonom 19/2015 od 13. jula).

Proglašenje ništavosti odredbe o prevremenom raskidu podrazumeva potpunu neprimenljivost (ignorisati je, shodno čl. 83 Prečišćenog teksta generalnog zakona o zaštiti potrošača i korisnika – TRLGDCU), nezavisno od njenog korišćenja, s tim što se ne može ublažiti ili integrisati prilikom ispunjavanja ugovora, a samim tim, mora da vodi ka obustavi izvršenja, u skladu sa članom 695.3 (Prigovor na izvršenje) „Sudski nalog čiji je predmet prigovor baziran na razlozima 1. i 3. odeljka 1 ovog člana, biće naložena obustava izvršenja; Naredba čiji je predmet prigovor baziran na razlogu 2. utvrdiće iznos za koji izvršenje treba nastaviti... Što se tiče razloga 4, biće odlučeno da se obustavi izvršenje (imperativni uslov) kada ugovorna odredba pruži osnov za izvršenje. Inače, nastaviće se sa izvršenjem bez primene nepravedne odredbe. Podsetimo se navoda pod br. 1: „U postupcima na koje se odnosi ovo Poglavlje dozvoljen je prigovor dužnika samo ako se bazira na sledećim razlozima: ... 4. Nepravedni karakter neke ugovorne odredbe koja čini osnov za izvršenje ili koja je odredila traženu sumu.“.

I sve to bez obzira na to što se od strane Izvršitelja traži u deklarativnom procesu raskid zbog neispunjavanja obaveze, koje se pripisuje korisnicima kredita, bivši čl. 1124 Građanskog zakonika.

10

ČETVRTO.- Iz svega izloženog mogu se izvući pravila koja bi služila kao parametri za stvaranje suda o nepravednom karakteru odredaba o prevremenom raskidu, u doktrini koja proizlazi iz analiziranog rešenja:

(1) Kontrola eventualnog nepravednog karaktera neke odredbe ugovora zaključenog sa potrošačima, čime su obuhvaćeni krediti sa hipotekarnom garancijom, mora se



realizovati polazeći od razmatranja ugovornog predviđanja apstraktno gledajući, to jest, nezavisno od toga da li je ta odredba primenjena ili nije, a, ako je primenjena, nezavisno od primene koju je izvršio kreditni entitet. Radi se o ispunjavanju uslova koji su dati u toj odredbi.

(2) Predviđanja prevremenog raskida nisu nužno nezakonita ili nepravedna; njihov eventualni nepravedni karakter zavisiće od okolnosti koje omogućuju da se pristupi prevremenom raskidu, dakle, od konkretnih uslova koji su dati za ostvarivanje tog prava.

(3) Odredba o prevremenom raskidu mora da poštuje, kao minimalne uslove vrednovanja, zahteve sadržane u članu 693.2 Zakona o parničnom postupku, u važećoj verziji; na taj način, ukoliko ove minimalne uslove ugovornog predviđanja ne poštije, odredba će morati da se smatra ništavom.

(4) Činjenica da jedna odredba o prevremenom raskidu ispunjava minimalne zahteve iz člana 693.2 Zakona o parničnom postupku ne određuje automatski njenu punovažnost. U takvim slučajevima, da bi ostvarili kontrolu nad njenim eventualnim nepravednim karakterom, sudovi moraju da ocene u svakom konkretnom slučaju da li je sprovođenje prava na prevremeni raskid od strane poverioca opravданo, u zavisnosti od kriterijuma na koje ukazuje Sud pravde Evropske unije (TJUE).

Pomenuti kriterijumi su ustanovljeni u STJUE 14.3.2013. (a) suština neispunjene obaveze, (b) težina neispunjena u vezi sa iznosom i trajanjem ugovora o kreditu i (c) realna mogućnost potrošača da izbegne ovu posledicu.

(5) U slučajevima na koje se odnosi prethodna tačka, naime, kad god vršimo kontrolu eventualnog nepravednog karaktera odredbe o prevremenom raskidu, koja ispunjava minimalne zahteve iz člana 693.2 Zakona o parničnom postupku, Vrhovni sud preporučuje striktno tumačenje koje ne sprečava izvršni tok u slučajevima neispunjavanja obaveza kod situacija flagrantnog kašnjenja, smatrući da bi to lišilo potrošača prednosti koje mu pruža izvršni postupak (specijalno one o oslobođanju nepokretnosti, utvrđivanju minimalne vrednosti taksacije za svrhe licitacije i rehabilitacije ugovora) usmeravajući ga ka odgovarajućem rešenju.

Odredba je nepravedna, ništava, neprimenljiva, i bez mogućnosti integracije, zbog čega kod kredita nema validnog dogovora koji bi dozvolio prevremeni raskid, tako da, s obzirom da je to odredba na kojoj se bazira izvršenje (695.3), jedino što sledi jeste obustava postupka."

Primenjujući ove kriterijume na slučaj ovog sudskog naloga, na šestu bis odredbu predmetnog ugovora, može se zaključiti da je ista nepravedna jer ne poštuje minimalne zahteve opravdanosti, na osnovu člana 693.2 Zakona o parničnom postupku u njegovom važećem obliku, kad se tiče odeljka b) prevremeni raskid u slučaju neplaćanja samo jedne rate. U skladu s tim, u vezi sa prigovorom na izvršenje koji su podneli g. Francisco Javier i g-đa Eva, sledi i mišljenje da je odredba koja se odnosi na prevremeni raskid nepravedna, ništava, neprimenljiva, i bez mogućnosti



integracije, tako da kod kredita ne postoji validan uslov koji bi omogućio prevremeni raskid, a budući da je na pomenutoj odredbi bazirano izvršenje, kako je utvrđeno u petoj činjenici zahteva za izvršenje (695.3 Zakona o parničnom postupku), to se izvršenje obustavlja.

11

PETO.- Što se tiče zahteva da se proglaši nepravednom osma odredba pod nazivom „prenos”, treba citirati Presudu Vrhovnog suda broj 792/2009 od 16. decembra 2009. godine, kojom je pomenuta ugovorna odredba proglašena nepravednom u Četrnaestoj činjenici, i konstatovano sledeće: „*Da bi se dao odgovor na ovo, treba istaći da se prenos, o kome govori odredba, odnosi na ugovor. Tako proizilazi iz pozivanja na zajam, a ne na pravo na kredit koji je proistekao iz zajma, i, iz teksta polise Caja de Madrid (nije uzeto iz pravnog osnova donetog rešenja) proističe da se odnosi na prenos „svih prava, akcija i obaveza koje proizilaze iz ovog ugovora, bez potrebe za obaveštavanjem dužnika o ustupanju ili prenosu, koji se tako odriče prava koje mu u tom smislu pripada prema članu 149 važećeg Zakona o hipoteci”*. Uprkos konfuznom tekstu, nema sumnje da se radi o prenosu ugovora, budući da podrazumeva prenos ugovornog odnosa u celosti, to jest, u jedinstvenom obliku, kao skup prava i obaveza (SS., između ostalih, od 29. juna i 6. novembra 2006. godine, 8. juna 2007. godine, 3. novembra 2008. godine, 30. marta 2009. godine). Prema tome, kako prenos ugovora zahteva saglasnost dužničke ugovorne strane (SS., između ostalih, od 19. septembra 2002. godine, 28. aprila i 5. novembra 2003. godine, 19. februara 2004. godine, 16. marta 2005. godine, 29. juna 2006. godine, 8. juna 2007. godine, 3. novembra 2008. godine), nije primerena odredba koja anticipira saglasnost za eventualni prenos, bez obzira što je u svakom slučaju njen nepravedni karakter nesporan, primenom specijalnog normativa DA 1., u slučaju iz odeljka 2 – rezerviše u korist profesionalnog entiteta pravo na jednostranu izmenu ugovora, bez validnih razloga koji bi bili navedeni u ugovoru-, 10 (oslobađanje od odgovornosti za prenos ugovora na treće lice, bez saglasnosti dužnika, ako može da izazove smanjenje garancija ovoga), i 14 – nametanje odbacivanja ili ograničavanja prava potrošača, kao što to navodi generalni normativ iz članova 10.1, c) i 10bis, 1, prvi odeljak Generalnog zakona o zaštiti potrošača i korisnika (LGDCU)”.

U pomenutoj odredbi podnositelj zahteva se odriče obaveštenja, odnosno tome da može da se suprotstavi nedostatku saznanja, u skladu sa odredbama članova 1.527 (oslobađanje putem plaćanja cedentu) i 1.198 (totalno ili parcijalno gašenje duga kompenzacijom) Gradanskog zakonika. To podrazumeva odricanje ili ograničenje prava potrošača, što se uzima kao nepravedna odredba ili odredba u odeljku 14 DA 1. Generalnog zakona o zaštiti potrošača i korisnika (LGDCU). Ovaj sud ističe da pravni posao prenosa ne može izazvati štetu dužniku koji je ustupljen (S. 1. oktobar 2001.g.); dužnik ne sme da pretrpi nikakav gubitak ili ograničenje u pravima, akcijama i ugovornim ovlastima (S. 15. juli 2002.g.). Anticipirano odricanje obaveštenja, koliko lišava pravnih mogućnosti pre obaveštenja (saznanje), i smanjuje prava dužnika koji je ustupljen, a vrlo konkretno odeljak 11 DA 1. Generalnog zakona o zaštiti potrošača i korisnika (LGDCU) smatra nepravednim „lišavanje ili ograničavanje prava potrošača na kompenzaciju kredita”. Ograničavanje po načelu



autonomije volje bivši čl. 1255 Građanskog zakonika objašnjava se nametanjem, to jest, odredbom o kojoj se nije individualno pregovaralo.

Ista doktrina je primenljiva na ustupanje hipotekarnog kredita. Član 149 Zakona o hipoteći dozvoljava da se može ustupiti, ukoliko se to ozvanični sačinjavanjem javne isprave, obaveštavanjem dužnika i upisom u Registar. Nedostatak obaveštenja ne utiče na validnost, ali shodno čl. 151 Zakona o hipoteći ako se propusti da se dužnik obavesti o ustupanju (u slučajevima kada bi to moralo da se učini), cedent će biti odgovoran za štetu koju može da pretrpi cesonar kao posledicu ovog nedostatka.

12

Tačno je da se prema članu 242 Hipotekarnih propisa dozvoljava da se dužnik odrekne obaveštenja o ugovoru o ustupanju hipotekarnog kredita, ali ovo pravilo ne preovladava nad specijalnim normama za ugovore koji podležu Generalnom zakonu o zaštiti potrošača i korisnika (LGDCU), koje sankcionisu „sve one odredbe koje nisu individualno pregovarane, a koje, suprotno činjenju u dobroj veri, izazovu, na štetu potrošača, značajnu neravnotežu između ugovornih strana u pravima i obavezama po ovom ugovoru. U svakom slučaju smatraće se nepravednim one odredbene pretpostavke koje se navode u dodatnoj odredbi sadašnjeg zakona“ (čl. 10bis verzije važeće u vreme pokretanja procesa)“.

Na isti način, u ovim slučajevima hipoteka iz hipotekarnog kredita daje mogućnost ustupanja kredita bez znanja korisnika kredita, što se upravo i desilo u praksi, te zbog toga u ovom slučaju treba proglašiti ništavost ugovorne odredbe, jer činjenica da podnosioci ovog prigovora nisu znali za ustupanje sprečila ih je u ostvarivanju prava na oslobođanje plaćanjem cedentu i na totalno ili parcijalno gašenje duga kompenzacijom, kako predviđa Građanski zakonik, što znači odricanje ili ograničenje prava koja im pripadaju kao potrošačima, a što određuje da odredba bude smatrana nepravednom zato što je nepravedna, ništava, neprimenljiva i bez mogućnosti integracije.

ŠESTO.- Što se tiče troškova, razmatranje prigovora podrazumeva da troškove snosi izvršitelj, na osnovu odredaba člana 561.2 Zakona o parničnom postupku.

SEDMO.- U skladu sa odredbama čl. 695.4 Zakona o parničnom postupku, „protiv odluke kojom se nalaže obustava izvršenja, neprimenjivanje nepravedne odredbe ili odbacivanje prigovora iz razloga navedenih u prethodnom odeljku 1.4 , može se podneti žalba“.

Na osnovu gore pomenutih i drugih opšte važećih članova, donosim sledeću

ODLUKU

UZEVŠI DELIMIČNO U RAZMATRANJE prigovor podnet od strane pravne zastupnice Susana Ojeda Garcia, u ime i za račun g. Francisco Javier Cabrera Cabrera i g-dja Eva Avero Delgado, PROGLAŠAVAM:



1.- Delimičnu ništavost prve i druge odredbe pod c) „glavna“ i „multivalutna opcija“ iz ugovora o hipotekarnom kreditu zaključenom dana 30. aprila 2008. godine, sa obavezom tužene strane da indeksira kredit u evrima, prema paritetu od tog datuma, 30. aprila 2008. godine, i da ponovo obračuna kamate koje su plaćene, kao i preostala sredstva za otplatu.

2.- Ništavost odredbe šest bis, koja se odnosi na prevremeni raskid zbog toga što je nepravedna, ništava, neprimenljiva i bez mogućnosti integracije, zbog čega treba obustaviti postupak izvršenja 230/13.

3.- Ništavost osme odredbe koja se odnosi na prenos, zbog toga što je nepravedna, ništava, neprimenljiva i bez mogućnosti integracije.

DONETA JE ODLUKA DA SE UKINE embargo i ostale mere garancije ispunjavanja obaveza koje su usvojene u okviru naloga za izvršenje, i da se dužnici vrate na situaciju koja je prethodila nalogu za izvršenje.

Odlučeno je izričito da troškove snosi izvršitelj (predmet prigovora).

13

Nalaže se da ovo rešenje bude dostavljeno ugovornim stranama i da im se da na znanje da protiv istog mogu podneti žalbu pred Pokrajinskim sudom u Las Palmasu, Gran Canaria, u roku od dvadeset dana od dana obaveštenja, podnošenjem žalbe pred ovim sudom.

Odlučeno, naloženo i potpisano od strane MARIA DE LA SIERRA SORIA HURTADO, SUDIJE Prvostepenog istražnog suda br. 4 u Puerto del Rosario. Potvrđujem.

SUDIJA

SUDSKI PISAR

Kraj prevoda

Datum: 16.02.2017.g.

Potvrđujem da ovaj prevod u potpunosti odgovara izvorniku sačinjenom na španskom jeziku.

DRAGANA TOŠIĆ
Sudski prevodilac za španski i engleski jezik
Dalmatinska 65, 11000 Beograd
e-mail: renesans21@gmail.com

Rešenje Ministarstva pravde Republike Srbije broj 74-211/90-03
Datum izdavanja: 7.5.1991.g.



plaćanju dužeg od pomenutog roka, sud je preliminarnom odlukom zatražio da se suštinski utvrdi da li Direktiva 93/13 treba da se tumači tako da, kada nacionalni sudsija proceni da postoji nepravedna odredba u vezi sa prevremenim raskidom, treba da je ignorise i izvuče posledice toga iako je profesionalni entitet čekao minimalni vremenski period predviđen nacionalnim zakonima. Ovim, Sud pravde Evropske unije (TJUE) ovako obrazlaže:

„50 Prema tome, da bi se obezbedilo preventivno dejstvo čl. 7 Direktive 93/13, prerogativi nacionalnog sudsije koji konstatiše postojanje „nepravedne odredbe“, ne mogu se podrediti tome da li se nepravedna odredba primenjuje u praksi ili ne... (...)“

52 Iz ovog prethodnog se zaključuje da, s jedne strane, sama činjenica da je odredba o prevremenom raskidu oko koje se vrti glavni spor u suprotnosti sa čl. 693 Z Zakona o parničnom postupku, ne navodi sama po sebi na zaključak da je pomenuta odredba nepravedna.

53 S druge strane, imajući u vidu da se jedna odredba nekog ugovora mora smatrati „nepravednom“ ako izaziva, na štetu potrošača, značajnu neravnotežu između prava i obaveza ugovornih strana u ovom ugovoru, to obavezuje nacionalnog sudsiju da proveri odredbu o prevremenom raskidu i da li ona efektivno dovodi do neravnoteže ove vrste. U tom smislu, sama činjenica da nije došlo do primene pomenute odredbe ne znači sama po sebi da takva mogućnost postoji.

54 Prema tome, Direktiva 93/13 mora se tumačiti tako da, ako nacionalni sudsija konstatiše „nepravedni“ karakter neke odredbe ugovora zaključenog između potrošača i profesionalnog entiteta u smislu čl. 3.1 Direktive 93/13, okolnost da nije došlo do primene te odredbe ne znači sama po sebi da nacionalni sudsija ne može da zaključi sve posledice koje odgovaraju nepravednom karakteru odredbe koja je u pitanju“.

Zbog toga odredbu, za koju se tvrdi da je nepravedna, treba valorizovati u njenom apstraktном kontekstu a ne u funkciji njene primene ili ne od strane kreditnog entiteta.

9

VI. U tom kontekstu se pojavljuje presuda Vrhovnog suda STS 705/2015 od 23. decembra (plenum), koja u svom obavezujućem delu razmatra nepravednu odredbu, ne vezujući je za kvantitativno ili vremenski ozbiljne parametre, koja je zbog toga ništava i neprimenljiva ako ne prevaziđa standarde označene od strane TJUE, ranije navedene, jer (1) niti menja težinu neispunjerenja obaveza što se tiče od trajanja ili iznosa kredita, niti (2) dozvoljava potrošaču da izbegne primenu srazmernog obeštećenja, čak i ako bi se mogućnost obnove zakonski ponovo uspostavila za slučajevе hipoteke na stambenu jedinicu.

Na kraju se zaključuje da „u svakom slučaju, izgleda da je očigledno da odredba o prevremenom raskidu koja dozvoljava rešenje sa neispunjavanjem obaveze plaćanja za samo jedan rok, čak parcijalno i u odnosu na neku dodatnu obavezu, mora se



bar apstraktno, preveliku pravnu snagu time što može da odredi momenat raskidanja ugovora o kreditu zbog neplaćanja (ili iz bilo kog utvrđenog uslova), može da odabere momenat kada vrednost strane valute poraste, što podrazumeva i traženje i primanje veće sume, u realnim uslovima a ne čisto nominalnim, nego što je ona zapravo bila ugovorena”.

U vezi sa ovom konkretnom odredbom, Pokrajinski sud u Barseloni doneo je Nalog 31. marta 2016. godine podsetivši na propise koji se odnose na ovu materiju: „*Il. Od odluka koje je doneo Sud pravde Evropske unije (TJUE) u oblasti ove konkretnе materije treba pomenuti Presudu od 14. marta 2013. godine (predmet C-415/11, slučaj Aziz). Ova odluka (osim što podsjeća na obavezu po službenoj dužnosti provere nepravednog karaktera nepravednih odredba koje je ugovorio profesionalni entitet sa potrošačima, i isključuje mogućnost integracije ugovora, od donošenja STJUE 14.06.2012. godine) daje nacionalnim sudijama parametre za utvrđivanje da li neka odredba izaziva, na štetu potrošača, „značajnu neravnotežu“ između prava i obaveza koje ugovorne strane imaju na osnovu ugovora, to jest, njihovu nepravednost (konkretizujući je, kasnije, prevremenim raskidom kod dugoročnih ugovora zbog neispunjavanja obaveza dužnika u jednom ograničenom periodu), koje rešenje je dovelo do donošenja Zakona 1/2013, modifikujući čl. 693 Zakona o parničnom postupku (zahteva neplaćanje 3 mesečne rate da bi došlo do prevremenog raskida); u pomenutoj odluci polazi se od toga da se (1) moraju imati u vidu posebno važeći propisi u nacionalnom zakonodavstvu, ukoliko u tom smislu ne postoji saglasnost; sudija će moći da proceni da li ugovor stavlja, i ako stavlja, u kojoj meri, potrošača u nepovoljniji položaj nego što je to predviđeno važećim nacionalnim zakonodavstvom („značajna“ neravnoteža na štetu potrošača mora se analizirati polazeći od pomenutih propisa).*

8

Takođe, bitno je u ovom smislu ispitati i pravni položaj u kome se nalazi taj potrošač u pogledu sredstava kojima raspolaže u skladu sa nacionalnom normativom, kako bi prestala upotreba nepravednih odredaba; (2) mora se utvrditi da li je profesionalni entitet mogao racionalno da proceni da bi, ako potrošača tretira fer i ravnopravno, ovaj prihvatio odredbu takvog tipa u okviru individualnog pregovaranja; (3) pored toga, mora se imati u vidu priroda dobara ili usluga koje su predmet ugovora, uzimajući u obzir prilikom sklapanja ugovora sve okolnosti koje postoje. Iz toga proizilazi da se u ovom kontekstu moraju ceniti i posledice koje pomenuta odredba može da ima u okviru zakona koji se primenjuju na ugovor.

(...)

V. Isto tako, treba da citiramo i Nalog Suda pravde Evropske unije (TJUE) od 11. juna 2015. godine. U tom slučaju, španski sud je smatrao da je odredba ugovora o hipotekarnom kreditu, koja se odnosi na prevremeni raskid kredita u slučaju neplaćanja, nepravedna, zato što ne propisuje da pre nego što se proglaši prevremeni raskid mora da dođe do zakašnjenja u plaćanju od najmanje tri mesečne rate, što je u suprotnosti sa odredbama člana 693, odeljak 1 Zakona o parničnom postupku (posle izmena Zakonom 1/2013); međutim, kako se bankarski entitet u praksi držao pomenutog roka, ne primenjujući odredbu, nego pošto je došlo do zaostajanja u



stranka koja je navedena na grešku nije zaključila ugovor raspolažući adekvatnom informacijom.

Kako ukazuje Vrhovni sud u više puta pominjanoj presudi od 30. juna 2015. godine: *Prilikom odlučivanja o postojanju greške, nije pitanje samo da li je bankarski entitet ispunio obaveze informisanja, nego da li je prilikom sklapanja ugovora klijent imao dovoljna saznanja o ovom složenom proizvodu i o konkretnim rizicima vezanim za njega*.

Dakle, u slučaju kao što je ovaj, u kome jedan par ugovara kredit za kupovinu stana (dok. 1 podnositaca prigovora), odsustvo finansijskog znanja (koje ne dokazuje entitet) i oskudne informacije koje su date, daju osnova za postojanje greške koja se može opovrgnuti i izbeći prilikom formiranja ugovorne volje, u smislu koji je objašnjen.

7

Podnosioci prigovora zahtevaju poništenje odredbe o kojoj je reč, međutim, kako na to ukazuje Pokrajinski sud u Barseloni u pomenutoj Presudi, ovaj zahtev za poništavanjem mora se pobliže objasniti jer se ne radi o potpunom anuliranju odredaba pod nazivom „glavna“ i „multivalutna opcija“ i o njihovom izbacivanju iz ugovora, nego samo delimično, u meri u kojoj mogućnost izbacivanja jena nije sama po sebi štetna za bankarskog klijenta, nego postaje štetna ako je on obavezan da isplati iznos obračunat u evrima prema važećem paritetu u momentu kada koristi tu opciju.

Prema tome, ono što treba uraditi jeste ustanoviti da li opcija koju je podnositac izjavio da želi da iskoristi omogućuje podizanje kredita indeksiranog u evrima, tako da se ekvivalencija između jedne i druge valute ne utvrđuje u momentu korišćenja ove opcije nego na datum donošenja dokumenta 30. aprila 2008. godine, bez obaveze da snosi posledice fluktuacije valute, nego da mu se omogući da plati dug direktno u skladu sa važećim kursom iznosa u evrima u tom momentu.

Otud treba poništiti deo ovih odredaba – „glavne“ i „opcije“ tako da, da bi eliminisali jen, potrebno je platiti njegovu vrednost u evrima u momentu korišćenja opcije, i razumeti da kredit treba da se indeksira u evrima i da podnosioci prigovora mogu to da ostvare prema kursu koji je važio 30. aprila 2008. godine, što finansijskom entitetu nameće obavezu da ponovo obračuna kamate koje je druga strana morala da plati u skladu sa naznačenom valutom po kursu ugovorenom za slučajevе u kojima su neplaćena sredstva izražena u evrima (na način koji je naveden u izveštaju veštaka), i da definitivno utvrdi u ovoj valuti preostala sredstva koja treba otplatiti.

ČETVRTO.- Podnosioci prigovora takođe zahtevaju da se proglaši ništavost odredbe o prevremenom raskidu, šeste bis odredbe ugovora o hipotekarnom kreditu. U tom smislu, treba dodati da Naredba Pokrajinskog suda u Madridu 2/2016, doneta 14. januara, takođe upozorava: „Tome se mora dodati da kod ove vrste kredita, prevremeni raskid koncipiran kao pravo kreditora, kombinovan sa denominacijom u valuti u kojoj je ugovor, čini posebno teškim položaj korisnika kredita i daje kreditoru,



Zakona o parničnom postupku, nije dokazao da je pružio takve informacije; u suštini, nije podneo nijedan dokaz prilikom podnošenja prigovora, a jedini nesumnjivi dokaz o informacijama pruženim podnosiocu prigovora o efektima finansijskog instrumenta koji je ugovoren jeste dokument od 30. aprila 2008. godine, te se smatra da je entitet dao klijentu ograničenu informaciju u trenutku ugovaranja o automatskom pripisivanju kamate, koja će biti manja ako se kredit ugovori u jenima a ne u evrima, ali nije pomenuo rizike koje nosi ugovaranje u stranoj valuti jer bi nepostojanost jena mogla da izazove rast kamata a ta ista okolnost bi mogla da prouzrokuje uvećanje duga, kao što to navodi veštak Joan Albert Cagigas Campos, koji tvrdi da su se „našli u situaciji da je evro izgubio na vrednosti u odnosu na druge značajne valute, čime je hipotekarni dug povećan u istoj razmeri (...) samo stručnjaci i poznavaoци deviznog tržišta bi mogli da pretpostave da bi ovi finansijski proizvodi mogli da budu podložni tako značajnom variranju. Prema shvatanju ovog veštaka, radi se o krajnje delikatnom i specijalizovanom proizvodu koji zahteva konstantno praćenje, a koji je finansijski entitet trebalo da analizira i predvidi“.

6

Prema tome, zaključak je da entitet protiv koga je podnet prigovor nije pružio nijednu informaciju, niti pružio neki dokaz da je postupao savesno kako je dužan da postupa, tj. da informiše klijenta o prirodi ugovorenog proizvoda; svaki put kada finansijski entiteti moraju da obaveste svoje klijente o finansijskim proizvodima koje ugovaraju, dužni su da dokažu da su zaista ispunili tu svoju dužnost, i, ako entitet nije potvrdio da je dostavio informaciju o hipoteci u različitim valutama pre potpisivanja niti u vreme potpisivanja, a još manje je to učinio jasno i precizno što je po zakonu bio obavezan, što bi u praksi značilo obesmisiliti normu kojom se regulišu obaveze koje u ovom konkretnom slučaju imaju finansijski entiteti.

Takođe, u pomenutoj presudi od 30. juna 2015. godine Vrhovni sud tvrdi da „Ovaj modalitet kredita iskorišćen za finansiranje kupovine aktive koja se stavlja pod hipoteku kao garancija kreditoru, podrazumeva dodatnu teškoću za klijenta da stekne potpunu ideju o korelaciji između finansirane aktive i pasive kojom je finansira, jer mogućoj fluktuaciji vrednosti stečene aktive dodaje se fluktuacija pasive koja je u tom cilju preuzeta, ne samo zbog varijabilnosti kamate, vezane za neuobičajeni referentni indeks, Libor, nego i zbog fluktuacije deviza, tako da poslednjih godina, dok je vrednost nekretnina stečenih u Španiji pretrpela snažnu deprecijaciju, devize najčešće korištene u ovim „multi-valutnim hipotekama“ su povećale vrednost, zbog čega kreditori moraju da plaćaju više kvote i u mnogim slučajevima duguju sada veći iznos u evrima nego kada su zaključili hipotekarni kredit, apsolutno nesrazmeran u odnosu na vrednost nekretnine prilikom zaključivanja ove vrste kredita“.

Date činjenice pokazuju da imamo pred sobom slučaj provocirane greške kojom se izričito bavi član 4:103 Principa evropskog zakona o ugovorima (PECL), koji su korišćeni u Prvoj sudnici Vrhovnog suda kao tekst za tumačenje važećih propisa u ovoj materiji u našem Građanskom zakoniku (između ostalih, STS, Sudnica 1, 17. decembar 2008.); tim pravnim sredstvom priznaje se pravo stranke da poništi ugovor ako je pretrpela grešku zbog informacije date od strane druge stranke, ukoliko



zaštite hipotekarnog dužnika u plasmanu kredita, pa se tako, prema članu 6 Zakona 1/2013 od 14. maja, traži da se, prilikom ugovaranja hipotekarnih kredita koji se daju u jednoj ili više valuta, precizira „da javna isprava treba da sadrži, pored potpisa klijenta, i njegovu izjavu pisano rukom, pod uslovima koje odredi Banka Španije, u kojoj korisnik kredita izjavljuje da je propisno obavešten o mogućim rizicima koji proizilaze iz ugovora”.

I, još skorije, Direktiva 2014/17/UE Evropskog parlamenta i Saveta Evrope, od 4. februara 2014. godine, o ugovorima o kreditu koji se zaključuju sa potrošačima u cilju kupovine nekretnina za stambene potrebe, čiji rok transpozicije još uvek nije istekao,

5

opravdava svoje donošenje ukazujući na postojeće probleme „u vezi sa neodgovornošću prilikom dodele i ugovaranja kredita, kao i sa potencijalnim dometom neodgovornog ponašanja među učesnicima na tržištu”, kao i da su „neki od uočenih problema poticali od kredita koje su potrošači podigli u stranoj valuti, zbog ponuđene povoljne kamatne stope, a da nisu imali adekvatne informacije ili razumevanje rizika kursa valute u kojoj su krediti podignuti”. U tridesetom obrazloženju Direktive dodaje se da je „zbog značajnih rizika vezanih za zajmove u stranoj valuti, potrebno ustanoviti mere koje će obezbediti da potrošači budu svesni rizika koje preuzimaju, i da imaju mogućnost da ograniče svoje izlaganje riziku od deviznog kursa u toku otplate kredita. Rizik bi mogao da se smanji tako što bi se potrošaču dalo pravo da konvertuje valutu u kojoj je zaključen ugovor o kreditu, ili da primeni neki drugi postupak. U takve postupke spada, na primer, unošenje maksimalnih limita ili upozorenja na rizik deviznog kursa, ukoliko su takva upozorenja dovoljna za ograničenje rizika deviznog kursa”.

U članovima 13.f i 23 sadržane su posebne odredbe za ove kredite u stranoj valuti, koji su podložni značajnim ograničenjima u cilju smanjivanja rizika promene deviznog kursa za korisnike kredita, kao i pojačanom obavezom pružanja informacija o rizicima od strane entiteta koji nude kredite.

Konačno, Sud pravde Evropske unije (TJUE) doneo je presudu 30. aprila 2014. godine, slučaj C-26/13, čiji je predmet jedan od ovih hipotekarnih kredita u različitim valutama, na koji primenjuje i tumači Direktivu 93/13/CEE, o stereotipnim odredbama ugovora zaključenih sa potrošačima, koji služi i kao orijentir za rešavanje sudskih naredbi, jer, kao što smo objasnili, tužitelj ima svojstvo potrošača”.

Ugovor o kreditu koji je predmet sudskog naloga takođe je zaključen na osnovu valute koja nije evropska, kao što je jen, i u skladu sa njim zajmoprimac je imao mogućnost (koristeći iskazanu opciju) pre početka svakog kamatnog perioda da izrazi želju da kvotu koja odgovara sledećem kamatnom periodu namiri u evrima ili u nekoj od ponuđenih alternativnih valuta.

Međutim, tuženi entitet, koji je bio dužan da dokaže da je na jasan i zadovoljavajući način obavestio podnosioce prigovora o prirodi i posledicama proizvoda, i da je imao razumevanje za potrebe i karakteristike klijenta shodno odredbama člana 217



evro, uz mogućnost promene valute ako valuta uzeta kao referentna promeni odnos prema evru na štetu korisnika kredita.

Rizici ovog finansijskog instrumenta prevazilaze rizike svojstvene hipotekarnim kreditima sa varijabilnom kamatom, koji su podignuti u evrima. Riziku variranja kamatne stope pridružuje se i rizik fluktuacije valute. Ali, osim toga, ovaj rizik fluktuacije valute ne utiče isključivo tako što bi iznos u evrima periodične otplate,

4

obuhvatajući i glavnici i kamate, mogao da varira na gore ako se izabrana valuta računa prema evru. Korišćenje valute kao što je jen ili švajcarski franak nije samo referenca za utvrđivanje iznosa svake rate u evrima, pa da ako ta valuta padne, iznos u evrima bude manji, a ako poraste, bude veći. Kurs izabrane valute se primenjuje, osim za iznos u evrima rata kredita, i za utvrđivanje iznosa u evrima sredstava koja tek treba da se otplate, tako da fluktuacija valute podrazumeva konstantno preračunavanje pozajmljenog novca. Ovo utiče na to da, uprkos uplaćivanju otplate, gde je obuhvaćen i pozajmljeni novac i kamata na ranije otplate, može da se desi da posle nekoliko godina, ako je valuta porasla u odnosu na evro, korisnik kredita ne samo što mora da plaća veće rate u evrima, nego i duguje zajmodavcu veći iznos u evrima nego što je bio iznos koji je dogovoren prilikom davanja kredita”.

Pored toga, Sud dodaje da se za ove proizvode primenjuje propis MiFID, navodeći sledeće: „Sud smatra da je 'hipotekarni kredit koji može biti vučen u različitim valutama', isto kao i kredit, finansijski instrument. On je, osim toga, i derivativni finansijski instrument onoliko koliko kvantifikacija obaveze jedne od ugovornih strana (otplata kredita u ratama i obračun glavnice koja treba da se otplati) zavisi od visine koju dostigne druga različita vrednost, zvana osnovni instrument, koji je u ovom slučaju strana valuta. U meri u kojoj je derivativni finansijski instrument vezan za devize obuhvaćen Zakonom o hartijama od vrednosti, u skladu sa odredbama člana 2.2 pomenutog zakona. I, on je i složeni finansijski instrument na osnovu odredaba čl. 79bis 8 Zakona o hartijama od vrednosti, u vezi čl. 2.2 pomenutog zakona”. Prema tome, a tako je preuzeto i u navedenom rešenju, „posledica izloženog jeste ta da je kreditor dužan da ispunji obavezu informisanja, koju mu nameće pomenuti Zakon o hartijama od vrednosti”, iako što se tiče dokumenta od 17. decembra 2007. godine, takva primena će se i dalje odnositi ne propise koji prethode reformi učinjenoj Zakonom 47/2007 od 19. decembra, tako da će u polisi od 12. maja 2009. godine već biti u potpunosti primenljiv reformisani propis”.

Stoga održivost proglašenja ništavosti zavisi od toga da li je bankarski klijent dobio sve informacije koje su mu potrebne kako bi formirao puno i kompletno mišljenje o transakciji koju treba da realizuje, a tu obavezu informisanja ima finansijski entitet jer je on taj koji ih poznaje i treba da ih prenese drugoj ugovornoj strani u skladu sa principom dobre vere.

Kako se ukazuje u presudi Pokrajinskog suda u Barseloni, Odeljak: 1 (Br. žalbe: 221/2014, Br. rešenja: 507/2015) od 27.11.2015. godine, koja se odnosi na ovaj isti finansijski proizvod, „Novija zakonodavna praksa sve više se orijentiše na jačanje



utvrđujući da „*u smislu ove norme (...) potrošači ili korisnici su ona fizička ili pravna lica koja su izvan područja u kome se obavlja preduzetnička ili profesionalna delatnost*“.

3

Iz objektivne perspektive, član 82 pomenutog zakonskog teksta nepravednom ugovornom odredbom smatra „sve one stereotipne odredbe koje nisu individualno pregovarane i sve one prakse koje nisu izričito usaglašene, koje, suprotno dobroj veri, na štetu potrošača i korisnika uzrokuju značajnu neravnotežu u pravima i obavezama ugovornih strana u okviru ugovora“, s tim što se pomenuta nepravednost, prema odeljku 3. pomenutog pravnog sredstva, mora ceniti „imajući u vidu prirodu dobara ili usluga koje su predmet ugovora, i uzimajući u obzir sve okolnosti koje postoje u momentu zaključenja ugovora, kao i sve ostale odredbe ugovora, ili drugog ugovora od koga ovaj zavisi“. U nastavku je dat niz slučajeva u paragrafu 4 pomenutog pravnog sredstva, koji su razrađeni u članovima 85 do 90, a u kojima se smatra da su odredbe nepravedne.

Što se tiče posledica proglašenja ništavosti neke od odredba u ugovoru, prema članu 83 istog normativnog teksta, nakon izmena učinjenih Zakonom 3/2014 od 27. marta, „*nepravedne ugovorne odredbe biće ništave i nevažeće i ignorisće se. U tom smislu, Sudija će, nakon saslušanja stranaka, proglašiti ništavost nepravednih odredaba iz ugovora koji će, uprkos tome, i dalje biti obavezujući za stranke po navedenim uslovima, ukoliko i dalje može da postoji kao takav bez pomenutih odredaba*“; prema tome, ovaj član proglašava ništavim i nevažećim nepravedne odredbe koje će biti ignorisane.

TREĆE.- Moramo se upoznati sa odredbama za koje u ovom slučaju postoji prigovor da su navodno nepravedne. Dužnici i podnosioci prigovora tvrde, na prvom mestu, da je moguće da su nepravedne prva i druga odredba pod c) ugovora o hipotekarnoj garanciji od 30. aprila 2008. godine, koje se odnose na „kreditna sredstva“, zbog toga što su izražena u jenima, ukazujući na to da je tužena strana dodelila podnosiocima prigovora kredit u iznosu od 54.284.502,00 japanskih jena, što je u to vreme iznosilo 330.000,00 evra, sa rokom otplate od 30 godina.

Nedavnom presudom Vrhovnog suda, od 30. juna 2015. godine, utvrđena je priroda ove vrste hipoteke na sledeći način: „*Ono što je kolokvijalno nazvano „multi-valutna hipoteka“ predstavlja kredit sa hipotekarnom garancijom, sa varijabilnom kamatom, u kome je glavnica, kao i periodične otplate, izražena u jednoj valuti, od nekoliko mogućih, po izboru korisnika kredita, i u kome je referentna kamatna stopa, na koju se primenjuje diferencijal za utvrđivanje važeće kamatne stope za svaki period, obično različit od Euribora, konkretno, obično je u pitanju Libor (London Interbank OfferEd Rate, to jest, međubankarska kamatna stopa na londonskom međubankarskom tržištu).*

Atraktivnost ove vrste finansijskog instrumenta leži u korišćenju, kao referentne, valute zemlje u kojoj su kamatne stope niže nego u zemljama koje za valutu imaju



dozvoljen samo ako je saldo koji je prikazan u pomenutoj knjižici različit od onoga koji podnese izvršitelj.

Knjižicu nije potrebno podnositi ako se postupak odnosi na saldo koji proizlazi iz zatvaranja tekućih računa ili sličnih operacija koje proističu iz trgovinskih ugovora zaključenih sa entitetima koji se bave kreditiranjem, štednjom ili finansiranjem, u kojima je dogovoren da, u slučaju izvršenja, potrebna suma će biti ona koja je navedena u uverenju koje je izdao poverilac, ali dužnik mora vrlo precizno da istakne tačke u kojima se razlikuje od obračuna koji je izvršio poverilac.

- 3 *U slučaju izvršenja nad pokretnom imovinom koja je pod hipotekom ili na koju je dato neprenosivo jemstvo (obezbeđenje), stavljanja pomenute imovine pod drugo jemstvo, hipoteku osiguranu ličnom imovinom ili nepokretnostima, ili embargo, što je ranije upisano u teret zbog koga je i pokrenut postupak, a što mora da se dokaže odgovarajućom potvrdom iz registra.*
- 4 *Nepravedni karakter neke ugovorne odredbe koji predstavlja osnov za izvršenje ili na osnovu kojeg je utvrđena suma koja se traži.*

2. *Kada se podnese prigovor na koji se odnosi prethodni odeljak, Sekretar suda obustavlja izvršenje i poziva strane da se pojave pred Sudom koji je doneo generalni nalog za izvršenje, i da u roku od četiri dana posredovanja od dana zakazivanja sasluša prisutne stranke, primi podneta dokumenta i doneće odluku u smislu sudskega naloga u toku drugog dana.*

3. *Sudskega naloga kojim se prihvata prigovor na osnovu razloga 1 i 3 odeljka 1 ovog člana, izvršenje će se odbaciti; nalogom kojim se prihvata prigovor na osnovu razloga 2, utvrđuje se suma na koju se izvršenje odnosi.*

Ako se uzme u obzir razlog 4, doneće se odluka o odbacivanju izvršenja ako se izvršenje zasniva na ugovornoj odredbi. U drugom slučaju, nastaviće se sa izvršenjem bez primene nepravedne ugovorne odredbe.

4. *Protiv sudskega naloga kojim se nalaže odbacivanje izvršenja ili neprimenjivanje nepravedne ugovorne odredbe, može se podneti žalba. Osim za ovaj slučaj, na sudske odluke o prigovorima na koje se odnosi ovaj član ne može se podnositi nikakva žalba i njihovo dejstvo je ograničeno isključivo na proces izvršenja za koji su donete.“*

Primena ovakvog pravnog sredstva na slučajevе sudskega naloga nameće obavezu da se navede važeći pravni okvir, kao i pravne posledice koje proizilaze iz tvrdnje o nepravednosti.

U vezi s tim, analiza ovih pitanja mora se vršiti u skladu sa Kraljevskim zakonodavnim dekretom 1/2007 od 16. novembra, kojim se usvaja prečišćeni tekst Generalnog zakona za zaštitu potrošača i korisnika, koji je važeći iz subjektivne perspektive i u skladu sa odredbama njegovog člana 2 o odnosima između potrošača ili korisnika s jedne strane, i preduzetnika; pomenuti tekst definiše pojam potrošača u članu 3

