

Милош ЖИВКОВИЋ\*

## КРАТКА ПРАВНА АНАЛИЗА ПРАВНОГ СХВАТАЊА ВКС О ПУНОВАЖНОСТИ ВАЛУТНЕ КЛАУЗУЛЕ КОД УГОВОРА О КРЕДИТУ У ШВАЈЦАРСКИМ ФРАНЦИМА И КОНВЕРЗИЈИ\*\*

### Резиме

После скоро десет година од настанка проблема с уговорима о кредиту индексираним у швајцарским францима, почетком априла ове године о пуноважности у њима садржане валутне клаузуле изјаснио се правним схватањем Врховни касациони суд. Према схватању ВКС, валутна клаузула у еврима је пуноважна јер само тада служи заштити начела еквиваленције узајамних давања, а у швајцарским францима је ништава, осим ако банка докаже да се и сама задужила у швајцарским францима да би одобрила кредит, те да је унапред писмено упозорила корисника кредита на све ризике и правноекономске последице уговарања валутне клаузуле у CHF. Уговори у кредиту с CHF валутном клаузулом, међутим, конвертирају у дозвољене уговоре о кредиту с EUR валутном клаузулом, и то од самог почетка, а док се не примени конверзија судови треба да усвајају правна средства усмерена на онемогућавање реализације средстава обезбеђења. Анализа показује да је став о пуноважности валутне клаузуле у еврима исправан, али да садржи некоректну логичку редуцију, да став о ништавости CHF клаузуле по свему судећи није правнологички добро заснован и не може да успешно издржи критику, те да су ставови о конверзији и привременој суспензији извршења, мање-више исправни. Образложење правног схватања објављено је 15 дана после самог става, и написано је на методолошки недопустив начин, уз бројне мањкавости, како у техничком смислу (упућивање на погрешне одредбе и некоректно навођење судских одлука) тако, што је још важније, у правнологичком и уопште логичком смислу.

---

\* Проф. др Милош Живковић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

\*\* Рад је настао у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду.

*Закључак анализе је да је, упркос несумњивим мањкавостима и нелогичностима у самом правном схватању, његова највећа мањкавост, заправо, начин на који је оно образложено, односно начин на који Врховни касациони суд сматра да може да усваја и образлаже своја правна схватања која имају огроман практичан значај и домаћај.*

**Кључне речи:** Правно схватање ВКС – валутна клаузула – индексација швајцарским францима – ништовост.

### 1. Увод – о проблему кредита индексираних швајцарским франком

Проблем кредита индексираних швајцарским францима данас је општепознат, имајући у виду да се скоро десет година у јавним медијима говори о проблемима у којима су се нашли дужници који су узели овакве кредите, пре свега стамбене али и све друге. У најкраћем, проблем би се дао описати овако: средином протекле деценије,<sup>1</sup> пословне банке у Србији (и не само у Србији, али тиме се у овом чланку нећемо бавити) понудиле су грађанима и привреди кредите који су били индексирани (везани) за швајцарске франке. Ови кредити имали су ту повољност што је каматна стопа била значајно нижа од каматне стопе која се уговарала за кредите индексирани у валути евро, што је за грађане значило да, због мањег износа рате, са истим кредитним потенцијалом могу подићи већи кредит (већу главницу кредита). Отуд су се грађани и привреда у значајном броју задуживали посредством оваквих кредита (око 22.000 кредитних партија). Проблем је настао када је, услед дејстава светске економске кризе с краја протекле деценије, курс швајцарског франка значајно порастао не само у односу на динар, већ и у односу на друге валуте (напосе, евро), а нарочито услед наглог раста курса швајцарског франка који се догодио после 15. јануара 2015. године, када је Национална банка Швајцарске одлучила да престане да интервенцијама на девизном тржишту брани унапред максимизирани однос швајцарског франка према евр (у односу 1,20:1). Раст курса швајцарског франка, разуме се, довео је до тога да су се не само камата, већ и главница кредита индексираних у швајцар-

---

1 Кредити индексирани швајцарским франком су најављени крајем септембра 2005. године, а први су одобрени у последњем тромесечју те године. Иначе, при појави ових кредита тадашњи гувернер Народне Банке Србије Радован Јелашић обратио јавности и јасно је упозорио да „...треба имати у виду да се кредити везани за швајцарски франак не могу поредити са сличном стамбеним кредитима чија је основа кретање курса евра. Пошто се курс динара утврђује према евр, кредити у швајцарским францима подразумевају већи ниво ризика...“. Наведено према Време, бр. 768, 22. септембар 2005. године.

ским францима, у динарским износима драстично повећали. Услед тога, велики број корисника тих кредита, који су зарађивали у динарима или еврима, нашао се у проблему услед релативног повећања рата кредита. Увидевши тај потенцијални проблем, Народна банка Србије је још у јуну 2011. године забранила даље одобравање кредита с валутном клаузулом у било којој страниој валути осим евра (што је ступило на снагу почев од јула 2011. године), и у више наврата је реаговала својим одлукама и препорукама пословним банкама како да се носе с проблемима дужника задужених у швајцарским францима.<sup>2</sup> Само је мали број дужника нашао интерес да искористи могућности које је својим актима створила Народна банка Србије 2015. године.<sup>3</sup> Већина преосталих дужника је покренула

- 
- 2 В. Препоруку БАН 001/13 од 31. маја 2013. године у вези са стамбеним кредитима индексираним у швајцарским францима, [http://www.nbs.rs/internet/latinica/55/preporuke\\_20130531/preporuka\\_BAN01\\_20130531.pdf](http://www.nbs.rs/internet/latinica/55/preporuke_20130531/preporuka_BAN01_20130531.pdf), последњи приступ 20.4.2019; Одлуку о мерама за очување стабилности финансијског система у вези с кредитима индексираним у страниој валути, *Службени гласник РС* бр. 21/2015 и 51/2015.
- 3 Тачка 3. Одлуке о мерама за очување стабилности финансијског система... из 2015. предвидела је следеће обавезе пословних банака: „Банка је дужна да, најкасније 30 дана од дана ступања на снагу ове одлуке, корисницима стамбених кредита индексираних у швајцарским францима, уз задржавање постојећих инструмената обезбеђења и у складу са актима из тачке 6. ове одлуке, понуди следећа четири модела закључења анекса уговора којим би се изменили услови отплате кредита:
- 1) кредит индексиран у швајцарским францима конвертује се у кредит индексиран у еврима по курсу који је за 5% нижи од средњег курса евра према швајцарском франку израчунатог на основу званичног средњег курса динара према еврима и званичног средњег курса динара према швајцарском франку који важе на дан закључења анекса уговора, уз даљу примену каматне стопе коју банка примењује на кредите индексираних у еврима, уз могућност продужења рока отплате кредита, у складу са захтевом корисника, најдуже за пет година;
  - 2) кредит индексиран у швајцарским францима конвертује се у кредит индексиран у еврима по курсу евра према швајцарском франку израчунатом на основу званичног средњег курса динара према еврима и званичног средњег курса динара према швајцарском франку који важе на дан закључења анекса уговора, а каматна стопа коју банка примењује на кредите индексираних у еврима на годишњем нивоу снижава се за 1 п. п., при чему не мора бити нижа од 3%, уз могућност продужења рока отплате кредита, у складу са захтевом корисника, најдуже за пет година.
  - 3) каматна стопа на годишњем нивоу снижава се за 1 п. п., при чему не мора бити нижа од 3% (ако би каматна стопа након примене тачке 4. ове одлуке била већа од 3%), уз могућност продужења рока отплате кредита, у складу са захтевом корисника, најдуже за пет година;
  - 4) износ месечног ануитета израженог у швајцарским францима снижава се за 20% уговореног износа у периоду од 36 месеци од дана закључења анекса уговора; по истеку тог периода, корисник наставља да отплаћује уговорени износ ануитета; укупан износ за који су месечни ануитети умањени отплаћује се у дванаест једнаких месечних рата након истека првобитног рока доспећа кредита; на потраживања чија је наплата одложена у складу са овом

велики број судских поступака у којима су тражили правну заштиту, било тако што су захтевали да се уговори о кредиту индексирани у швајцарским францима прогласе ништавим (из разних разлога), или да се ти уговори раскину применом клаузуле *rebus sic stantibus*.<sup>4</sup> Број ових спорова повећао се и услед организовања дужника по кредитима индексираним у швајцарским францима (Ефектива, Удружење СНФ Србија...). Овај повећани број спорова, поготово после валутног удара из јануара 2015. године, довео је до различите судске праксе,<sup>5</sup> као и до повећаног интересовања правне доктрине за проблем кредита индексираних у швајцарским францима.<sup>6</sup> Најпосле, сасвим недавно, 2. априла 2019. године, ради

---

*одредбом банка не обрачунава нити наплаћује камату; уговореним износом у смислу ове одредбе сматра се план отплате из тачке 2. став 5. ове одлуке.*"

- 4 Корисници кредита су масовно тужили банке и по другим основама: ништавост једностране измене каматне стопе, забрањеност разлике у курсевима по којима је кредит пуштан у течај и враћан, ништавост накнаде за обраду трошкова кредита, ништавост накнаде за осигурање кредита код НКСОК... Поменута два основа су специфично везани за уговоре о кредиту с валутном клаузулом у швајцарским францима.
- 5 Релативно исцрпан преглед судске праксе закључно с 2017. годином в. у В. Козар, Н. Алексић, Н. Пантелић, *Раскид уговора о кредиту са валутном клаузулом због промењених околности и правне последице раскида*, Пословни биро, Београд 2017, стр. 116 и даље.
- 6 Пажњу је пре свега изазвао реферат тадашњег судије Уставног суда, а сада Врховног касационог суда, Драгише Слијепчевића, в. Д. Слијепчевић, „Примена валутне клаузуле и променљиве каматне стопе у уговору о кредиту“, *Привредни саветник* 16/2016, стр. 62 и даље = *Правни живот* 11/2016, стр. 407 и даље. После тог реферата, чијој посебној тежини је свакако допринела функција коју је обављао њен аутор, наступила је права „поплава“ написа о овој проблематици, в. Б. Беговић, „Валутна клаузула, сврха, дилеме и могући исходи“, *Право и привреда* 10-12/2016, стр. 24 и даље; П. Ћатић, „Валутна клаузула, раскид и последице раскида уговора о кредиту с валутном клаузулом“, *Правни живот* 11/2016, стр. 423 и даље; Небојша Пантелић, „Природа задуживања банке у иностраној валути“, *Правни живот* 11/2016, стр. 443 и даље; В. Козар, Н. Алексић, „Правне последице раскида уговора о кредиту са валутном клаузулом због промењених околности“, *Право и привреда* 1-3/2017, стр. 81 и даље; В. Козар, Н. Алексић, Н. Пантелић, нав. дело (у фусноти 4); Б. Беговић, Н. Илић, „Порекло заблуде о сврси валутне клаузуле“, *Анали ПФБ* 2/2017, стр. 26 и даље; Б. Беговић, „Ревизионизам на делу: наставак саге о валутној клаузули“, *Правни живот* 11/2017, стр. 409 и даље; П. Ћатић, „Валутна клаузула у уговорима о кредиту између два сусрета правника Копаоничке школе природног права“, *Правни живот* 11/2017, стр. 425 и даље; Г. Трнавци, „Валидност валутних клаузула деноминираних у швајцарским францима у БиХ и региону“, *Правни живот* 11/2017, стр. 439 и даље; Д. Мартиновић, „Могућности престанка обавезе коју је преузео дужник закључењем уговора о кредиту индексираним у швајцарским францима“, *Правни живот* 11/2017, стр. 455 и даље; В. Врховшек, В. Козар, „Материјалне и процесне претпоставке за раскид уговора о кредиту са валутном клаузулом у швајцарским францима због промењених околности“, *Правни живот* 11/2017, стр. 469 и даље. На Копаоничкој школи 2016. године био је одржан и посебан округли сто насловљен „Банкарски кредити и промењене околности“, чији је целокупан ток, заједно с рефератима, објављен у *Правни живот* 3-4/2017.

уједначавања судске праксе, своје правно схватање изнело је и грађанско одељење Врховног касационог суда, чија прелиминарна правна анализа је предмет овог рада.

После објављивања овог правног схватања започео је интензиван рад на посебном закону којим би се извршила конверзија уговора о кредиту индексираних у швајцарским францима у такве уговоре индексиране у еврима. Током рада на овом чланку, 16. априла 2019, Влада Србије усвојила је нацрт посебног закона и проследила га, као предлог, на усвајање Народној скупштини, тако да се може претпоставити да ће поље примене правног схватања бити суженије него што се чинило у тренутку кад је објављено.

## 2. Правно схватање ВКС

Правно схватање грађанског одељења Врховног касационог суда донето је у складу са одредбом члана 43. Закона о уређењу судова,<sup>7</sup> који предвиђа да седница одељења Врховног касационог суда разматра питања из делокруга судских одељења, да се ова седница сазива и ако између појединих већа настане несагласност у примени прописа или ако једно веће одступи од правног схватања прихваћеног у својој пракси или од правног схватања које су прихватила сва већа, као и да правно схватање усвојено на седници одељења обавезује сва већа у саставу одељења. Иако је формално правно обавезујуће само за већа у саставу грађанског одељења ВКС (за које, дакле, представља извор права у формалном смислу), а не и за ниже судове, правно схватање грађанског одељења ВКС представља тзв. фактички извор права, због тога што се може претпоставити да ће се нижи судови, у жељи да им одлука не буде укинута пред ВКС, придржавати овог става као да је он обавезујући.<sup>8</sup>

У тренутку настанка овог рада објављен је само диспозитив овог схватања, не и његово образложење,<sup>9</sup> што анализу која предстоји чини нешто комплекснијом него што би иначе била, имајући у виду да ће предмет анализе бити не само оне правне норме на којима је грађанско одељење ВКС одиста засновало своје правно схватање (а што ће се видети из образложења), већ оне норме на којима је то правно схватање, по

7 Службени гласник РС бр. 116/2008, последње измене у бр. 88/2018.

8 В. О. Станковић у О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 1996, стр. 39-41; В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, ПФУУ и Службени гласник, Београд 2014, стр. 120 и даље.

9 По објављивању образложења, 17. априла 2019, у рад је унет посебан одељак који се односи на његову кратку анализу.

свему судећи, могло да буде засновано, јер тренутно не знамо на којима од њих је ВКС уистину засновао свој став.

Правно схватање грађанског одељења ВКС које ће бити предмет анализе гласи:

*„1. Валутна клаузула се може правно ваљано уговорити у циљу очувања једнакости узајамних давања – тржишне вредности динарског износа пласираних и враћених кредитних средстава која се утврђује индексирањем курса евра.*

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

*3. Уговор о кредиту производи правно дејство и након утврђења ништавости клаузуле о индексацији дуга применом курса CHF.*

*У том случају, уговор ће се извршити конверзијом уз очување једнакости узајамних давања – тржишне вредности датог кредита утврђене на основу курса евра на дан закључења уговора и исплату камате у висини одређеној уговорима о кредиту исте врсте и трајања, закљученим са валутном клаузулом у еврима између истог даваоца кредита и других корисника кредита чије се дуговање утврђује применом курса евра.*

*4. У парничном поступку у коме се одлучује о правној ваљаности уговора о кредиту, односно уговорне клаузуле о индексацији дуга у CHF, суд ће на предлог тужиоца одредити привремену меру којом се даваоцу кредита забрањује реализација средстава обезбеђења и извршење уговорне обавезе корисника кредита, уколико већ није покренуто извршење ради реализације средстава обезбеђења.*

*5. У случају када је поступак извршења ради реализације средстава обезбеђења дуга из кредита већ покренут, суд односно јавни извршитељ ће на захтев извршног дужника одложити извршење без полагања јемства.“*

Пре него што се упустимо у анализу, покушаћемо да разјаснимо значење наведеног правног схватања нешто мање стручним речником.

Прва тачка говори о томе да је валутна клаузула начелно дозвољена ако је индексација извршена валутом евро, јер у том случају она служи

очувању еквиваленције узајамних давања уговорних страна. Прва тачка не ограничава се само на уговоре о кредиту. Она садржи у себи три тврдње: прво, да валутна клаузула служи очувању еквиваленције узајамних давања, друго, да ако је валута индексације евро у том случају је остварен циљ (очување еквиваленције) и треће, последично, да је валутна клаузула у еврима дозвољена.

Друга тачка, међутим, каже да је валутна клаузула у уговорима у кредиту, у случају да је индексација вршена у швајцарским францима, начелно ништава, осим ако банка докаже, „поузданим писменим доказом“, да се ради одобравања кредита и сама задужила у швајцарским францима, те ако докаже да је пре закључења уговора кориснику кредита доставила потпуну писану информацију о свим пословним ризицима и економско-финансијским последицама индексације уговора у овој валути. Ова се тачка односи само на уговоре о кредиту. У себи садржи више тврдњи, од којих је основна да је валутна клаузула индексирана у швајцарским францима ништава. Изузетно, ова клаузула може бити пуноважна ако банка докаже да је динаре које је исплатила кориснику кредита прибавила сопственим задужењем у швајцарским францима, те ако докаже да је унапред писмено упозорила корисника кредита на све ризике задуживања уз индексацију кредита у швајцарским францима. Уз то, у погледу доказа о задужењу банке у швајцарским францима, правно схватање садржи и допунско доказно правило, јер се тражи „поуздан писмени доказ“. У погледу дужности давања писмене информације о ризицима пре закључења уговора, ваља приметити да, према правном схватању, ова дужност није ограничена само на потрошачке уговоре о кредиту, већ на све уговоре о кредиту индексиране у швајцарским францима, дакле и оне са привредним субјектима као корисницима кредита.

Трећа тачка прво садржи став да ништавост валутне клаузуле у швајцарским францима не чини цео уговор о кредиту ништавим, већ ништавим чини само валутну клаузулу, како је уговорена, док остатак уговора остаје на снази (чини се да се мисли на делимичну ништавост, а заправо се ради о судској конверзији ништавог посла). Потом је у овој тачки изнет став да се ништава валутна клаузула у швајцарским францима, односно уговор о кредиту који је садржи, претвара (конверзира) у уговор о кредиту који садржи дозвољену валутну клаузулу у еврима, и то *ab initio*, од тренутка закључења уговора о кредиту, уз све последице те конверзије, а пре свега уз обрачун каматне стопе коју је банка тада, у време закључења и у досадашњем току трајања кредита индексираних у еврима, обрачунавала на те, евро кредитне. Другим речима, корисници

кредита индексираних у швајцарским францима стављени су на овај начин у ситуацију као да су од почетка узели кредит индексан у еврима, и све њихове досадашње отплате рата треба обрачунати као да је кредит од почетка био одобрен у еврима, те сравнити биланс по свакој кредитној партији, односно утврдити колико сваки корисник кредита дугује по обављању овог обрачунског сравњивања.

Четврта тачка правног схватања упућује парничне судове пред којима су поступци по захтеву корисника кредита да се утврди ништавост уговора или валутне клаузуле у швајцарским францима да усвајају предлоге тужилаца за издавање привремене мере којом би се спречила реализација средстава обезбеђења и покретање поступка принудног извршења, ако тај поступак већ није покренут, а пета тачка упућује извршне судове и јавне извршитеље да покренуте поступке реализације средстава обезбеђења одложе без обавезе полагања јемства.

Најкраће говорећи, ВКС је својим правним ставом изнео решење које сматра уравнотеженим и „соломонским“ – валутна клаузула у еврима неупитно важи,<sup>10</sup> валутна клаузула у швајцарским францима је у суштини ништава, јер ће бити тешко, ако не немогуће прибавити доказе који се траже за њену изузетну пуноважност. Ипак, ништавост валутне клаузуле у швајцарским францима не чини цео уговор о кредиту ништавим, већ је ништава само тако уговорена валутна клаузула, која се претвара у (дозвољену) валутну клаузулу у еврима, и то од тренутка закључења уговора. Тиме повериоци задржавају сва средства обезбеђења дата уз постојећи уговор (у случају ништавости то би могло бити упитно).<sup>11</sup> С друге стране, док се не спроведе сравњивање дуга у складу с тачком 3. правног схватања и не утврди се колика је преостала главница дуга и камата, парнични судови треба да усвајају привремене мере којим се спречава иницирање поступка принудне реализације средстава обезбеђења, а ако је поступак принудне реализације већ започет, извршни судови и јавни извршитељи треба да одложе извршење без обавезе полагања јемства. Оно што се чини јасним јесте да став о ништавости валутне клаузуле у швајцарским францима и став о спречавању и одлагању реализације средстава обезбеђења иде у корист корисника кредита (дужника), а став о томе да уговор у целини остаје на снази иде у

10 Овај став практично је веома битан, јер су судске спорове почели да покрећу и дужници из уговора о кредиту индексираних у еврима, тврдећи да је валутна клаузула као таква ништава без обзира на валуту индексације, као и уговори о кредиту који је садрже.

11 В. о томе за залогу Д. Хибер, М. Живковић, *Учвршћење и обезбеђење потраживања*, ПФБ, Београд 2015, стр. 85 (пара. 105) и стр. 91-92 (пара 112).



корист банака. За став о конверзији валутне клаузуле у швајцарским францима у валутну клаузулу у еврима сада није сасвим јасно у чију корист иде, јер све зависи од тренутка узимања кредита и досада исплаћених рата отплате кредита. По свему судећи у једном броју случајева и то ће ићи у корист корисника кредита, али није искључено да у значајном броју случајева буде и у корист банке, што ће се све извесније знати када банке обаве неопходне обрачуне и сравњивања сваке поједине партије кредита.<sup>12</sup>

Једна од реакција на правно схватање ВКС било је и да је оно непотпуно, јер се не бави могућношћу раскида уговора о кредиту индексираним у швајцарским францима због промењених околности. По мом мишљењу, ова теза не стоји, бар не у потпуности, јер у свим случајевима у којима се испостави да је, према критеријумима из правног схватања ВКС, валутна клаузула у швајцарским францима ништава, о раскиду уговора услед промењених околности не може бити речи, јер је промењена околност на којој се ти захтеви заснивају раст курса швајцарског франка, што ништавост валутне клаузуле у швајцарским францима у потпуности отклања. Раскид уговора због промене околности у вези с клаузулом која је ништава није могућ, јер се раскинути могу само пуноважни уговори. Само у оним случајевима у којима би, изузетно, валутна клаузула у швајцарским францима била пуноважна, могло би да дође у обзир раскидање таквог уговора због промењених околности, наравно ако су испуњени сви законом предвиђени услови за то. Мени се чини да не би било могуће ни тражити раскид „конвертованог“ уговора о кредиту с валутном клаузулом у еврима због промењених околности, свакако не за период који је већ протекао.

### 3. Анализа правног схватања ВКС

У овом делу биће анализирано правно схватање грађанског одељења ВКС с тачке гледишта могућих основа за ставове који су у њему изнети.

#### 3.1 Прва тачка

Као што је речено, суштина прве тачке правног схватања јесте у томе да је валутна клаузула,<sup>13</sup> када је као валута индексације предвиђен

12 Б. Беговић, „Тријумф идеје над разумом: правноекономски коментар правног схватања Врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле“, *Право и привреда*, 2019. (у штампи).

13 Под валутном клаузулом се подразумева њена законска дефиниција, садржана у члану 2. тачка 24 Закона о девизном пословању из 2006. године: „Валутна клаузула је уговарање вредности обавезе у девизама (валута обавезе) у Републици с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима (валута исплате).“

евро, правно дозвољена, односно пуноважна. Овај став поткрепљен је тврдњом да, у том случају, валутна клаузула служи очувању начела еквиваленције узајамних давања. Став о дозвољености валутне клаузуле дво-струко је заснован у српском праву: прво, од измена 1993. године, валутна клаузула је посредно дозвољена Законом о облигационим односима (даље: ЗОО),<sup>14</sup> који у члану 395. предвиђа да, ако новчана обавеза гласи на плаћање у некој страниј валути или злату, њено испуњење може да се захтева у домаћем новцу према курсу који важи у тренутку испуњења обавезе,<sup>15</sup> и друго, Закон о девизном пословању,<sup>16</sup> у свом члану 34 став 8 изричито каже: „Дозвољено је уговарање у девизама у Републици с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима“. Овим двама одредбама јасно је и изричито изражен став законодавца да валутна клаузула **није забрањена**, пошто је **изричито дозвољена** Законом о девизном пословању, посредно и одредбом ЗОО.

Веза валутне клаузуле и начела еквиваленције узајамних давања је нешто што се, у правним написима, узима као саморазумљиво, и што, уосталом, није могуће порећи правним аргументима, јер је валутна клаузула само један од уступака начелу монетарног валоризма, насупрот монетараном номинализму.<sup>17</sup> Посредством валутне клаузуле уговорне стране договарају да ће вредност узајамних давања одмеравати према курсу одређене стране валуте, а не према номиналном динарском износу који ће служити за међусобна плаћања. Измена члана 395. ЗОО, за коју се везује промена става према валутној клаузули у нашој земљи и дозвољавање, односно поспешивање њеног уговарања, била је изазвана хиперинфлацијом из 1992. године, јер је у условима галомирајуће хиперинфлације једино везивање вредности узајамних престација за страну валуту могло да, колико-толико, успостави еквиваленцију узајамних давања (јер хиперинфлација је значајно погодовала дужницима, чија је номинална обавеза у динарима дневно губила и више од половине своје вредности, мере-

14 Службени гласник СФРЈ бр. 29/1978, 39/1985, Службени лист СРЈ бр. 31/1993.

15 До измена из 1993, ова одредба није предвиђала ништавост, већ је такође омогућавала плаћање у домаћој валути, али по курсу који је важио у тренутку настанка обавезе. Уп.: „Ако новчана обавеза противно посебном савезном закону гласи на плаћање у злату или некој страниј валути, њено испуњење се може захтевати само у домаћем новцу према курсу који је важио у тренутку настанка обавезе.“ Измена је била директна последица хиперинфлације која је погодила државу почетком деведесетих година прошлог века, и представљала је позакоњење судске праксе оличене у тадашњим ставовима Врховног суда Србије. В. о томе Б. Беговић, Н. Илић, стр. 35-38.

16 Службени гласник РС бр. 62/2006, последње измене у 30/2018.

17 В. о томе прегледно Б. Беговић, Н. Илић, стр. 29 и даље.

не куповном моћи новца). Истини за вољу, заштити од инфлације као опадања куповне моћи новца прворедно служи индексирање коефицијентом раста потрошачких цена, јер се на тај начин и мери инфлација,<sup>18</sup> али није спорно да је, поготово у околностима хиперинфлације, и валутна клаузула могла имати (и у нас је и имала) такву сврху.<sup>19</sup> Иако је, економски посматрано, некоректно говорити о томе да је сврха валутне клаузуле заштита повериоца од инфлације, правно није некоректно рећи да валутна клаузула, између осталог, може да служи заштити начела еквиваленције узајамних давања, поготово у случају инфлације. Модерна економска теорија сврху валутне клаузуле види првенствено у преваљивању валутног ризика с кредитора (банке) на дужника. Захтев за тзв. валутном усклађеношћу банака такође је узрокован валутним ризиком.<sup>20</sup>

Ипак, чини се да сврха валутне клаузуле, штагод она била, не би требало да утиче на њену пуноважност. С једне стране, било би посве необјашњиво да пуноважност валутне клаузуле зависи од постојања инфлације, а с друге стране, једнако би било несувисло забрањивати валутну клаузулу кад је зајмодавац неко лице које није банка, па нема потребу за валутном усклађеношћу и не потпада под прописе НБС о управљању ризицима и адекватности капитала. Другим речима, оно чему валутна клаузула служи или треба да служи, начелно не треба да утиче на пуноважност њеног уговарања, већ би могло утицати да даљу судбину пуноважно закљученог уговора с валутном клаузулом. Једино ако би побуда (мотив) уношења валутне клаузуле у уговор био недозвољен, те ако би друга страна знала за такву побуду (јер у том случају побуда чини

---

18 В. Б. Беговић (2016), стр. 29 и даље.

19 В. Б. Беговић, Н. Илић, стр. 37, где се каже: „... законодавац је заштиту од тада већ галопирајуће хиперинфлације видео у њеном мерењу променом девизног курса динара у односу на, пре свега, немачку марку као тада већ резервну валуту у Србији. Такво решење може се оценити као једино могуће у ситуацији која је владала средином 1993. године. *Иако се, начелно посматрано, инфлација мери индексом потрошачких цена (у то време индексом цена на мало), ниво инфлације је већ био толико висок да би, чак и да се израчунавао тај индекс, он био објављен са таквим закашњењем да од њега више не би било никакве користи. Стога је слободно формиран тзв. црни девизни курс био једини начин да се инфлација мери на одговарајући начин и да се номинална потраживања ефикасно ревалоризују.* То су били разлози за увођење валутне клаузуле и законодавцу вероватно тада није стајало на располагању нити једно алтернативно решење које би једнако ефикасно заштитило робноновчану привреду и поспешило тржишну размену“ (наглашавање моје).

20 О томе детаљније В. Беговић (2016), стр. 26 и даље.

саставни део основа/каузе теретних уговора), онда би могло бити речи о ништавости услед недозвољене каузе.<sup>21</sup>

У том смислу, чини се да редукција става о дозвољености валутне клаузуле само на ситуације у којима је она уговорена у циљу заштите еквиваленције узајамних давања није правнолоички коректна. Можда је клаузула уговорена јер дужник има изворе прихода у валути коју предвиђа уговорена клаузула, па хоће да буде сигуран да му је обавеза увек одређена према валути у којој зарађује; можда се ради о банци која преваљује валутни ризик на корисника кредита или жели да постигне бољу валутну усклађеност; можда поверилац хоће да исплате по том уговору троши у држави чију валуту је предвидео валутном клаузулом... У свим овим случајевима валутна клаузула може али не мора да служи заштити начела еквиваленције, а не би требало да њена дозвољеност буде упитна. Једино ако се валутна клаузула уговара у циљу који је забрањен могло би бити речи о њеној ништавости, али опет само под условима који су предвиђени за утицај побуда (циља) уговорача на основ (каузу) уговора. Једнако би правнолоички некоректно било користити циљну везаност валутне клаузуле за очување еквиваленције узајамних давања као основ њене непуноважности посредством начела забране злоупотребе права (противциљно вршење права, чл. 13. ЗОО), јер се код питања пуноважности валутне клаузуле уопште не говори о субјективном праву и његовом вршењу, што је поље примене доктрине о злоупотреби права. Дакле, валутна се клаузула најчешће користи ради заштите начела еквиваленције узајамних давања, али то није услов њене дозвољености, јер се она може уговорити и у било ком другом циљу. Изузетак би могао бити само забрањен циљ (побуда), познат другој страни у моменту закључења (теретног) уговора, који би онда чинио каузу, па тиме и сам уговор, недозвољеним и последично ништавим.

Најпосле, најтеже је правно објашњив трећи став садржан у првој тачки правног схватања ВКС, а тај је да је валутна клаузула која предвиђа евро као валуту индексације пуноважна јер кад је уговорен евро валутна клаузула увек служи одржавању еквиваленције узајамних давања. Могло би се претпоставити да овакав третман евро ужива због тога што је курс динара суштински везан за евро, који је *de facto* наследио од немачке марке својство резервне валуте у Републици Србији,<sup>22</sup> а да се однос динара и

21 В. чл. 53. ЗОО.

22 Тако је у пословној пракси већ годинама уобичајено да се цене вредније робе и непокретности изражавају у еврима.

осталих валута израчунава посредством евра, или због тога што, имајући ово управо речено у виду, Народна банка Србије својим интервенцијама на девизном тржишту утиче на курс евра, спречавајући велике дневне осцилације тог курса, односно вредности евра према динару. Такође, највећи део девизне штедње грађана је у еврима. Ипак, није јасно због чега само евро чини да валутна клаузула служи очувању еквиваленције узајамних давања, а не нека друга валута. Чини се да је Врховни касациони суд желео да експлицитно реши питање пуноважности валутне клаузуле у еврима, и то тако што би заузео став да је таква валутна клаузула пуноважна (за разлику од валутне клаузуле у другим валутама), па да је због тога прва тачка правног схватања формулисана онако како је формулисана.

У сваком случају, став да је у српском праву валутна клаузула у еврима дозвољена, односно пуноважна, неспорно је исправан и заснован је на закону. О ништавости валутне клаузуле више ће бити речи у предстојећем делу, посвећеном анализи друге тачке правног схватања.

### 3.2 Друга тачка

Суштина друге тачке правног схватања ВКС јесте да је валутна клаузула индексирана у швајцарским францима ништава, уз изузетну могућност да она ипак, под одређеним условима, буде пуноважна. Мени се, као професору грађанског права, овај став ВКС чини најспорнијим, односно најмање заснованим или, другим речима, најтеже одбрањивим. Да бих образложио овакав свој суд, потребно је да укратко резимирам основне поставке института ништавости правних послова, посебно уговора.

Пре свега, треба напоменути да се питање пуноважности неког правног посла цени у тренутку његовог настанка, у случају уговора, у тренутку његовог закључења.<sup>23</sup> Уговор је већ у том тренутку или пуноважан или непуноважан, и кад се ради о ништавости није могуће да уговор у тренутку закључења буде пуноважан, па да накнадно постане ништав.<sup>24</sup> Непуноважни уговори уобичајено се деле на ништаве и рушљиве (који обухватају и тзв. храмајуће послове). Ништави су они послови којима се вређа јавни интерес, и они представљају, како се уобичајено каже, тежи

---

23 То је тренутак кад понудилац прими прихват понуде, в. чл. 31. ЗОО.

24 Супротно је могуће, у случају конвалидације ништавог уговора, која у нашем праву може наступити испуњењем у целини или претежном делу (в. чл. 73. и 107. ЗОО), или смањењем обавезе на захтев оштећеног код зеленашких уговора (чл. 141. ЗОО).

облик непуноважности и погођени су строжијим санкцијама.<sup>25</sup> Случајеви ништавости обично се деле на тзв. текстуалну ништавост, односно ситуације у којима сам закон изричито предвиђа да је поједини уговор, или правни посао, ништав (примера ради, зеленашки уговор или делимични индосамент), и случајеве недопуштених (забрањених) послова, чија је ништавост предвиђена на општи начин. Тако, ЗОО. предвиђа да је уговор ништав ако је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, осим ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају предвиђа шта друго.<sup>26</sup> Недопуштеност уговора увек се рефлектује било на његов предмет, било на његов основ (каузу), и њихова је недопуштеност санкционисана ништавошћу.<sup>27</sup> На ништавост суд пази по службеној дужности, свако заинтересовано лице може да се позове на ништавост, а утврђење ништавости може да захтева и јавни тужилац.<sup>28</sup> Право на истицање ништавости се не гаси, односно оно није временски ограничено.<sup>29</sup> Последњих неколико деценија у упоредном праву је посебно развијено право заштите потрошача, које такође садржи значајан број случајева ништавости, пошто се као санкција за повреду права потрошача предвиђа ништавост уговора, односно уговорне одредбе којим је та повреда извршена.<sup>30</sup>

25 В. од уџбеничке и монографске литературе о ништавости: А. Гамс, Љ. Ђуровић, *Увод у грађанско право*, Београд 1991, стр. 246 и даље; Драгољуб Стојановић, *Увод у грађанско право*, Београд 1996, стр. 334 и даље (занимљиво да у ништаве послове убраја и прекомерно оштећење, иако је ту посредни рушљивост); О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 1996, стр. 171 и даље; Радмила Ковачевић-Куштримовић, *Грађанско право, општи део*, Ниш 1997, стр. 193 и даље; Д. Стојановић, О. Антић, *Увод у грађанско право*, Београд 2001, стр. 310-311; Д. Попов, *Грађанско право, Општи део*, Београд 2005, стр. 269 и даље; В. В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2014, стр. 468 и даље; С. Перовић, *Забрањени уговори*, Београд 1975, стр. 228; С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1981, стр. 450 и даље; Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *Облигационо право*, Београд 1987, стр. 290 и даље; Ј. Радишић, *Облигационо право, општи део*, Београд 1990, стр. 166 и даље. В. и М. Јанковић, „Ништави уговори и последице ништавости“ у *Уговорно и одштетно право према Закону о облигационим односима, зборник радова*, Београд 1979, стр. 121 и даље.

26 В. чл. 103. ЗОО.

27 В. чл. 47. и 52. ЗОО.

28 В. чл. 109. ЗОО.

29 В. чл. 110. ЗОО.

30 В. чл. 3. Закона о заштити потрошача (*Службени гласник РС* бр. 62/2014, 6/2016 и 44/2018). Још 1978. године, кад је донет ЗОО, постојале су одредбе које су представљале претечу модерног права заштите потрошача, примера ради одредба чл. 544. ст. 2 ЗОО према којој купопродаја на рате, ако је купац физичко лице (чл. 542. ст. 2 ЗОО), исправа о уговору под претњом ништавости мора садржати одредбу о праву купца да одустане од уговора писме-

У случају валутне клаузуле држим да је немогуће бранити став да је она ништава због тога што је недопуштена (забрањена) у смислу одредбе члана 103. ЗОО, пре свега због изричите одредбе члана 34. ст. 8 Закона о девизном пословању која, подсетићу, гласи: „Дозвољено је уговарање у девизама у Републици с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима“. Налаз да је валутна клаузула у швајцарским францима ништава зато што није дозвољена био би потпуно отворено и изричито *contra legem*. Имајући у виду правно схватање ВКС, чини се да би ваљало поћи од у њему садржаних услова који се траже за (изузетну) пуноважност валутне клаузуле у швајцарским францима, па обрнутом анализом покушати утврдити који су то разлози које је грађанско одељење ВКС узело за темељ своје тврдње да је оваква валутна клаузула, мимо испуњења тих услова, ништава.

Први услов који се по правном схватању ВКС тражи за пуноважност валутне клаузуле у швајцарским францима тиче се потребе да се суду достави поуздан писани доказ да се банка, ради пласирања кредита, и сама задужила у швајцарским францима. Ако се изузме (необичан) захтев да доказ буде „поуздан писани“, што је доказно правило које задире у одредбе Закона о парничном поступку (даље: ЗПП)<sup>31</sup> о слободном судијском уверењу и брижљивој и савесној оцени свих доказа,<sup>32</sup> и што вероватно има за циљ да онемогући банкама да дају доказ о задужењу у швајцарским францима сопственом рачуноводственом документацијом која сведочи о степену валутне неусклађености пласмана (нето отворена девизна позиција), односно изложености валутном ризику, овај услов се своди на захтев да банка докаже одакле јој новац који је позајмила свом клијенту, те да само ако је банка ради одобрења кредита индексираним у швајцарским францима и сама морала да се задужи у швајцарским францима, онда валутна клаузула у тој валути може бити пуноважна (уз испуњење и додатних услова, о чему ће бити речи убрзо). Овај „услов пуноважности“ вероватно је последица написа у доктрини, чији је циљ био да објасне да сврха валутне клаузуле није заштита даваоца кредита од инфлације (у смислу раста потрошачких цена) већ да је циљ постизање валутне усклађености у билансима банке као зајмопримца и заштита од валутног ризика на страни даваоца кредита.<sup>33</sup> Грађанско одељење ВКС

---

ним саопштењем продавцу у року од 3 дана од дана потписивања те исправе, од ког се права купац не може унапред одрећи.

31 Службени гласник РС бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014 и 87/2018.

32 Чл. 8. ЗПП.

33 Б. Беговић (2016), *passim*, Б. Беговић, Н. Илић, *passim*, Б. Беговић (2017), *passim*.

тима је, додуше у посве редукованом обиму и тражећи нешто што се у банкарском пословању нигде не тражи, а могло би се назвати потпуна валутна усклађеност,<sup>34</sup> прихватило да валутна клаузула може да служи и заштити од валутног ризика, па је у случају да је постојала потпуна равнотежа задужења и пласмана банке у швајцарским францима на нивоу сваке поједине кредитне линије прихватило могућност да валутна клаузула у швајцарским францима буде пуноважна.

Оваквом ставу могла би се упутити како иманентна, тако и трансцедирајућа критика. С тачке гледишта иманентне критике, није исправно захтевати као услов пуноважности валутне клаузуле у швајцарским францима стопроцентну валутну усклађеност на страни банке, јер се то не захтева ни одговарајућим одлукама регулатора пословања пословних банака, Народне банке Србије, о ризицима и адекватности капитала, већ се дозвољавају извесна одступања.<sup>35</sup> Такође, није јасно зашто се потпуна валутна усклађеност тражи само код индексације валутном клаузулом у швајцарским францима, а не и у еврима. Трансцедирајућа критика иде за тим да постави питање какве везе има структура извора финансирања, порекла новца који банка или било који други зајмодавац позајмљује са пуноважношћу валутне клаузуле. Као што је горе, у анализи прве тачке правног схватања, речено, мотив, побуда због које нека уговорна одредба бива унета у уговор не утиче на његову пуноважност, па тако ни сврха уношења валутне клаузуле у швајцарским францима нема утицаја на њену пуноважност, осим ако би се радило о недозвољеној побуди за коју, у време закључења уговора, друга уговорна страна зна или мора знати (пошто је уговор о кредиту теретан). Уговарање валутне клаузуле, понављам, није вршење права, па да се онда путем сврхе неког права и његовог противциљног вршења изведе закључак да је посреди злоупотреба права која не ужива правну заштиту. Чини се да је логика грађанског одељења ВКС, заправо, негирање да се у случају ових уговора о кредиту уопште ради о валутној клаузули, јер се чини да им ВКС прилази као уговорима у којима је валута испуњења, динар, у ствари и валута обавезе, па како је динарски износ уговором везан за швајцарски франак, а како је курс швајцарског франка према динару неочекивано порастао онда је обавеза дужника, рачунато у динарима, неочекивано и значајно порасла.

34 Б. Беговић, „Тријумф идеје над разумом: правноекономски коментар правног схватања врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле“, *Право и привреда*, 2019. (у штампи)..

35 В. о томе детаљније Б. Беговић (2016), стр. 28. Види и Б. Беговић, „Тријумф идеје над разумом: правноекономски коментар правног схватања врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле“, *Право и привреда*, 2019. (у штампи).



Наиме, једино у ситуацији потпуне валутне усклађености ова промена курса не би никако утицала на промену динарске еквиваленције вредности међусобних престација (у смислу да би и дуг банке, а не само њено потраживање, растао у динарима), па би онда и у таквом сценарију било „неправедно“ сматрати индексацију швајцарским францима ништавом. Међутим, иако је јасно да би у оваквом резонувању постојало неколико очигледних логичких и правних грешка, јер је код валутне клаузуле реч о томе да је валута обавезе страна валута, конкретно швајцарски франак, а да је обавеза дужника у швајцарским францима практично остала непромењена, чак и кад би се прихватило то резонување оно не би могло да води ништавости јер, као што је речено, ништавост постоји или не постоји у тренутку закључења уговора, и не може зависити од будућих околности попут раста курса или изостанка инфлације. Подсетимо се, ништавост се цени у тренутку закључења уговора, он је тад или пуноважан или непуноважан (ништав/непостојећи или рушљив), и накнадне околности не могу утицати на закључак о пуноважности уговора (а могу довести у питање његов опстанак или измену, примера ради кроз институт промењених околности). Отуд је овај „услов пуноважности“ валутне клаузуле у уговорима о кредиту индексираним у швајцарским францима потпуно правно нелогичан и, усуђујем се рећи, погрешан, односно, прецизније речено, последица је погрешног приступа и разумевања смисла валутне клаузуле у свим уговорима, па и у уговорима о кредиту. Наше право садржи законску дефиницију валутне клаузуле, и она, подсетимо, гласи: *„Валутна клаузула је уговарање вредности обавезе у девизама (валута обавезе) у Републици с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима (валута исплате)“* (члан 2, тачка 24 Закона о девизном пословању из 2006. године). Пуноважност уговарања валутне клаузуле у српском праву ни на који начин није законски везана за изворе финансирања зајмодавца, и било би економски нелогично и погрешно ако би закон у будућности успоставио такву везу.

Други услов који се правним схватањем тражи за пуноважност валутне клаузуле у швајцарским францима у уговору о кредиту јесте *„да је пре закључења уговора кориснику кредита доставила потпуну писану информацију о свим пословним ризицима и економско-финансијским последицама које ће настати применом такве клаузуле“*. Ако се изузме извесна језичка непрецизност, јер пре закључења уговора ниједна страна, па ни давалац кредита, није могао знати последице које *„ће настати“*, већ само оне које би могле настати, па је само о њима могао да информише корисника кредита, већ на први поглед се постављају бар два питања

у вези с овим условом. Прво питање јесте на основу које законске одредбе грађанско одељење ВКС налази да је давалац кредита имао овакву предуговорну обавезу према кориснику кредита у време које је претходило закључењу уговора, а друго, под претпоставком да је наведена обавеза заснована на прописима о заштити потрошача (јер је за њих типична), због чега у случају уговора о кредиту с валутном клаузулом у швајцарским францима важи и кад корисник кредита није потрошач?

Одредба која обавезује банку или другог пружаоца финансијске услуге да, пре закључења уговора о кредиту, кориснику кредита доставе писану информацију (упозорење) о ризицима које преузима уговарањем валутне клаузуле налази се у члану 17. Закона о заштити корисника финансијских услуга из 2011. године,<sup>36</sup> и то у ставу 3. изворног текста тог закона, који је гласио: *„Ако се кредит уговори у динарској противвредности стране валуте, односно у страниј валути - банка и давалац лизинга су дужни да кориснику укажу на ризике које преузима у том случају“*, односно у другој реченици садашњег става 2. по изменама из 2014. године, који гласи: *„Банка и давалац лизинга су дужни да кориснику услугу понуде у динарима, осим ако корисник не захтева да му се услуга понуди у динарској противвредности стране валуте, односно у страниј валути, у складу с прописима којима се уређује девизно пословање. Банка и давалац лизинга су дужни да кориснику у писменој форми укажу на ризике које преузима кад се услуга пружа у динарској противвредности стране валуте, односно у страниј валути“*. Проблем с овим одредбама у контексту уговора о кредиту с валутном клаузулом у швајцарским францима јесте да је изворни текст Закона о заштити корисника финансијских услуга ступио на снагу 4. јуна 2011, а почео је да се примењује од 5. децембра 2011. године, док је, као што је већ наведено, НБС забранила валутну клаузулу у швајцарским францима јуна 2011. године и то с почетком примене од 1. јула 2011. године. Другим речима, сви уговори с банкама у којима је коришћена валутна клаузула у швајцарским францима закључени су пре ступања на снагу, односно почетка примене овог закона, а прелазним и завршним одредбама овог закона није предвиђено ретроактивно дејство цитиране одредбе члана 17, из посве разумљивих разлога. Поред тога, Закон о заштити корисника финансијских услуга није изреком предвидео санкцију ништавости за непоштовање наведене одредбе, већ је предвидео, и то тек изменама из 2014. године, да је повреда дужности предвиђених чланом 17. тога закона санкционисана новчаном казном

---

36 Службени гласник РС бр. 36/2011 и 139/2014.

(члан 50 тога закона, који се односи на банке). Ипак, сматрам да се санкција ништавости у случају непоштовања могла засновати на одредби о сходној примени општег прописа о заштити потрошача садржаној у члану 4. изворне верзије Закона о заштити корисника финансијских услуга, и већ цитираној одредби члана 3. важећег Закона о заштити потрошача из 2014. године о ништавости уговорних одредби којима се повређују права потрошача.<sup>37</sup> Иначе, за период када су закључивани уговори о кредиту индексирани у швајцарским францима, извори права заштите потрошача су били, за највећи број уговора, Закон о заштити потрошача из 2005. године<sup>38</sup> а, за уговоре закључене после 1. јануара 2011. године, Закон о заштити потрошача из 2010. године.<sup>39</sup> Закон о заштити потрошача из 2005. има два члана који се односе на уговоре о кредиту (чл. 29. и 30.), при чему о предуговорној обавези обавештавања говори члан 29. став 2, који гласи: *„Давалац потрошачког кредита дужан је да, пре закључења уговора, у писменој форми обавести потрошача о највишем износу потрошачког кредита, о годишњој каматној стопи и условима под којима се она може променити, о трошковима кредита који се наплаћују у време закључења уговора и условима под којима се они могу променити, као и о условима и поступку раскида уговора“*. Из ове се одредбе тешко може извући дужност даваоца кредита која је правним схватањем ВКС предвиђена као услов пуноважности валутне клаузуле у швајцарским францима. Поред тога, овај законски текст не предвиђа изричито ништавост као санкцију за непоштовање права потрошача предвиђених тим законом, а повреду предуговорне обавезе обавештавања даваоца кредита не предвиђа чак ни као привредни преступ нити прекршај. Закон о заштити потрошача из 2010. године на општи начин, у свом члану 3, предвиђа ништавост уговорних одредаба или уговора који су закључени супротно његовим одредбама, а на штету потрошача, а предвиђа и право на информисаност као једно од основних права потро-

---

37 И чл. 3. Закона о заштити потрошача имао је сличну одредбу о ништавости уговора, односно уговорне одредбе. Ипак, од измена Закона о заштити корисника финансијских услуга из 2014. године његов члан 4. више не предвиђа супсидијарну примену закона којим се уређује заштита потрошача, па од тада није неспоран закључак да непоштовање дужности предвиђених тим законом води ништавости уговора или појединих његових одредби (мада би по мом мишљењу упркос недостатку изричите упућујуће одредбе било могуће применити одредбу Закона о заштити потрошача која чини ништавим оне уговорне одредбе којима се ускраћују права потрошача). У сваком случају, због временског важења прописа, ово питање је ирелевантно за питање пуноважности валутне клаузуле.

38 *Службени гласник РС* бр. 79/2005.

39 *Службени гласник РС* бр. 73/2010.

шача, али не садржи одређеније одредбе које би се односиле на уговоре о кредиту уопште, а посебно с валутном клаузулом. Имајући све то у виду, чини се да наведене одредбе не дају основ за захтев који је правно схватање ВКС предвидело као услов пуноважности валутне клаузуле у швајцарским францима, те да, у време закључења спорних уговора о кредиту с валутном клаузулом у швајцарским францима, ниједан важећи закон, па ни они о заштити потрошача, нису предвиђали обавезу банке „да пре закључења уговора кориснику кредита достави потпуну писану информацију о свим пословним ризицима и економско-финансијским последицама које ће настати применом такве клаузуле“.<sup>40</sup>

Најпосле, пошто ВКС у свом правном схватању није везао овај захтев за уговоре о кредиту закључене с потрошачима, могуће је да је основ за његово изношење нашао у општем уговорном праву. Мени се чини да не би било исправно покушати заснивање ове обавезе непосредно на неким најопштијим начелима, попут начела савесности и поштења из члана 12. ЗОО, пре свега због тога што непосредна примена најопштијих начела, у одсуству конкретнијих правних норми којима се такво начело разрађује, није исправна (јер, у том случају, начела и слободно судијско уверење били би довољни, па би остатак законских текстова био вишак), и погубно би деловала на правну сигурност (суд би да је тако, начелно, сваку уговорну одредбу за коју се накнадно покаже да је довела до резултата које суд не сматра праведним могао прогласити ништавом јер је супротна савесности и поштењу; то би заправо значило да суд суди по правичности, а не по закону). С друге стране, извући постојање опште обавезе предговорног обавештавања и упозоравања на ризике само из начела савесности и поштења било би, у најмању руку, некоректно.<sup>41</sup> Осим тога, ако би се узело да је и пре усвајања Закона о заштити корисника финансијских услуга постојала дужност банке да упозори корисника кредита о ризицима валутне клаузуле заснована на општој дужности

40 Чини се да је суд приликом усвајања правног схватања имао у виду и став Европског суда правде, исказан у његовој пресуди бр. С-186/16 од 20. септембра 2017, али ваља имати на уму да се та пресуда тиче тумачења европске Директиве 93/13/ЕЕС која важи само за потрошаче, која не важи у Србији нити је важила у време закључивања уговора о кредиту с валутном клаузулом у швајцарским францима, и која није била „транспонована“ у наш Закон о заштити потрошача из 2005, који се примењује на већину тих уговора. В. пресуду ЕСЈ на <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194645&doclang=EN>, последњи приступ 20.4.2019.

41 В. о општој обавези обавештавања и њеним могућим основима у важећем праву недавно с одликом одбрањену докторску расправу С. Дабић, *Дужност обавештавања при закључењу уговора*, Београд 2018, *passim*, а о дужности упозорења посебно стр. 353-357.

обавештавања, последица повреде такве дужности, по правилу, не би била ништавост, већ било рушљивост (услед „преваре ћутањем“) било обавеза накнаде штете, а некада и могућност да се уговор раскине.

Због свега наведеног чини се да је друга тачка правног схватања ВКС, које иде за тим да валутну клаузулу која предвиђа швајцарски франак као валуту обавезе прогласи ништавом, нема добро упориште у важећем праву у Србији. Ствари ће, разуме се, бити јасније кад ВКС објави и своје образложење,<sup>42</sup> али чини се да, од свих упоришта за које се може претпоставити да би ВКС могао да их узме као основ свог схватања у овој тачки, ниједно није довољно добро, односно ниједно не пружа довољан основ за изнети став.

### 3.3 Трећа тачка

Трећа тачка правног схватања ВКС предвиђа конверзију (претварање) уговора о кредиту с валутном клаузулом у швајцарским францима у уговор о кредиту с валутном клаузулом у еврима. Иако се из формулације ове тачке може закључити да се ради о примени института делимичне ништавости из члана 105. ЗОО, детаљнија анализа показује да је ВКС заправо применио чл. 106. ЗОО, односно институт (судске) конверзије.

Члан 105. ЗОО, чији је рубрум „Делимична ништавост“, гласи: „(1) Ништавост неке одредбе уговора не повлачи ништавост и самог уговора, ако он може опстати без ништаве одредбе, и ако она није била ни услов уговора ни одлучујућа побуда због које је уговор закључен. (2) Али ће уговор остати на снази чак и ако је ништава одредба била услов или одлучујућа побуда уговора у случају кад је ништавост установљена управо да би уговор био ослобођен те одредбе и важио без ње“. Прва реченица треће тачке правног схватања грађанског одељења ВКС на први поглед упућује на примену овог института, пошто се каже да упркос ништавости валутне клаузуле у швајцарским францима уговор остаје на снази. Такав закључак би, међутим, био погрешан. Делимична ништавост би, наиме, значила да уговор о кредиту опстаје без валутне клаузуле у швајцарским францима, што би га претворило у динарски кредит с каматном стопом примењивом на швајцарске франке, и што свакако не би било оно што је банка, у време закључења уговора, желела и на шта би пристала. Валутна клаузула је, наиме, битан услов уговора о кредиту који је садржи, и њена ништавост нужно води ништавости целог тог уговора. Отуд трећа тачка,

---

42 После објављивања образложења, 17. априла 2019, извесно је шта је ВКС имао у виду при доношењу правног схватања, али ствари на жалост нису тиме постале нимало јасније.

заправо, представља примену члана 106. ЗОО и института конверзије. Тај члан гласи: „*Кад ништав уговор испуњава услове за пуноважност неког другог уговора, онда ће међу уговарачима важити тај други уговор, ако би то било у сагласности са циљем који су уговарачи имали у виду кад су уговор закључили и ако се може узети да би они закључили тај уговор да су знали за ништавост свог уговора*“. Ако се пође од тога да ВКС сматра валутну клаузулу у швајцарским францима ништавом (што сматрам погрешним) а у еврима пуноважном (што сматрам исправним), онда су заправо испуњени услови за примену института судске конверзије.<sup>43</sup> Конверзија је могућа ако су обе уговорне стране савесне, што значи да нису знале да је посао који предузимају ништав (непостојећи и рушљиви послови не могу конвертирати).<sup>44</sup> Услови за конверзију<sup>45</sup> морају да постоје у часу предузимања ништавог посла. Конверзија наступа *ex lege* кад су за њу испуњени услови, за њу није потребно наступање додатних правних чињеница, она наступа истовремено с ништавим правним послом; други посао заузима место ништавог *ab initio*, од самог тренутка закључења, и дејство тог другог посла (које је исто или битно слично као дејство ништавог посла) наступа одмах, од момента закључења ништавог посла. Ово је од значаја и за средства обезбеђења, која настављају да обезбеђују потраживање из посла насталог конверзијом. У том смислу, судска одлу-

---

43 О институту конверзије види од домаће литературе најдетаљније, В. В. Водинелић (2014), стр. 471-474. Конверзија се теоријски дефинише овако: „*Конверзија је преобраћење (претварање, преображај) непуноважног правног посла у пуноважан. Наместо оног правног посла којим су стране хтеле да произведу правна дејства, а који је ништав, ступа ex lege у часу његовог предузимања један други правни посао друге врсте или исте врсте а друге садржине, који је пуноважан а који производи иста или слична правна дејства, и који су стране подредно хтеле или би било разумно да га хоће да су знале за ништавост посла који су предузеле*“ (наглашавање моје).

44 За супротан став в. Л. Карамарковић, *Расправе из уговорног, одитетног и процесног права*, Београд 2002, стр. 13-14. Према схватању Карамарковићеве, конвертирати могу само непостојећи послови, а апсолутно ништави не могу, иако признаје да чл. 106. ЗОО, чији је узор чл. 83 Константиновићеве Скице за Законик о облигацијама и уговорима, прописује друкчије. Ипак, генеза института конверзије и његова упоредноправна еволуција и примена показују да се он примењује управо на ништаве уговоре, и то оне забрањене, који чине срж појма ништавих уговора, а никако на непостојеће, па је овај став у доктрини остао усамљен.

45 Да је посао ништав, да у себи садржи важеће састојке који одговарају и довољни су за пуноважност неког другог посла, да пуноважности тог другог посла не сметају узроци ништавости предузетог посла, да су дејства тог другог посла иста или битно слична дејствима која су се желела ништавим послом, те да су стране подредно хтеле други посао ако је предузети ништав (уговорна конверзија) или да би га разумне странке хтеле да су знале за ништавост предузетог посла (судска конверзија) или да је конверзију предвидео закон (законска конверзија). В. В. В. Водинелић (2014), стр. 472.

ка којом се признаје конверзија је декларативна. Конверзија може бити законска, судска и уговорна. Конверзија предвиђена правним схватањем ВКС јесте судска конверзија,<sup>46</sup> а грађанско одељење ВКС је очигледно мишљења да би разумни банка и корисник кредита, да су у моменту закључења знали да је уговор о кредиту индексан швајцарским францима ништав (*quod non*, по мом ставу), оптирала за (пуноважан) уговор о кредиту индексан евром и закључили такав уговор. Чињеница да неки од корисника кредита, у моменту закључења уговора, нису били кредитно способни да исту главницу узму у еврима (јер је, због веће каматне стопе, рата отплате била већа), по схватању ВКС очигледно није од значаја за спровођење конверзије.

У сваком случају, иако не искључујем могућност да би детаљнија анализа могла да покаже неке слабости у резонувању ВКС у погледу конверзије,<sup>47</sup> чини се да је сама операција конверзије учињена у складу с чл. 106. ЗОО и смислом и условима примене овог института. Разуме се, то не мења мој став да је полазна премиса за ову операцију, а то је ништавост уговора о кредиту с валутном клаузулом у швајцарским францима, погрешна, што погрешним чини и примену конверзије у овом случају. Оно што желим да истакнем јесте да је институт конверзије, да су полазне премисе биле исправне, примењен коректно.

### 3.4 Четврта и пета тачка

Као што је речено, последње две тачке правног схватања грађанског одељења ВКС иду за тим да онемогуће да, пре наступања конверзије предвиђене трећом тачком банка, односно давалац кредита принудно оствари потраживање реализацијом средстава обезбеђења. Четврта тачка предвиђа усвајање привремене мере такве садржине на предлог корисника кредита (дужника), у случају да још није покренут извршни поступак, а пета тачка одлагање извршења на захтев извршног дужника без обавезе полагања јемства, ако је извршни поступак у току.

---

46 „Суд, на основу опште одредбе закона о могућности конверзије и општег овлашћења садржаног у тој могућности (чл. 106. ЗОО), утврђује да ли су у конкретном случају непунважног посла испуњен и општи услови за конверзију, као и то да ли постоји неки други посао у који би предузети могао да се претвори с обзиром на опште услове за конверзију, а посебно с обзиром на то да ли му је дејство истоветно или битно слично предузетом послу...“. В. В.Водинелић (2014), стр. 473.

47 Накнадна анализа образложења то је и показала.

Што се тиче привремене мере у парничном поступку којим се тражи утврђење ништавости уговора о кредиту индексираног у швајцарским францима, односно валутне клаузуле, она се темељи на члановима 447, 449. и 460. Закона о извршењу и обезбеђењу (даље: ЗИО 2015),<sup>48</sup> којима је предвиђено да привремена мера може да се тражи и уз тужбу за утврђење (чл. 447. ст. 2), да, „да би се одредила привремена мера за обезбеђење неновчаног потраживања, извршни поверилац, осим вероватноће постојања потраживања, мора учинити вероватним и да би без привремене мере испуњење његовог потраживања било осујећено или знатно отежано или да ће бити употребљена сила или настати ненадокнадива штета (опасност по потраживање)“ (чл. 449. ст. 3), те да „ради обезбеђења неновчаног потраживања може да се одреди свака мера којом се постиже сврха обезбеђења“ (чл. 460). Чланом 327. ЗПП предвиђена је могућност да суд доношењем решења одлучи о привременој мери ван рочишта за главну расправу. У конкретном случају могло би бити упитно да ли су испуњени наведени услови из члана 449. ЗИО 2015, али се чини да би постојећа доктрина оправдала ову могућност.<sup>49</sup>

Одлагање извршења на предлог дужника уређено је чланом 122. ЗИО 2015, који гласи: „(1) Извршни дужник може једном у току извршног поступка да предложи јавном извршитељу да се одложи извршење. (2) Извршење може у том случају да се одложи ако извршни дужник учини вероватним да би услед извршења претрпео ненадокнадиву или тешко надокнадиву штету, која је већа од оне коју би због одлагања претрпео извршни поверилац, и ако одлагање оправдавају нарочити разлози које извршни дужник докаже јавном или по закону овереном исправом. (3) На предлог извршног повериоца, који је могућ до доношења решења о предлогу извршног дужника, јавни извршитељ условљава одлагање полагањем јемства од стране извршног дужника, изузев ако би полагање јемства довело извршног дужника или чланове његове породице у тешку оскудицу. (4) Сматра се да је предлог за одлагање повучен ако извршни дужник не положи јемство у року који је одредио јавни извршитељ“. Чини се да пета тачка правног схватања ВКС није у супротности с овом одредбом, поготово имајући у виду да се у пракси најчешће односи на принудну продају непокретности у којој дужник станује. Проблем би могао бити ако је

48 Службени гласник РС бр. 106/2015, 106/2016 - аутентично тумачење и 113/2017 - аутентично тумачење.

49 В. Н. Бодирога, *Теорија извршног поступка*, Београд 2012, стр. 353 и даље; Н. Бодирога, *Нови извршни поступак*, Београд 2017, стр. 530 и даље; Б. Познић, В. Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 2010, стр. 561 и даље.



извршни дужник већ једном предложио одлагање (јер, по слову закона, то је могуће тражити само једном), те ситуација у којој нема јавне или по закону оверене исправе којом би се доказали нарочити разлози који оправдавају одлагање<sup>50</sup> (што је такође законски услов за одлагање извршења на предлог дужника).<sup>51</sup>

Проблем са последње две тачке би, такође, могао бити у томе што, у овом делу, правно схватање грађанског одељења ВКС одиста не представља извор права, ни у фактичком смислу, јер против решења о привременој мери, као ни против решења о одлагању извршења, нису дозвољени правни лекови који би довели до одлучивања ВКС.<sup>52</sup> Због тога је овај део правног схватања само препорука нижестепеним судовима, у пуном смислу речи. Другим речима, ако нижи суд одлучи да не следи одредбе ове две тачке правног схватања, нема начина да незадовољна страна доведе одлучивање до ВКС, за који су те одредбе обавезне, па нижи суд не мора да страхује од могућег пада својих одлука о привременој мери и одлагању извршења пред ВКС. Ипак, ваља приметити да је, само дан након објављивања правног схватања ВКС, већ дошло до првог одлагања извршења (продаја непокретности у Нишу), додуше на предлог извршног повериоца (банке),<sup>53</sup> тако да се може рећи да став ВКС ипак врши значајан утицај на праксу.

#### 4. Образложење<sup>54</sup>

Образложење правног схватања грађанског одељења ВКС објављено је неких 15 дана после диспозитива тог схватања, а пошто су изнад наведени делови ове анализе већ били написани. У основи, у образложењу се ВКС позива управо на резоне и аргументацију који су у овом тексту подвргнути анализи, уз један став који је за мене био изненађујући и који

---

50 О овом потоњем в. разматрање и приказ судске праксе у Н. Бодирога (2017), стр. 280-281. Суд је у том случају преиначио одлуку јавног извршитеља да одбије дужников захтев за одлагање извршења и усвојио је захтев, иако извршни дужник није јавном или по закону овереном исправом доказао постојање разлога за одлагање.

51 В. о одлагању извршења по Закону о извршном поступку из 2004. Б. Познић, В. Ракић Водинелић, стр. 505-507; по ЗИО 2011, који је искључио, односно сасвим ограничио могућност одлагања, Н. Бодрога (2012), стр. 268-271.

52 Чл. 27. ЗИО 2015.

53 В. <https://www.danas.rs/ekonomija/siguran-u-pobedu-ali-spreman-i-za-strazbur/>, последњи приступ 20.4.2019.

54 Образложење Правног схватања грађанског одељења ВКС објављено је на сајту ВКС дана 17. априла 2019. године. Због рока за предају текста остало ми је само времена да се на њега осврнем у посебном делу овог рада.

нисам узео у обзир у анализи пре објављивања образложења. Иако ћу бити кратак, ваља кренути редом.

Прво, образложење је писано тако да су у његовом првом одељку побројани прописи на основу којих је правно схватање усвојено, али на врло необичан начин, методом „насумичног гомилања“. Поменут је чл. 1065. ЗОО, те чланови 12, 13, 14, 15 и 16 ЗОО који садрже одредбе о најопштијим начелима, потом чл. 3. став 1. тачка 2, 11, чл. 17. ст. 1. и 2. и чл. 18. Закона о заштити потрошача из 2005. године (не и чл. 29. и 30. који се односе на потрошачке кредите!), чл. 41, 42. и 43. сада важећег Закона о заштити потрошача, те чл. 13 и 15. Закона о заштити корисника финансијских услуга (не и члан 17. тог закона, који се непосредно односи на валутну клузулу!), те на крају чл. 105. и 103. ЗОО. На страну то што су неки од ових бројева погрешно наведени (примера ради, Закон о заштити потрошача из 2005. говори о праву на информисаност потрошача у чл. 3. став 1 тачка 3, а не тачка 2), ниједна од ових норми није посебно анализирана ни у смислу садржине и значења ни у смислу временског важења (што се пре свега односи на данас важећи Закон о заштити потрошача и Закон о заштити корисника финансијских услуга). Иако је констатовао да су уговори о кредиту закључени посредством општих услова, није ни поменут ни члан 142. ни, посебно, члан 143. ЗОО који говори о ништавости неких одредаба општих услова и могућности суда да неким одредбама пружи правну заштиту. Једноставно, грађанско одељење ВКС је пред нас „просуло“ низ чланова закона као да нам је рекло да је основ за њихово правно схватање ту негде, међу тим члановима, па кога занима може да потражи тај основ и сам.

Слично би се могло рећи и за други одељак образложења, који би требало да повеже дозвољеност валутне клаузуле (поменути су чл. 34. став 8 Закона о девизном пословању и чл. 395. ЗОО) и начело еквиваленције узајамних давања (чл. 15. ЗОО), али ту везу и ексклузивност те сврхе ничим није заснована. Једна је ствар навести да валутна клаузула може да служи очувању еквиваленције узајамних давања, а посве друга рећи да мора да служи томе и да једино томе може да служи. Из чињенице да се плаћање у Србији врши у динарима као валутом исплате није могуће логички извући закључак да валутна клаузула служи одржавању еквиваленције узајамних давања, и то у динарима, сасвим напротив: начело еквиваленције говори о еквиваленцији обавеза, а обавезе су изражене у изабраној валути обавезе, а не у динарима као валути плаћања. Још мање смисла има помињање интервенција НБС на међубанкарском девизном тржишту и одлука о стопи циљане инфлације у контексту тврдње да само

индексација евром служи очувању начела еквиваленције. Ради се о „неподношљивој лакоћи образлагања“, која је лишена сваког смисла и логичке везе између тврдњи (премиса) и закључака.

Трећи део образложења је контрадикторан другом – други каже да је валутна клаузула дозвољена само ради заштите начела еквиваленције, а трећи да је валутна клаузула дозвољена и ради преваљивања валутног ризика банке на корисника кредита. ВКС помиње члан 25. Закона о девизном пословању,<sup>55</sup> који говори о томе када се кредитирање може вршити непосредно у девизама, што се онда без објашњења доводи у везу с валутном клаузулом и плаћањем противвредности у динарима. У сваком случају, захтев за потпуном валутном усклађеношћу као услову пуноважности валутне клаузуле у швајцарским францима заснива се у овом образложењу на чл. 25. Закона о девизном пословању, који говори о томе кад банке могу да кредитирају клијенте непосредно у девизама.

Четврти део образложења, који се односи на други „услов пуноважности“ валутне клаузуле у швајцарским францима, поред поновног набрајања чланова о најопштијим начелима ЗОО, као и чланова Закона о заштити потрошача, из 2005. године и оног данас важећег, као и Закона о заштити корисника финансијских услуга (уз све грешке и пропуштања као у првом делу образложења, осим придодавања члана 29. Закона о заштити потрошача из 2005. који се заиста односи на потрошачки кредит), садржи и оно једно „изненађење“ о коме је било речи у уводу овог одељка овог рада. Ради се о следећој тврдњи: *„Стога је очито да су банке даваоци кредита индексираних применом курса швајцарског франка могле и морале предвидети енормни раст курса те валуте. Шта више, оне су имале извесно сазнање да ће нагли скок курса швајцарског франка наступити током 2008. године“*. Да је овај закључак имало тачан, све би тадашње банке и њихови службеници били милионери, па и они који сада туже своје бивше послодавце да пониште или раскину уговоре о кредиту индексираних у швајцарским францима. Оваква тврдња равна је тврдњи да неко зна којих 7 бројева ће у извлачењу у одређеном периоду бити извучено на лотоу. Извесно сазнање да ће нека валута драстично ојачати у односу на неку другу током једне године навело би банке да сав свој расположиви капитал, независно од његове валутне структуре, пласирају искључиво у тој валути за коју знају да ће порасти, будући да би на тај начин остварили велику једнократну добит (а то се није догодило). Олако рећи да то чини валутну клаузулу у швајцарским францима непре-

---

55 Службени гласник РС бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014 и 30/2018.

вичном, без анализе временске примене члана 43. Закона о заштити потрошача из 2014, као и у њему садржаних општих и посебних критеријума по којима се нека уговорна одредба у потрошачком уговору може прогласити неправичном, заиста је недопустиво (чак и у случају да би *lege artis* спроведена анализа потврдила тврдњу да је одредба неправична и отуд ништава). Таква лакоћа закључивања и прескакање било какве анализе ствара утисак да грађанско одељење ВКС не осећа потребу да темељно и методично образлаже своје ставове, као да сматра да је за заснованост и ауторитет сопствених ставова довољно већ то што је став усвојио ВКС, без обзира на образложење. Овај део садржи и позивање на праксу Суда правде Европске Уније, али уз погрешно навођење броја и датума одлуке, и без икаквог образложења како је и на који начин став тог суда релевантан за српско право, имајући у виду да се Уредба ЕУ бр. 93/13/ЕЕС из 1993. године о чијем се чл. 4. наводно говори у тој одлуци не примењује у Србији (или се примењује, али из образложења не видимо како и на основу чега).<sup>56</sup> ВКС није погрешно навео став Европског суда правде о тумачењу члана 4(2) Уредбе 93/13/ЕЕС у погледу захтева да одредба у потрошачком уговору буде јасна и разумљива, али није коректно навео судску одлуку нити објаснио правну обавезност (ако је има) такве одлуке за ВКС и правне субјекте у Србији, ако се узме да се наведена Уредба није примењивала у Србији у време закључења спорних уговора о кредиту индексираних у швајцарским францима.

Последњи, пети део образложења, тиче се највећма треће тачке правног схватања, односно конверзије, уз покушај да се она изведе хибридном применом института делимичне ништавости из чл. 105. ЗОО и института конверзије из чл. 106. ЗОО, што није исправно јер се ради о два међусобно искључива, мада сродна института. Верујем да је суд овако учинио јер је желео да сачува постојећа средства обезбеђења дата даваоцима кредита, а држао је да би ништавост целог уговора нужно довела до ништавости средстава обезбеђења, што код конверзије, и без уплитања

---

56 У образложењу се помиње одлука број 22853/15 од 27.11.2018. године. Одлука под овим бројем не може се наћи у бази судске праксе Европског суда правде, а не помиње се у контексту одлука које се тичу проблема кредита индексираних у швајцарским францима. Одлуке које су доступне и које се помињу су, хронолошки, C-26/13 од 30.4.2014, *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v OTP Jelzálogbank Zrt* (она се тиче члана 4(2) наведене Уредбе); потом C-186/16 од 20.9.2017, *Ruxandra Paula Andriciu and Others v Banca Românească SA* (такође се тиче члана 4(2) наведене Уредбе); потом C-51/17 од 20.9.2018, *OTP Bank Nyrt., OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt. v Teréz Ilyés, Emil Kiss* (такође се односи на чл. 4(2) те Уредбе); те C-118/17 од 19.3.2019, *Zsuzsanna Dunai v ERSTE Bank Hungary Zrt* (која се не односи на члан 4(2) наведене Уредбе).

делимичне ништавости, не би био случај, јер би сва обезбеђења важила и за „конвертовани“ уговор.<sup>57</sup> Најпосле, препорука у погледу привремене мере и одлагања извршења образложена је у овом делу сасвим лапидарно, навођењем чл. 327. ЗПП и 122 ЗИО.

Најпосле, ваља истаћи да грађанско одељење ВКС, иако је у првом делу образложења истакло да се код уговора о кредиту индексираних у швајцарским францима ради о формуларним уговорима који се закључују по приступу, уз примену општих услова, ни на који начин није разматрао могућност примене члана 143. ЗОО у контексту евентуалног утврђивања ништавости одредбе о валутној клаузули у швајцарским францима.

### 5. Закључак

На основу извршене анализе чини се да је грађанско одељење ВКС при усвајању правног схватања више ишло за тим да усвоји решење које сматра правичним, уз избегавање неких евентуалних нежељених ефеката таквог решења, него да се бави применом важећих прописа. Фигуративно говорећи, ВКС је поступио као арбитражни трибунал који су стране овластиле да одлучи *ex equo et bono*, а не као суд који треба и мора да суди по закону. У којој мери је то и успео, засад је још увек упитно, а као што је речено прелиминарне калкулације показују да би у великом броју случајева примена правног схватања ВКС онако како гласи, и конверзија у уговоре о кредиту индексираних евром, била неповољнија за кориснике кредита него постојећа ситуација.<sup>58</sup> Анализирајући ово правно схватање тешко је било отети се утиску да је грађанско одељење ВКС имало унапред одабрано решење које је морало да испуни неколико услова (да потврди пуноважност валутне клаузуле у еврима; да утврди ништавост валутне клаузуле у швајцарским францима, јер би њена пуноважност обесмислила и раскид уговора због промењених околности чија би последица била враћање износа у швајцарским францима плативо у динарима, да сачува средства обезбеђења која су дата банкама за кредите индексираних швајцарским францима упркос ништавости, да заустави принудна извршења до конверзије), па је онда накнадно настојало да нађе основе у прописима за такво, жељено решење. Начелно, овакав след закључивања приликом судовања није ни неуобичајен ни априори лош, и

57 Ради се о погрешном разумевању начела акцесорности, односно једном од иманентних изузетака од дејстава тог начела, који проистиче из смисла института конверзије ништавог посла.

58 Б. Беговић, „Тријумф идеје над разумом: правноекономски коментар правног схватања врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле“, *Право и привреда*, 2019. (у штампи).

често суд прво одлучи како треба пресудити а доцније тражи законско упориште за такву своју одлуку. Невоља је, међутим, кад такво упориште не успева да нађе, јер онда суд напушта закон и „дезира“, импровизује с образложењем и, по мом суду, прави много већу будућу штету од могуће садашње користи, јер ствара правну несигурност и нарушава репутацију земље у том погледу.

По мом суду, „најтањи“ део правног схватања је став о ништавости валутне клаузуле у швајцарским францима, поготово имајући у виду начин на који је то образложено, односно на који је предвиђена изузетна пуноважност те клаузуле. Недостатак испитивања пуноважности валутне клаузуле с тачке гледишта правила ЗОО о општим условима пословања само доприноси негативној оцени рада ВКС приликом усвајања овог правног схватања. У најкраћем, разлог за мој став је у томе што „нагли скок курса швајцарског франка“ не може да буде основ за утврђивање ништавости те одредбе јер није постојао у време закључења уговора, а без тог наглог скока питање се не би ни поставило. По мом суду, не би било незамисливо да измена курса буде основ за примену неких других института попут промене или раскида уговора због измењених околности, али о ништавости не може бити ни речи. Ретроактивна примена потрошачког права на све уговоре о кредиту индексиране швајцарским францима, и потрошачке и непотрошачке, није добар пут за одбрану става о ништавости, јер да је законодавац желео да се та правила примењују ретроактивно, он би тако и предвидео. Још мање је то проналажење и читавање смисла које нико разуман у време закључења уговора не би читао у одредбе тада важећих прописа о заштити потрошача. Поред ове основне замерке, неоснованим сматрам и редукцију става да је валутна клаузула дозвољена само на ситуације у којима она служи заштити начела еквиваленције и само ако је валута индексације евро. Примена института конверзије, иако би се образложењу дало штошта замерити јер брка два сродна али различита и међусобно искључива института (делимична ништавост и конверзија), спроведена је на мање-више исправан начин, а, упркос мањим замеркама, и став о привременој мери и одлагању извршења није, по мом суду, неисправан, и логично произлази из претходних тачака.

Питање уговора о кредиту индексираних у швајцарским францима у међувремену је постало предмет посебног закона,<sup>59</sup> чију припрему је „најавило“ правно схватање ВКС које је овде анализирано, а којим је, уз

---

59 Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима, који је у тренутку предаје овог рукописа још увек предлог и у поступку је усвајања у Народној Скупштини.

конверзију у евро, предвиђен и отпис одређеног процента преостале главнице потраживања.<sup>60</sup> Иако сам скептичан у погледу става да ће усвајање овог закона коначно решити све аспекте проблема и спорове који су овим уговорима створени, може се претпоставити да ће, у непосредној будућности, олакшати живот бројним корисницима таквих кредита који се буду одлучили за конверзију уз отпис, што, без обзира на све околности, ипак сматрам добрим. Додуше, можда је било боље донети такав закон пре него што се грађанско одељење ВКС, дозволићу себи да и тако кажем, показало у лошем светлу усвајањем онаквог образложења свог правног схватања.

Наиме, оно што држим да посебно забрињава је недопустива неметодичност у погледу образложења изнетог правног схватања. Врховни касациони суд, као највиша судска инстанца у Србији, не би смео да доноси одлуке „јер је тако у могућности“, чак и кад јесте у таквој могућности. Врховна судска инстанца мора да даје пример свим другима, а пример који је дала начином на који је образложила ово правно схватање свакако није добар. Од ВКС би требало очекивати да озбиљна питања, која дотичу како судбине хиљада грађана тако и стабилност финансијског система државе и свеопшту правну сигурност и владавину права, анализира на много озбиљнији и методолошки утемељенији начин, те да у образложењима својих ставова покаже ток извођења једне такве анализе. Когод је икад читао иједну пресуду немачког *BGH*, аустријског *OGH*, француског *CCass.* или швајцарске *BGE* зна о чему овде говорим: из свих тих одлука се види темељан, озбиљан и детаљан рад који је претходио изношењу коначног закључка и одлуке суда. У тим одлукама суд јасно показује след сопственог резоновања и даје пун преглед аргумената како за став за који се одлучио тако и за супротан став. Манир према коме је довољно набацати у образложењу неколико најопштијих начела из ЗОО, а потом и низ чланова разних закона о чијем временском важењу, примењивости на конкретне случајеве о којима се одлучује, нема ни речи, **недопустив је** и потребно му је **што пре стати на пут**. Исто важи и за некоректно и нејасно цитирање међународне праксе, чија правна релевантност за доношење одлуке у вези са српским правом уопште није објашњена, те за изостављање из анализе многих одредби које би, можда, знатно боље послужиле за одбрану заузетог става. Такво поступање гура српски правни систем и српско правосуђе у друштво земаља за које смо навикли да су у том погледу далеко иза нас, а још увек живе правници који памте период у којем је наше правосуђе било у златној европској

---

60 За детаљнију анализу предлога овог закона у овом раду није било ни времена ни места.

средици, и у којем су наше судије највиших судова могле да на равној нози стручно дискутују са својим колегама из западних земаља, бар кад је о грађанском судовању реч. Другим речима, мене толико не брине то што је мој став о пуноважности валутне клаузуле у швајцарским францима друкчији од става грађанског одељења ВКС, то није необично и сасвим је легитимно. Оно што ме, међутим, веома брине је начин на који је грађанско одељење ВКС дошло до свог става, односно начин на који га је образложило. За будућност права и правосуђа у нашој земљи то је много опасније од било каквог решавања, укључујући и нерешавање, проблема с уговорима о кредиту индексираним швајцарским францима.

**Miloš ŽIVKOVIĆ**

**A SHORT LEGAL ANALYSIS OF THE LEGAL OPINION  
OF THE SUPREME COURT OF CASSATION ON VALIDITY  
OF THE FOREIGN CURRENCY CLAUSE IN CREDIT AGREEMENTS  
IN SWISS FRANCS AND CONVERSION**

**Abstract**

*After nearly a decade from the outbreak of the problem related to credit agreements indexed in Swiss francs, in early April of this year the Supreme Court of Cassation took position on the issue of validity of the foreign currency clause contained therein. According to the SCC opinion, the foreign currency clause related to Euros is valid, because only in case of Euros it serves to protection of the principle of equal value of mutual obligations, and in Swiss francs it is null and void, except in case the bank proves that it has itself taken a loan in Swiss francs in order to grant a credit, and that it has warned the credit user, in writing and in advance, on all risks and legal and economic consequences of contracting the CHF foreign currency clause. Credit Agreements with currency clause in CHF, however, convert in the valid credit agreements with currency clause in EUR, and from the very beginning, and until this conversion is applied the courts should grant legal remedies aimed at delaying the collection of the security rights. The analysis shows that the position on the validity of EUR foreign currency clause is correct, but that it contains an incorrect logical reduction, that the position on nullity of CHF clause seems not to be well grounded in the sense of legal reasoning and that it cannot survive a critical analysis, and that the positions on conversion and temporary suspension of enforcement are more*



*or less correct. The reasoning of the legal opinion was published 15 days after the opinion itself, and it was written in a methodologically unacceptable manner, with many deficiencies, both in technical (errors in quoting statutory provisions and case law) and, which is even more worrying, in the sense of legal and general logic. The conclusion of the analysis is that, despite obvious deficiencies and illogicalities in the legal opinion, its bigger deficiency is, in fact, the manner in which it was justified (the reasoning), respectively the manner in which the Supreme Court of Cassation considers it is entitled to adopt and justify its legal opinions that have an immense practical significance and outreach.*

**Keywords:** *Legal opinion of SCC – foreign currency clause – Swiss francs indexation – nullity.*