

Никола ИЛИЋ, LL.M.*

КРЕДИТИ ИНДЕКСИРАНИ ШВАЈЦАРСКИМ ФРАНЦИМА И ИНВЕСТИЦИОНА АРБИТРАЖА: СЛУЧАЈ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

Резиме

*У раду се разматра регулатива коју држава уводи у циљу заштите корисника уговора о кредиту индексираних швајцарским францима у контексту правне заштите банака на основу билатералних инвестиционих споразума. Прво се разматрају случајеви Хрватске и Црне Горе јер те државе имају сличне прописе у погледу уговарања валутне клаузуле и заштите страних улагања, као што има Србија. Затим се посебно разматра случај Србије, а пре свега Правно схватање ВКС и *lex specialis* из априла 2019. године, како би се дошло до закључка да ли те мере нарушавају правне гаранције које су дате банкама на основу билатералних инвестиционих споразума и да ли би могле да доведу до покретања арбитражних поступака против државе, као што је недавно учињено у Хрватској и Црној Гори.*

Кључне речи: *уговори о кредиту, валутна клаузула, швајцарски франак, *lex specialis*, правно схватање ВКС, инвестициона арбитража.*

І Увод

Уговори о кредиту са валутном клаузулом индексирани швајцарским францима постали су предмет интересовања у многим европским

* Аутор је асистент на Правном факултету Универзитета у Београду, nikola.ilic@ius.bg.ac.rs.

** Чланак је настао као резултат рада на научном пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“. Захваљујем Борису Беговићу, Јелени Безаревић Пајић, Глигорију Брајковићу, Милошу Вукотићу, Ани Одоровић и Андреи Радоњанин на корисним коментарима и сугестијама. Одговорност за преостале грешке и изнете вредносне судове сноси искључиво аутор чланка.

државама након промене курса те валуте.¹ Међу тим државама су и државе Југоисточне Европе, укључујући Словенију, Хрватску, Босну и Херцеговину, Црну Гору и Србију. Свака од тих држава је покушала, углавном под растућим притиском незадовољних корисника и других интересних група, да на јединствен начин реши проблем који је настао услед промене курса швајцарског франка. Спас за кориснике кредита до сада је углавном долазио тумачењем постојећих законских одредби на штету банака, доношењем посебних мишљења и уредби, а нису стране ни идеје о доношењу посебних закона (*lex specialis*) којима би проблем коначно био решен.² Независно од тога да ли ће и у којој мери проблем бити решен, у овом раду се поставља питање граница државне интервенције на финансијском тржишту, односно – које мере држава може да предузме у циљу решавања проблема у вези са уговорима о кредиту који су индексирани швајцарским францима а да при томе не угрози заштићена улагања банака које послују на њеној територији?

Како би се одговорило на постављено питање, у првом делу рада ће се размотрити правна заштита страних улагања на основу билатералних инвестиционих споразума у контексту банкарског пословања и одобравања кредита. Након тога, могуће је детаљније изложити случајеве Хрватске и Црне Горе, у којима су покренути арбитражни поступци против држава пријема на основу закључених билатералних инвестиционих споразума. Коначно, у трећем делу рада ће бити изложене мере које су предузете у Србији у вези са уговорима о кредиту индексираним швајцарским францима, као и могуће последице тих мера, пре свега у контексту инвестиционе арбитраже, по повериоце, дужнике, и по саму Републику Србију. Следе закључна разматрања.

II Заштита банака на основу билатералних инвестиционих споразума

Билатерални инвестициони споразуми (БИТ) који државе најчешће потписују у циљу промовисања и заштите страних улагања, углавном садрже дефиниције основних појмова као што су заштићено улагање и

1 Термин „валутана клаузула“ употребљава се у смислу члана 2 Закона о девизном пословању Републике Србије (ЗДП), *Сл. гласник РС*, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012 и 139/2014.

2 На пример, вид. црногорски *Zakon o konverziji kredita u švajcarskim francima CHF u EUR*, „*Sl. list CG*“, бр. 46/2015 и 59/2016; Влада Републике Србије је усвојила предлог сличног закона 15. априла 2019. године.

страни инвеститор.³ Те дефиниције су обично широко постављене, тако да обухватају различите категорије имовине, као и правна и физичка лица која потичу из једне државе потписнице БИТ-а (држава порекла), а улажу у другу државу потписницу (држава пријемница). У конкретном случају, посебно је важно напоменути да стране банке у државама Југоисточне Европе најчешће оснивају ћерке компаније или преузимају домаће банке које су ту пословале од раније – и у првом и у другом случају, та улагања би потенцијално могла да се квалификују као заштићена страна улагања, а у складу са одредбама конкретног БИТ-а.⁴ Што се тиче појма страног инвеститора, он се углавном дефинише на основу његове припадност држави порекла. Још прецизније, национална припадност инвеститора се одређује на основу његовог држављанства и/или инкорпорације и пословног седишта у држави порекла. Штавише, поједини билатерални инвестициони споразуми изричито предвиђају да се страним инвеститором сматрају и домаћа правна лица која су под ефективном контролом лица из државе порекла.⁵ Досадашња пракса је показала да је у одређеним околностима могуће квалификовати као заштићена улагања чак и зајмове страних банака које немају физичко присуство у држави пријема.⁶

У случају када су испуњене све процесно-правне претпоставке, БИТ омогућава супстанцијалну заштиту страних улагања на основу више правних стандарда. Фер и правичан третман (*fair and equitable treatment*) је један од правних стандарда на који се страни инвеститори често позивају и који би могао банкама да обезбеди добру правну основу у случају спора у вези са уговорима о кредиту који су индексирани швајцарским францима. Тај правни стандард је карактеристичан за велику већину БИТ-ова и може бити

3 Вид. Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University press, Oxford 2012, 46–60; Catherine Yannaca-Small, *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, Oxford 2010, 3–37;

4 На пример, БИТ који су потписале Аустрија и Хрватска у члану 1 дефинише заштићено улагање као: „сва средства (assets) везана за пословне активности и посебно, али не и искључиво: а) покретну и непокретну имовину као и друга права на ствари као што су хипотека, залога, плодуживање и слична права; б) акције и други типови учешћа у правним лицима; в) потраживања у новцу који је дат у циљу стварања економске вредности или потраживања у чињењу која имају економску вредност итд. “.

5 Вид. БИТ закључен између Србије и Холандије чл. 1; БИТ закључен између Србије и Белгије чл. 1 и сл.

6 Вид. *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, од 11. јул, 1997. године, пара. 31–37; Услед циљног тумачења одредби БИТ-а, трибунал је закључио да термин заштићена инвестиција подразумева зајмове и друге кредитне аранжмане.

повређен актима државе (или пропуштањима да се дати акти предузму) којима се нарушавају легитимна очекивања која је страни инвеститор имао у тренутку доношења одлуке да инвестира у државу пријемницу.⁷ Легитимна очекивања се могу заснивати на датом правном оквиру тј. законским прописима у тренутку инвестирања,⁸ закљученим уговорима,⁹ и/или на актима које је држава пријемница експлицитно или имплицитно преузела у контексту заштите страних улагања.¹⁰ У том смислу, одређене, а посебно драстичне, промене правног оквира се могу квалификовати као повреда легитимних очекивања инвеститора (а тиме и као повреда фер и равноправног третмана) уколико се њима значајно умањују гаранције које је држава давала инвеститору у тренутку улагања. Тако, на пример, ретроактивна примена закона који се односи на принудну конверзију уговора о кредиту индексираних швајцарским францима у Хрватској, по мишљењу Европске Централне Банке (ЕЦБ): „[...] поткопава правну сигурност и није у складу са принципом легитимних очекивања [...]“.¹¹ Поред фер и равноправног третмана, на основу потписаног БИТ-а, држава пријемница углавном има обавезу да инвеститорима и/или заштићеним улагањима обезбеди и потпуну заштиту и сигурност (*full protection and security*). Традиционално се та врста заштите односила искључиво на физичку заштиту инвеститора и његових улагања али је правни стандард у међувремену еволуирао, тако да може да обухвата и правну заштиту улагања.¹² У том смислу, промене правног оквира могу имати за последицу повреду правног стандарда потпуне заштите и сигурности уколико доведе до нарушавања пословања банака и њихових заштићених улагања. Уз то, посебно је важна одредба коју садржи већина савремених БИТ-ова – забрана експропријације. Наиме, забрањено је експроприсати улагања инвеститора или их изложити мерама које су по последицама изједначене са експропријацијом. Свакако, изузетак од тог правила је када је експропријација извршена у јавном интересу и када је инвеститор обештећен за експроприсано улагање (обично пре спровођења било каквих мера и по тржишним ценама). На крају, поједини БИТ-ови изричито садрже и такозвану кишобран клаузулу (*umbrella clause*) која

7 Rumana Islam, *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration: Developing Countries in Context*, Springer, Singapore 2018, стр. 140–144.

8 Нпр., закони који изричито предвиђају пуноважност валутне клаузуле и индексирање.

9 Нпр., пуноважни уговори о кредиту које је банка закључила у складу са законом.

10 Нпр., изјава министра финансија да је валутна клаузула добра опција.

11 Вид. Мишљење Европске Централне Банке од 18. септембра 2015. године у вези конверзије уговора о кредиту индексираних швајцарским францима у Хрватској, CON/2015/32, пара. 3.2.2.

12 Вид. *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, од 14. јула, 2006. године, пара. 408, где је закључено да „потпуна сигурност подразумева више од физичке сигурности“.

додатно проширује одговорност државе пријема, тако да она може да одговара не само на основу правних стандарда које БИТ изричито предвиђа, већ и на основу стандарда и обавеза из других правних послова.¹³

Поред значајних процесних предности, које се пре свега огледају у неутралном форуму са специјализованим и непристрасним арбитрама, инвестициона арбитража суштински има велики број предности за стране банке. Уколико се утврди повреда неког од правних стандарда из БИТ-а, инвеститорима се може досудити новчана накнада која у неким случајевима, поред износа инвестиције увећаног за камате и трошкова, може да укључи и измаклу добит.¹⁴ Уз то, као што је познато, арбитражне одлуке су обавезујуће и већина држава их добровољно спроводи. Чак и у случају противљења једне од страна у спору, арбитражне одлуке се могу извршити принудним путем.¹⁵

III Арбитражни поступци у Хрватској и Црној Гори

Арбитражни поступци које су банке покренуле против Хрватске и Црне Горе у вези са кредитима који су индексирани швајцарским францима могу бити релевантни за случај Србије из неколико разлога. Прво, те земље имају сличне законске одредбе које се односе на валутну клаузулу као што има Србија. Друго, у њиховим јурисдикцијама су углавном присутне идентичне стране банке као и у Србији, и треће, те две земље имају закључене исте или сличне билатералне инвестиционе споразуме са државама порекла страних банака као и Србија. На концу, на основу предузетих мера у Хрватској и Црној Гори, може се видети и како би банке у Србији могле да реагују на поједине мере државе у вези са кредитима који су индексирани швајцарским францима.

1. Измена правног оквира и арбитражни поступци против Хрватске

Исто као у Србији, хрватски *Zakon o obveznim odnosima* дозвољава уговарање валутне клаузуле и индексирање уговорне обавезе швајцарским

13 Вид. Christopher Schreuer, „Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in The Road”, *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 5, No. 2, 2004, стр. 231–235.

14 Вид. Hilary Heilbron, “Assessing Damages in International Arbitration: Practical Considerations”, *Journal of Damages in International Arbitration*, Vol.1 No. 1, 2014, стр. 45–46.

15 Вид. Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Arbitraža u ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 172–183.

францима.¹⁶ Међутим, за разлику од Србије, судство у Хрватској није доводило у питање пуноважност валутне клаузуле у уговорима у кредиту. Напротив, хрватски судови су заузели јасно становиште да је уговарање валутне клаузуле дозвољено. Као спорно питање, судови у Хрватској су покренули питање обавештавања тј., да ли су хрватске банке: “[...] по редовном тијеку ствари могле, односно морале знати, какав ће у будућем уговореном раздобљу трајања тих кредита бити смјер кретања течаја швајцарског франка и осталих валута уз које су уговорени кредити уз примјену валутне клаузуле?”¹⁷ Након постављеног питања, суд је даље констатовао: „Ако су банке знале, односно морале знати, а такве информације су ускратиле својим клијентима при склапању уговора о кредитима са валутном клаузулом у швајцарском франку, онда би такво њихово поступање могло утјецати на оцијену о јасноћи и разумљивости одредби уговора са валутном клаузулом у швајцарском франку, а о којима се није појединачно преговарало, а тим у свези и њиховом подлијегању оцјени (не) поштености“.¹⁸ Дакле, хрватски судови су стали на страну закона установљавајући да валутна клаузула није забрањена, уз допуштање могућности да би уговор о кредиту евентуално могао да буде измењен или поништен ако би се доказала несавесност банака. Како је у литератури већ објашњено да банке, у било којој држави, па тако и у бившим југословенским државама, као и сви остали смртници, не могу да предвиде будућност,¹⁹ може се закључити да би највиша судска инстанца у Хрватској вероватно одржала на снази уговоре о кредиту који су индексирани швајцарским францима.

Међутим, поред законских норми, чини се да Хрватска има и друге сличности са Србијом. У том смислу, популизам се може видети као најбитнији разлог због кога је хрватска политичка елита, и поред јасних законских норми и недвосмислених судских пресуда, предузела неколико мера: Прво је допунама Закона замрзнут курс за кредите у швајцарским францима, у периоду од годину дана, на 6,39 HRK за један CHF, док је тржишни курс у то

16 Вид. *Zakon o obveznim odnosima RH*, „*Narodne novine*“, 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, чл. 22, ст. 1: „Допуштена је одредба уговора према којој се вриједности уговорне обавезе у валути Републике Хрватске израчунава на темељу цијене злата или течаја валуте Републике Хрватске у односу према страном валути“.

17 Вид. Решење Врховног суда Републике Хрватске од 03.10.2017. године, Revt. 575/16-5, стр. 16.

18 *Ibid.* стр. 16–17.

19 Вид. Борис Беговић, „Валутна клаузула: сврха, дилеме и могући исходи“, *Право и привреда*, 10–12/2016, 35–39.

време био 6,88 HRK за један CHF.²⁰ Након тога, у септембру 2015. године, хрватска влада је предложила измену Закона о потрошачким кредитима,²¹ како би била извршена принудна конверзија кредита индексираних швајцарским францима у кредите индексираних еврима. Те измене су ступиле на снагу већ крајем септембра исте године а према новим одредбама, банке би требало да сnose све трошкове конверзије, уз могућност делимичне компензације у виду пореских одбитака.²² Уз то, одлучено је да се нове одредбе Закона примењују ретроактивно – на пуноважне уговоре о кредиту који су закључени пре ступања на снагу наведених измена.

Како би се размотрило да ли су уведене мере у складу са правним гаранцијама које је Хрватска дала страним инвеститорима потписујући БИТ, чини се релевантним мишљење ЕЦБ: " [...] сврха Закона [о потрошачким кредитима] је да кориснике кредита индексираних у швајцарским францима стави у позицију у којој би били да су њихови уговори од самог почетка били у еврима или кунама".²³ Поред тога, ЕЦБ наглашава да: "[...] ретроактивна примена закона није у складу са општим циљем и начелом Директиве 2014/17/EУ, која дозвољава државама чланицама да регулишу кредите у страниој валути, под условом да се таква регулатива не примењује ретроактивно".²⁴ На крају, као што је већ поменуто, ЕЦБ констатује да ретроактивна примена закона: „[...] поткопава правну сигурност и није у складу са принципом легитимних очекивања“.²⁵

Ако се увођење принудног курса CHF, конверзија пуноважних уговора о кредиту, приморавање банака да сnose трошкове те конверзије, ретроактивност и „поткопавање правне сигурности“ ставе у контекст инвестиционе арбитраже и посматрају упоредо са стандардима фер и

20 Вид. Jasmina Kuzmanovic, "Banks Prepare to Sue Croatia Over Swiss Franc Loans Law," *Bloomberg Business*, 14. септембар, 2015; *Izmene Zakona o potrošačkom kreditiranju, Narodne Novine*, бр. 9, 26.01.2015.

21 Вид. *Zakon o potrošačkom kreditiranju, Narodne Novine*, бр. 143/13, 147/13, 09/15, 78/15, 102/15, 52/16, чл. 11а – 11d; Измењени текст закона је на снази од 30. септембра 2015. године.

22 Процењује се да трошкови конверзије који су настали услед изненадне промене Закона о потрошачком кредитирању у Хрватској износе око једну милијарду америчких долара. Уз то, поједини аутори наводе да је Влада одлучила да заштити кориснике кредита непосредно пред парламентарне изборе који су били заказани за 8. новембар 2015. године. Вид. Игор Илић, „UPDATE 2 – Croatia's top court rejects banks' call to assess franc-loan conversion law“, *Reuters*, www.reuters.com, последњи приступ 16.04.2019.

23 Мишљење ЕЦБ од 18. септембра 2015. године, CON/2015/32, пара. 1.2.

24 *Ibid.*, пара. 3.2.1.

25 *Ibid.*, пара. 3.2.2.

равноправног третмана, потпуне заштите и сигурности, као и забране експропријације, не би требало да чуди иницирање следећих поступака:

- UniCredit Bank and Zagrebačka Banka v. Croatia (ICSID Case No. ARB/16/31);
- Raiffeisen v. Croatia (ICSID Case No. ARB/17/34);
- Addiko Bank v. Croatia (ICSID Case No. ARB/17/37);
- Erste & Steiermärkische Bank and others v. Croatia (ICSID Case No. ARB/17/49).

Практично да нема банке у Хрватској која је (у складу са законом) одобравала кредите индексиране швајцарским францима, а да није покренула арбитражни поступак због мера које је та држава преузела. Како у тим поступцима и даље нема пресуда или мишљења која су доступна јавности, остаје да се види коначан исход. Ипак, делује мало вероватно да би популизам и подилажење бирачком телу могли бити прихваћени као основ за искључење одговорности државе за штету проузроковану уведеним мерама.²⁶

Посебно је занимљиво да су сви наведени поступци против Хрватске покренути на основу БИТ-а који је Хрватска закључила са Аустријом. То може бити од значаја за даљу анализу јер Србија има потписан сличан БИТ са Аустријом и планира предузимање сличних мера као што је предузела Хрватска.

2. Измена правног оквира и арбитражни поступци против Црне Горе

Закон о облигационим односима Црне Горе садржи сличне одредбе као хрватски и српски закони и изричито дозвољава уговарање валутне клаузуле.²⁷ Уз то, ситуација у Црној Гори је прилично једноставна јер је само једна банка одобравала кредите који су индексирани швајцарским францима – аустријска Addiko Bank. Ипак, показало се да ни мање државе нису отпорне на популизам, па је тако у Црној Гори, под притиском

26 Више о правном основу за искључење одговорности државе у контексту инвестиционе арбитраже, вид. Марко Јовановић, *Одговорност државе за заштиту страних директних улагања*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, стр. 258–299.

27 *Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore*, „Sl. list CG“, бр. 47/2008, 4/2011 – др. закон и 22/2017; чл. 404 гласи: „Ако новчана обавеза гласи на плаћање у некој страниј валути или злату, њено испуњење се може захтевати у домаћем новцу према курсу који важи у тренутку испуњења обавезе“.

малог броја (очигледно веома утицајних) корисника кредита у швајцарским францима, донет посебан Закон о конверзији кредита у швајцарским францима у евре (*lex specialis*).²⁸ Тај закон садржи свега шест чланова који предвиђају лаконско, али не и солмонско решење. Тако члан 2 Закона прописује: „Комерцијалне банке даваоци кредита су дужни у року од 30 дана, од дана ступања на снагу овог закона, извршити конверзију свих кредита одобрених у страниој валути швајцарским францима – CHF, конвертовати у званичну валуту која се користи у Црној Гори – EUR, по званичном курсу који је важио на дан склапања Уговора, који објављује Централна банка Црне Горе“. Као да принудна измена пуноважних уговора није довољна, члан 3 истог закона предвиђа: „Комерцијалне банке су дужне да након конверзије кредита у EUR, изврше обрачун кредита са урачунатом фиксном каматном стопом од 8,2%“. На самом крају, поред наведених лаконских, могу се уочити и драконска решења у члану 5: „Новчаном казном у износу од 20.000,00 еура до 40.000,00 еура казниће се за прекршај комерцијална банка или треће лице, ако: 1) не изврши нови обрачун кредита, односно потраживања; 2) не врати више уплаћени износ средства од обавезе утврђене по овом закону по основу кредита који су у редовном или принудном наплатом отплаћени; 3) у прописаном року не достави трећем лицу податке и документацију; 4) у прописаном року не достави дужнику предлог о регулисању дуга; 5) од ступања на снагу овог закона, не обустави све радње које се односе на принудно извршење ради намирења потраживања дужника“.

На основу изложених законских решења, делује да је Црна Гора ефикаснија од Хрватске. Она је доношењем једног *lex specialis* успела да уради оно за шта је Хрватима требало неколико измена и допуна постојећих закона, а то су: принудна измена уговора који су пуноважни (закључени у складу са законом), приморавање банака да снесу све трошкове те конверзије, ретроактивно дејство *lex specialis*-а које је супротно европским стандардима, поткопавање правне сигурности и повреда легитимних очекивања.

Као и у случају Хрватске, не чуди чињеница да је једина банка која је одобравала кредите индексираних швајцарским францима покренула инвестициону арбитражу:

- Addiko Bank v. Montenegro (ICSID Case No. ARB/17/35)

28 Zakon o konverziji kredita u švajcarskim francima CHF u eure EUR, „Sl. list CG“, бр. 46/2015 и 59/2016.

Посебно је значајно да је тај арбитражни поступак покренут на основу БИТ-а који је потписан између Црне Горе и Аустрије. То може бити од значаја за анализу која следи јер Србија има закључен идентичан БИТ са Аустријом,²⁹ а од недавно има и *lex specialis* који је сличан црногорском.

IV Измена правног оквира и ризик од потенцијалних арбитражних поступака против Србије

У Србији је било доста лутања у погледу пуноважности и сврхе валутне клаузуле и поред тога што је, као што је већ поменуто, уговарање валутне клаузуле предвиђено законом.³⁰ Тако су поједини аутори погрешно истицали да је сврха валутне клаузуле: „у функцији очувања реалне тржишне вредности пласираних динарских средстава“³¹, док је судство заузело став да је то: „чување реалне вредности главнице дуга и обезбеђивање повериоца од могуће инфлације, која би обезвредила обавезу дужника [...]“.³² Када је коначно постало јасно да сврха валутне клаузуле није алокација ризика куповне моћи, већ валутног ризика,³³ и да је као таква валутна клаузула предвиђена законом, судови су почели да разматрају могућности за примену института *rebus sic stantibus*.³⁴ Међутим, ако се има у виду наведена сврха клаузуле, јасно је да су обе уговорне стране имале у виду могућност измене курса валуте у будућности јер су управо због тога и уговориле клаузулу (наравно, то не важи само за уговоре индексираних швајцарским францима већ и за уговоре у свим другим валутама). Другим речима, било би практично немогуће доказати да уگو-

29 Споразум између СБ СР Југославије и Владе Републике Аустрије о узајамном подстицању и изаштити улагања, *Сл. лист СРЈ-МУ*, бр. 1/02 је на снази од 01.08.2002. године и данас је обавезујући за Србију и Црну Гору.

30 Вид. Закона о облигационим односима, *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. 395.

31 Драгиша Слијепчевић, „Примена валутне клаузуле и променљиве каматне стопе у уговору о кредиту“, *Привредни саветник*, 16/2016, стр. 64.

32 Део одговора на питања постављена на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове, одржаној 30.11.2016. године. Вид. Билтен судске праксе Привредних судова, 4/2016, 87–88.

33 Вид. Борис Беговић, „Валутна клаузула: сврха, дилеме и могући исходи“, *Право и привреда*, 10–12/2016, стр. 24.

34 Уз доста логичких недоследности и грешака у закључивању, на промене околности се позива ВКС у три предмета која се односе на уговоре о кредиту индексираних швајцарским францима: Рев. 321/2016 од 25.01.2017. године, Прев. 60/2016 од 27.04.2017. године и Рев. 2278/2017 од 22.02.2018.

ворне стране нису имале у виду могућност промене курса валуте при закључивању уговора са валутном клаузулом. Евентуално би се могло доказивати да је промена курса валуте већа од промене коју је једна од уговорних страна очекивала у тренутку закључења уговора. Међутим, домаћи судови нису дали било какве смернице у том погледу, осим једног недефинисаног и самим тим потпуно бескорисног правног стандарда „енормна промена курса“.³⁵

Последња реч судства у вези кредита индексираних швајцарским францима у Србији је оличена у Правном схватању Врховног касационог суда (ВКС) од 2. априла 2019. године – „Пуноважност валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзија“.³⁶ Две седмице касније, своју последњу реч је дала и извршна власт тако што је предложила дуго најављивани *lex specialis* који би требало да реши све проблеме у вези валутне клаузуле и швајцарског франка. Имајући у виду да ранији ставови суда нису могли озбиљно да угрозе законитост валутне клаузуле и пуноважност уговора о кредиту, у даљем тексту ће бити размотрене само „последње речи“ судске и извршне власти у контексту заштите страних улагања у Србији.

1. Правно схватање ВКС и заштита страних улагања

Правно схватање ВКС умногоме потврђује да судови у Србији и даље не схватају у потпуности која је сврха валутне клаузуле и како та клаузула утиче на уговорни однос између дужника и повериоца.³⁷ Ипак, са становишта заштите страних улагања посебно је значајан други став тог схватања који гласи: „Ништава је одредба уговора о кредиту о индексирању динарског дуга применом курса CHF која није утемељена у поузданом писаном доказу да је банка пласирана динарска средства прибавила посредством сопственог задужења у тој валути и да је пре закључе-

35 Чак и уколико се претпостави да је могуће дефинисати „енормну промену курса“ у проценти-ма, то би створило огромну правну несигурност за све уговорне стране које су индексирале уговорну обавезу било којом страном валутом. Увођење било каквог правила те врсте, као и његова ретроактивна примена, могли би да буду подједнако штетни за заштићена страна улагања као и оглашавање ништавом валутне клаузуле која је изричито предвиђена законом.

36 Правно схватање ВКС је доступно на: <https://www.vk.sud.rs/sr>, последњи приступ 15.04.2019.

37 За више детаља вид. Борис Беговић, „Тријумф идеје над разумом: правноекономски коментар Правног схватања Врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле“, *Право и привреда*, у штампи, 2019; Милош Живковић, „Кратка правна анализа правног схватања ВКС о пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзији“, *Право и привреда*, у штампи, 2019.

ња уговора кориснику кредита доставила потпуну писану информацију о свим пословним ризицима и економско-финансијским последицама које ће настати применом такве клаузуле.“

Тим ставом, ВКС условљава пуноважност законом прописане валутне клаузуле посебним условима који се односе искључиво на једну валуту – швајцарски франак. При томе, није јасно на кога пада терет доказивања да је тај посебни услов испуњен и посебно није јасно шта би се догодило ако, на пример, банка пружи писане доказе да је задужена у иностраној валути али не у идентичном износу као што је износ одобрених средстава.³⁸ Уз то, изузетно је забрињавајућа ретроактивна примена наведеног услова, која подсећа на примену прописа у Хрватској и Црној Гори, о којој је ЕЦБ већ изнела свој став. На тај начин се умањују правне гаранције које су банке имале приликом доношења одлуке о инвестирању и умањује се правна сигурност (и то не само у погледу уговора о кредиту индексираним швајцарским францима, већ и у погледу других улагања која почивају на валутној клаузули). Ако се банкама намећу додатни трошкови у виду доказивања које се може поредити са *probacio diabolica* и ако се започне са праксом оглашавања ништавим пуноважних и законом предвиђених валутних клаузула, може се очекивати да ће банке тврдити повреду неког од правних стандарда у БИТ-овима који су тренутно на правној снази. Пре свега, могло би се очекивати позивање банака на повреду фер и равноправног третмана, потпуне заштите и сигурности, као и на забрану експропријације. Једино што може да поштеди Србију и помогне јој да избегне судбину Хрватске и Црне Горе, јесте чињеница да ће доследном применом Правног схватања ВКС, дужници бити у лошијој позицији него што би били да наставе да отплаћују дуг у швајцарским францима.³⁹

2. *Lex specialis* и заштита страних улагања

Да правна несигурност буде још већа, само две седмице након што је објављено Правно схватање ВКС, извршна власт у Србији је одлучила

38 Беговић наводи сликовит пример: „уколико укупни пласмани банке путем уговора о кредиту износе 15 милиона швајцарских франака, а банка поднесе „писмене доказе да је прибавила“ само 14 милиона франака, да ли то значи да је недозвољена валутна клаузула у свим уговорима о кредиту у швајцарским францима (15 милиона) или само онима за које недостају извори (1 милион)? Уколико је одговор ово друго, како између свих уговора о кредиту у швајцарским францима пробрати оне чија је валутна клаузула ништава, сходно ставу 2 Правног схватања ВКС.“ Ibid., стр. 8–9.

39 Беговић је то егзактно показао на нумеричком примеру који је конструисало удружење „Ефектива“. Вид. Ibid., стр. 12–13.

да реши проблеме грађана који су задужени у швајцарским францима. Тако је министар финансија 15. априла 2019. године обнародовао да је припремљен предлог Закона о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима, док је текст предлога објављен дан касније.⁴⁰ Према том предлогу, између осталог, све банке ће бити дужне да понуде конверзију преосталог дела дуга из швајцарских франака у евре, при чему ће укупан износ дуга који је тако добијен бити умањен за 38% (чл. 4), док је фиксна каматна стопа ограничена на 4 % (чл. 4). Уз то, већину трошкова који ће настати услед конверзије мораће да снесу банке (чл. 11). На крају, важно је поменути и један детаљ процедуралне природе – *lex specialis* се доноси по хитном поступку и примењиваће се ретроактивно – на пуноважне уговоре о кредиту који су закључени пре ступања на снагу новог Закона (чл.3).

Већ на основу неколико чланова, јасно је да *lex specialis* има много сличности са прописима који су претходно донети у Хрватској и Црној Гори: нови закон се примењује ретроактивно – на пуноважне уговоре који су закључени пре ступања на снагу тог закона, задире се у права банака, приморавају се банке да снесу трошкове конверзије, поткопава се правна сигурност и нарушавају се легитимна очекивања банака.

За детаљнију анализу, поред одредби закона, потребно је размислити и конкретан БИТ којим се штите улагања одређене банке. Тако, на пример, БИТ који су закључиле Србија и Аустрија у члану 1 предвиђа да заштићено улагање, између осталог, чине: „[...] акције, обвезнице и било која друга врста учешћа у компанији; потраживања у новцу, потраживања у чињењу или било која друга потраживања из уговора који има економску вредност“. Даље, у члану 2 тај исти БИТ прописује да ће „[...] инвестиције и приходи од инвестиција имати фер и правичан третман и уживати пуну заштиту у складу са Споразумом“. Између осталог, та заштита подразумева и гаранције из члана 4 истог БИТ-а који гласи: „Улагања неће бити експроприсана, национализована или подвргнута мерама које имају ефекте еквивалентне експропријацији [...] осим у јавне сврхе, на основу прописаног поступка на недискриминаторној основи и уз компензацију“.⁴¹

40 Предлог Закона о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима је доступан на интернет адреси: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2019/1496-19.pdf, последњи приступ 16.04.2019.

41 Сличне одредбе о заштити од експропријације постоје и у БИТ-овима које је Србија потписала са другим државама. Вид. нпр., БИТ који Србија има потписан са Италијом (чл. 5),

Имајући у виду да нови *lex specialis* по начину доношења и примене не одговара правним стандардима XXI века,⁴² као и да умањује дугове корисника кредита, одређује каматне стопе и приморава банке да снесу трошкове које нису проузроковале, делује да би постојеће чињенично стање генерално могло да се супсумира под класичне стандарде заштите у БИТ-овима (у зависности од конкретне одредбе БИТ-а у питању и конкретног чињеничног стања).

У случају Србије, постоји и једна посебна околност када су у питању могућности за покретање поступака против државе. Наиме, нови Закон о улагањима из 2018. године је изједначио домаће и стране инвеститоре,⁴³ и изричито предвиђа у члану 4 да се: „јемчи заштита улагања извршених у складу са Законом“ и у члану 5 да: „Улагач ужива пуну правну сигурност и правну заштиту у погледу права стечених улагањем“. Уз то, Закон о улагањима детаљно прописује и забрану експропријације на коју би могле да се позову не само стране већ и домаће банке чије је пословање угрожено услед мера које предузима држава. У том смислу, члан 6 Закона јасно прописује да: „Улагање неће бити предмет експропријације било непосредно или посредно мерама које имају за циљ ефекат који је једнак експропријацији.“

V Закључна разматрања

Имајући у виду сличности законских прописа који постоје у државама региона и сличности чињеничних стања у вези са уговорима о кредиту индексирани швајцарским францима, делује да би било целисходно да законодавац у Србији не усвоји *lex specialis*. Предлог Закона о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима не би требало усвојити барем до првих одлука у поступцима који су, због сличних или истих предузетих мера, покренути против Хрватске и Црне Горе, на основу сличних или истих споразума. Уз то, свакако нема потребе за доношењем закона по хитном поступку јер је „проблем“ уговора о кредиту настао пре више година и од тада до данас се ништа битно није променило (осим чињенице да треба донети одлуку о расписивању избо-

Немачком (чл. 7), Грчком (чл. 4) и сл. Исто важи и за одредбе споразума којима се дефинише заштићено улагање, фер и правичан третман и потпуна заштита и сигурност.

42 Негативан став о предложеној ретроактивној примени Закона заузео је и Фискални савет Србије. Вид. <http://www.fiskalnisavet.rs/latinita/ocene-i-misljenja.php>, последњи приступ, 18.04.2019.

43 Вид. Закон о улагањима, *Сл. гласник РС*, бр. 89/2015 и 95/2018, чл. 3. и чл. 7.

ра), а још мање има потребе за ретроактивном применом *lex specialis*-а, о којој је ЕЦБ већ изнела јасан и недвосмислен став.

Уколико Влада истраје у намери да на овај начин заштити кориснике кредита и законодавна власт то подржи, са економског становишта, не могу се очекивати повољне последице. Наиме, банке могу имати основа за покретање арбитражног поступка против државе због доношења и начина примене *lex specialis*-а и биће додатно подстакнуте на то ако банке из региона барем делимично успеју у својим захтевима. Када су поступци покренути због угрожености улагања и нарушавања правне сигурности (што се не може оспорити, барем када је у питању ретроактивност у примени закона), без обзира на коначан исход спора, потенцијалним новим инвеститорима се шаље веома лош сигнал. Уколико би дошло до смањења активности и инвестиција у банкарском сектору, то би неминовно утицало на пораст равнотежне каматне стопе, а у држави са ниском стопом штедње и са израженом потребом за инвестицијама, то би даље могло битно да утиче на привредни раст.

Због свега наведеног, из правних и економских разлога, не би требало присилно конвертовати пуноважно закључене уговоре и приморавати банке да сносе трошкове те конверзије. На једној страни су право и економија а на другој популизам и прикупљање политичких поена – да ли ће *lex specialis* ступити на снагу или не, питање је сад?

Исто питање може да се постави и на други начин. Ако се има у виду да су мере у Хрватској предузете непосредно пред парламентарне изборе у новембру 2015. године, а у Црној Гори непосредно пред изборе за посланике у парламенту 2016. године – да ли ће бити избора у Србији или не, питање је сад?

Nikola ILIĆ, LL.M.

Teaching Assistant at University of Belgrade Faculty of Law

**CHF LOANS AND INVESTMENT ARBITRATION:
CASE OF THE REPUBLIC OF SERBIA**

Summary

*This paper considers the regulation introduced by the Serbian state in order to protect the consumers of the CHF loans in the context of the legal protection of the banks' investments provided by bilateral investment treaties (BIT). The first part of the paper deals with the cases of Croatia and Montenegro because these countries have similar regulation in comparison with Serbia regarding the contracting of the foreign currency clause and the protection of foreign investments. In the third part, the Legal opinion of the Serbian Supreme Court and the *lex specialis* as of April 2019 are particularly considered to determine whether these measures violate the legal guarantees given to banks and could that lead to the initiation of arbitration proceedings against the state, as recently done in Croatia and Montenegro.*

Keywords: *loan agreements, currency clause, *lex specialis*, investment arbitration.*