

Др Драгор Хибер,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Београду
Др Милош Живковић,**
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Београду

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.44:336.781

Рад примљен: 30.06.2015.
Рад прихваћен: 03.12.2015.

ЗАШТИТА КОРИСНИКА КРЕДИТА ОД ЈЕДНОСТРАНЕ ИЗМЕНЕ ВИСИНЕ УГОВОРЕНЕ КАМАТЕ

Апстракт: У кредитној пракси пословних банака у Републици Србији, до доношења Закона о заштити корисника финансијских услуга 2011. године, било је уобичајено уговарање каматне стопе на начин да један део уговорене каматне стопе зависи од тзв. референтне каматне стопе даваоца кредита (или каматне стопе која се одређује „у складу с пословном политиком банке“), која је зависила од различитих параметара, некад субјективних а некад објективних. Закон о заштити корисника финансијских услуга детаљно је уредио питање дозвољености уговарања варијабилних каматних стопа у уговорима на које се примењује, али његово дејство се не протеже на период пре његовог ступања на снагу, тако да је остало отворено питање пуноважности уговарања варијабилних каматних стопа у ранијем периоду. У раду се анализира дозвољеност клаузула о изменама каматне стопе у периоду пре доношења Закона о заштити корисника финансијских услуга, као и режим који је успостављен овим законом. Као додатни предмет анализе, у случају кад се изведе закључак да је уговорна одредба о изменама каматне стопе била ништава, анализирана је судбина исплата извршених у складу с непуноважно уговореном каматном стопом.

Кључне речи: камата, варијабилна каматна стопа, заштита корисника финансијских услуга.

* hiber@ius.bg.ac.rs

** mdz@ius.bg.ac.rs

1. Начин уговарања камате у нашој банкарској пракси

Пракса банака приликом уговарања кредита код нас, у последњих неколико година, била је предмет пажње опште, али и правничке јавности. Још увек трају полемике око кредита индексираних вредношћу швајцарског франка. Ако се по страни ставе социјални и економски чиниоци и последице, лаки одговори на тешка питања који се као правнички нуде у штампи пре збуњују него што доприносе решењу проблема.

Једно од питања које је изазвало пажњу јавности и које још увек није решено правоснажним одлукама тако да би било могуће говорити о јединственој судској пракси је питање променљиве каматне стопе. Известан ред, мера правне сигурности, односно извесности за обе странке у ову област унет је доношењем Закона о заштити корисника финансијских услуга.¹ Овај закон је (додатно) уредио параметре за утврђивање висине променљиве каматне стопе², утврђујући услов који мора да испуњава променљив елемент да би био сагласан закону. Прелазном одредбом настојано је при томе и да се законом посебно уреди судбина одредби о променљивој каматној стопи из уговора који су закључени пре његовог ступања на снагу. Спорне правне ситуације настале су, међутим, и у примени тих транзиционих норми. За њихово правно разумевање и разрешење треба имати у виду решења више закона и других правних прописа,³ али и опште правне принципе уговорног права.

1 Вид. Закон о заштити корисника финансијских услуга, Службени гласник РС бр. 36/2011 и 139/2014.

2 Вид. чл. 8 и 26 Закона. Вид. за став да закон није донео ништа посебно ново већ да се ради о кодификовању дотадашње (добре) пословне праксе банака Мира Ерић Јовић, вицегубернер Народне банке Србије, поводом једне првостепене пресуде којом је одредба да банка може променити маржу на основу своје једностране изјаве, тј. "пословне политике" оглашена ништавом http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?uuu=2012&mm=03&dd=26&nav_id=594450.

3 Вид. поред Закона о заштити корисника финансијских услуга, нарочито: Закон о облигационим односима, Службени лист СФРЈ 29/1978, последње измене у 31/1993 (даље: ЗОО), Закон о заштити потрошача, Службени гласник РС бр. 62/2014, али и за период који претходи овом закону Закон о заштити потрошача, Службени гласник РС бр. 73/2010; Одлуке о јединственом начину обрачуна и објављивања ефективне каматне стопе на депозите и кредите, Службени гласник РС бр. 57/2006 (даље: Одлука из 2006), као и одлуке које су је доцније замениле, Одлука о начину и поступку спровођења општих услова пословања које банка примењује у односу с клијентима физичким лицима, Службени гласник РС бр. 74/2009 (даље: Одлука из 2009) и Одлуке о условима и начину обрачуна ефективне каматне стопе и изгледу и садржини образаца који се уручују кориснику, Службени гласник РС бр. 65/2011 (даље: Одлука из 2011). Вид. и одговоре НБС на питања банака у вези са применом Закона о заштити корисника финансијских услуга, објављене на интернет страници НБС, www.nbs.rs.

Уопштено говорећи, у пракси банака су се за дугорочне кредите уобичајиле три врсте уговора према начину уговарања камате. То су, *прво*, уговори с фиксном каматном стопом, који су релативно повољни за примаоца кредита јер су износи анuitета унапред познати за цео период кредита, али су и потенцијално неповољни за банку која сноси ризик промена на финансијском тржишту у будућности, због чега је фиксна каматна стопа по правилу виша него по економском ефекту варијабилна, јер у себе укључује и будуће ризике (изузетно, као што је то тренутно случај, раније уговорена фиксна камата може бити неповољна за примаоца кредита, када након закључења уговора са фиксном каматом, каматне стопе падну). *Друго* су уговори с мешовитом каматном стопом, која се састоји из фиксног елемента, тзв. марже (маргине), и варијабилног елемента, који је обично везан за неку од референтних међубанкарских каматних стопа за валуту кредита (LIBOR, EURIBOR). *Трећу* врсту чине уговори с варијабилном (променљивом) каматном стопом, која је обично везана за неке објективно провериве критеријуме за које је важно да банка на њих не може самостално да утиче (критеријум је садржан у директиви ЕУ о продаји на даљину, која је уграђена у “потрошачку директиву”⁴ и отуд је ушла и у српски Закон о заштити потрошача.⁵

У кредитној пракси пословних банака у Републици Србији, до доношења Закона о заштити корисника финансијских услуга 2011. године, било је уобичајено уговарање *променљиве* каматне стопе на начин да један део уговорене каматне стопе зависи од тзв. референтне каматне стопе даваоца кредита (или каматне стопе која се одређује „у складу с пословном политиком банке“), која је зависила од различитих параметара, некад субјективних а некад објективних. При томе врло често је уговорана варијабилна каматна стопа тако да је предвиђано да њена висина буде у складу с “пословном политиком банке“, односно банке су уговором предвиђале право да промене висину каматне стопе сопственом једностраном изјавом, без позивања на било какве објективне критеријуме. Неке банке су уговарајући променљиву камату ипак предвиђале критеријуме, односно параметре за њено утврђивање. Као пример, који је више модел од ког се није много одступало у пракси различитих банака,

4 Вид. *The Directive on distance selling* која је престала да важи усвајањем *The Directive on Consumer Rights* (2011/83/ЕС), која је преузела њена правила.

5 Принцип је био прихваћен у чл. 39, ст. 2, т. 1 ранијег Закона о заштити потрошача (Службени гласник РС бр. 73/2009), садржан је у чл. 37, ст. 2, т. 1 важећег Закона. Принцип је постављен као промена уговорних одредби које не дају потрошачу право на раскид уговора (када се ради о финансијским услугама чија цена зависи од промена на финансијском тржишту које трговац не може да контролише).

може да послужи следећа одредба типског уговора једне пословне банке (назваћемо је П банка) о стамбеном кредиту:

„Основна каматна стопа Банке из тачке 3 члана 1 је референтна каматна стопа П банке а.д. Београд која се формира на основу трошкова извора финансирања које сноси Банка и тржишних услова пословања, а која се утврђује Одлуком Банке и обављаје на сајту Банке“.

Пред судове, али и оне који су били задужени за правно обликовање каматне политике, после усвајања Закона о заштити корисника финансијских услуга отворило се неколико питања, на која ћемо покушати да одговоримо у овом тексту.

1) Да ли уговарање променљиве каматне стопе с позивањем на промену трошкова финансирања и тржишних услова пословања представља ништаве уговорне клаузуле у смислу 300 (тј. у периоду пре ступања на снагу Закона о заштити корисника финансијских услуга)?

2) Хипотетички посматрано, уколико би напред описане одредбе уговора о стамбеном кредиту од стране суда биле оцењене као неприменљиве из било ког разлога, које би биле последице неприменљивости? Ако уговором предвиђени параметри (како су у примени протумачени) не испуњавају услове за пуноважност, како остварити вољу уговорних страна која је неспорно била да се уговори променљива каматна стопа која ће бити прилагођавана тржишним условима? Која је судбина раније наплаћене камате, да ли је могуће износити наплаћене од стране банке по основу повећања каматне стопе до ког је у међувремену дошло, одбранити аргументима да је у међувремену дошло до повећања трошкова пословања, раста цена средстава на међубанкарском тржишту, значајног раста индекса потрошачких цена (то су експлицитно дозвољени критеријуми по члану 8 Закона о заштити корисника финансијских услуга), независно од формулације из уговора, уколико би постојање таквих чињеница потврдило вештачење од стране вештака финансијске струке? Дакле, да ли се неспорно уговорена могућност повећања камате може оправдати другим тржишним параметрима, осим уговорених, јер по нашем мишљењу тако нешто одговара намери и вољи уговорних страна приликом закључења уговора, или ће уговор о кредиту важити као делимично ништав, без одредбе о (променљивој) камати, или ће санкција ништавости погодити уговор у целини?

2. Пуноважност одредбе о променљивој камати по општим правилима уговорног права и посебним подзаконским прописима Народне банке

Уговарање променљиве каматне стопе начелно је дозвољено у нашем праву. Истина, Закон о облигационим односима, који у Глави 35 уређује на општи начин уговор о кредиту, није се изричито изјаснио о могућности да камата буде варијабилна, али свакако то није забранио.

Камата, дакле и висина каматне стопе, објективно је битан елемент уговора о кредиту, у складу с чланом 1065 300.⁶ Уговор је закључен када су се странке сагласиле о битним елементима тог уговора (чланови 26 и 32 300). Камата је део предмета овог уговора, а предмет мора бити допуштен, могућ и одредив (члан 46 300); уговорити променљиву камату *може бити* пример за одредив предмет. При томе, Закон о облигационим односима, који се као општи пропис има применити на обавезе доспеле пре доношења специјалног (Закон о заштити корисника финансијских услуга) у члану 50, ст. 1 предвиђа да је предмет одредив ако уговор садржи податке на основу којих се може одредити (објективан критеријум одредивости) или ако су стране оставиле трећем да га одреди (субјективна одредивост). То, према преовлађујућем схватању у нашој доктрини и пракси значи да није дозвољено да странке препусте једној од њих да предмет одреди.⁷ Ово, дакле, није само изричита одредба Закона о заштити корисника

6 Камата је битан елемент уговора о зајму уколико се ради о теретном зајму, зајму са каматом, самим тим и уговора о кредиту. Вид. тако Слободан Перовић, *Облигационо право*, 7. изд., Београд 1990, 636. Звучи таутолошки, али ако су странке определиле да закључе уговор о зајму са каматом или уговор о кредиту, "висина камате улази у ред оних питања о којима странке морају постићи сагласност". Швајцарско право садржи, међутим, допунско-диспозитивну норму када је о висини камате реч: то је камата уобичајена за зајмове исте врсте у време и у месту у коме је примљен зајам. Вид. чл. 314 Швајцарског законика о облигацијама. Вид. и Pierre Tercier, Pascal G. Favre, *Les contrats spéciaux*, 4. éd., Genève-Zurich-Bâle 2009, 442-444. Уговор ће дакле бити пуноважно склопљен и ако се странке изричито не споразумеју о висини камате. По 300, ако странке уговоре камату а не одреде њену висину, примениће се стопе које зависе од тога да ли су странке физичка лица (када треба применити имагинарну камату која се на штедне улоге по виђењу плаћа у месту испуњења) или правна лица (тад се примењује банкарска камата на рок од годину дана). Вид. чл. 399, ст. 3 300. Упор. *Преднацрт Грађанског законика Републике Србије*, друга књига, *Облигациони односи*, Београд, 2009, у коме је као алтернатива предвиђено да тада важи стопа законске затезне камате (члан 445).

7 Детаљније о ставовима у континенталноевропским земљама у погледу ове могућности, као и о ставовима домаће облигационоправне доктрине која и у овом питању преваходно следи француски узор, М. Живковић, *Обим сагласности неопходан за закључење уговора*, Београд 2006, 43, 56-57, 177, 183-184. У доктрини заснованој

финансијских услуга,⁸ која се на обавезе пре његовог ступања на снагу не примењује, већ произлази из Закона о облигационим односима, важећег у моменту закључења уговора.

Последица неодредивости неког од елемената предмета уговора, с чим се изједначава одредба којом је дискрецији једне стране препуштено одређење тог елемента, јесте изричито ништавост (члан 47 300).

У принципу, таква су била и решења подзаконске регулативе код нас, пре доношења закона. Тако, тачка 8 Одлуке из 2006. године каже: “Ако се ефективна каматна стопа промени због промене елемената на основу којих се обрачунава, банка о тој промени, и пре почетка примене промењене ефективне каматне стопе, писмено обавештава клијента.” Из ове одредбе несумњиво произлази да је уговарање варијабилне каматне стопе дозвољено, додуше уз позивање на измену елемената на основу којих се она обрачунава, а не на основу једностране изјаве банке, уз прописивање обавезе претходног писменог обавештавања клијента, како би му се пружила прилика да се о промени изјасни и евентуално приговори банци или Народној банци Србије. Тачка 5 Одлуке из 2009. године у ставу 8 каже да општи услови пословања банке морају да садрже, између осталог, “ближе одређење критеријума за промену уговорене променљиве каматне стопе, и то: – кад се промена односи на укупну номиналну каматну стопу – банка је дужна да ближе одреди њене елементе, периоде у којима ће је мењати, начин измене и разлоге за измену; – кад је промена номиналне каматне стопе условљена променом референтне каматне стопе – банка је дужна да ближе одреди а) врсту референтне каматне стопе и њену висину у време утврђивања општих услова пословања, као и периоде у којима ће је мењати, и б) износ марже коју додаје референтној каматној стопи или одузима од ње”. Напоследку, члан 5 Одлуке из 2011. године, која је и данас на снази, предвиђа да “Код кредита/депозита/лизинга код којих су елементи на основу којих се обрачунава ефективна каматна стопа уговорени као променљиви – за потребе обрачуна ове стопе узима се

на 300, једино став љубљанског професора Цигоја ишао је у правцу допуштености одредбе која одређивање предмета препушта једној од уговорних страна – в. С. Цигој у Б. Благојевић, В. Круљ (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, Савремена администрација, Београд 1980, 159 (друго издање Београд 1983, 177). Упор. другачије чл. 315 немачког Грађанског законика (BGB), по коме ако је одређење предмета поверено једној страни, она то мора учинити поштујући правичност. Ако друга страна оспори правичност, одређење је препуштено суду. Упор и чл. 1129, ст. 2 француског Грађанског законика (СС). Види за промене у француској пракси које иду за рестриктивним тумачењем одредивости Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, *Droit civil, Les Obligations*, 4. éd., Paris 2009, 303.

8 Вид. чл. 26, ст. 2 Закона о заштити корисника финансијских услуга.

вредност тих елемената на дан овог обрачуна“, што такође недвосмислено говори у прилог дозвољености уговарања променљиве каматне стопе када се промена везује за неки објективно проверив елемент. Видљиво је да је на ову регулативу утицао критеријум из Директиве ЕУ о продаји на даљину, доцније уграђен у “потрошачку директиву“ који је одатле ушао и у српски Закон о заштити потрошача (члан 39).

Закон о заштити корисника финансијских услуга, додатно уређујући ову материју, члановима 8 и 26 прецизира параметре за утврђивање висине променљиве каматне стопе, утврђујући услов који мора да испуњава променљив елемент да би се задовољио критеријум одредивости (званично објављивање променљивог елемента), и дајући два примера, које наводи *exempli causa* (референтна каматна стопа, индекс потрошачких цена). Поред тога, захтева се да елементи од којих зависи промена каматне стопе буду такви да на њих не може да утиче једнострана изјава воље неке од уговорних страна, те да није дозвољено упућивање на пословну политику кад су посреди елементи одређивања каматне стопе који су по закону обавезни.

По нашем мишљењу, не ради се само о кодификацији већ постојећег доброг пословног обичаја, него и о његовом додатном прецизирању, што је разумљиво: писано право је по природи прецизније од обичаја, који су више начелни и флуиднији су. Такође, сматрамо да се овде не ради о императивној одредби у ужем смислу, тј. о одредби која се може применити непосредно и ретроактивно. Управо због тога је овај закон у завршним одредбама (члан 54) посебно уредио судбину одредби о променљивој каматној стопи из уговора који су закључени раније, предвидевши, **прво**, да ће се чланови 8 и 26 тог закона применити на оне обавезе (рате) које доспевају након ступања закона на снагу (5. децембра 2011), те, **друго**, да се сви раније закључени уговори морају до дана ступања на снагу тог закона ускладити с члановима 8 и 26, и то тако да висина променљиве а неодредиве каматне стопе, односно променљивог дела каматне стопе, не може бити већа од оне која је постојала у тренутку закључења уговора (иницијална каматна стопа). Овим се, на дозвољен начин, прелазном одредбом, донекле одступа од забране ретроактивности, тако што је у прелазним и завршним одредбама направљена разлика између *одредивог* и *неодредивог* променљивог елемента, па се за случај неодредивих променљивих елемената налаже измена уговора, тако што ће се усагласити са члановима 8 и 26, а уједно и утврђује максимална висина каматне стопе (односно њеног неодредивог променљивог дела) на ону која је постојала у моменту закључења уговора.

Законодавац не каже изричито да ли ће се тако измењен уговор примењивати *ex tunc* или само за убудуће. Прво решење оставило би евентуална плаћања камате преко предвиђене максималне стопе без основа, и настала би обавеза на повраћај. Друго би значило само примену на будуће рате. Прво решење ослања се на став да је уговорна одредба по којој каматна стопа неодредива заправо ништава. Изменом уговора се на основу декларације о ништавости овај елемент уговора супституише стопом која је била у моменту закључења. Све камате плаћене по ништавој (неодредивој) стопи примљене су без основа и имају се вратити. Сматрамо да овај став има јаче упориште у важећем праву.

С друге стране, и на основу ове прелазне одредбе Закона о заштити корисника финансијских услуга произлази да клаузула у уговору закљученом пре ступања на снагу закона, којом је предвиђена променљива каматна стопа на начин који се не подудара у потпуности са условима предвиђеним овим законом (чланови 8 и 26) није *само због тога* ништава. Њена пуноважност, односно дејство мора се проверити применом општих правила облигационог права, истовремено и критеријумом из члана 54 овог закона, тј. потребно је ставити под лупу њену одредивост. А та провера треба да одговори на питање да ли је ништав уговор у целини или само одредба о камати, у потоњем случају и на питање чиме ће ништава одредба о камати бити замењена.

Са овим питањем сусрела се судска пракса. Имајући у виду да је проблем ескалирао наступањем светске економске кризе пре неколико година, а да криза у суштини и даље траје, не само код нас, не чуди чињеница да домаћи судови још увек нису заузели коначан став у вези с постављеним питањем.

Индикативна је једна неправоснажна првостепена судска одлука којом је банка, назовимо је банка К., обавезана да врати износе увећања камата уз образложење да је одредба којом је предвиђена промена каматне стопе била неодређена и отуд непуноважна, те да је њеним поступањем повређен низ општих начела облигационог права, попут савесности и поштења, равноправности странака у облигационом односу и добрих пословних обичаја.⁹

Овај случај, наиме, показује да одговор на постављено питање у великој мери зависи од детаља у погледу формулација уговора којима је предвиђена варијабилна камата.

⁹ О случају видети релативно опширан медијски извештај на интернет страници http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2012&mm=03&dd=26&nav_id=594450.

У случају против банке К. радило се о мешовитој каматној стопи, која се састојала од шестомесечног LIBOR-а за швајцарски франак и фиксне марже, а не о целокупној променљивој каматној стопи као у случају формулације коју је употребила банка поменута на почетку текста. Банка К. је једнострано, позивом на измењене тржишне околности и пословну политику банке, променила фиксни део одређења каматне стопе, односно маржу, коју је подигла за више од три пута; такво понашање суд је окарактерисао као недозвољено, обавезавши банку да клијенту врати разлику у наплаћеној камати између увећане камате и оне која би била плаћена без тог увећања. Треба имати у виду да сам текст уговора у том случају није изричито предвиђао никакве критеријуме за промену марже, па се радило о измени на основу једностране одлуке банке. Такође, клијенти који су тужили банку К. приговорили су на ово повећање како тој банци тако и, у наредној инстанци, Народној банци Србије, па се не може рећи да су испуњењем обавезе прихватили повећање, што би се евентуално могло рећи за оне клијенте који су повећану камату платили без приговора.

Без намере да се прерано уопштава, чини се да је суд на становишту да санкција ништавости погађа само незакониту уговорну клаузулу о висини, односно одређивању каматне стопе, а да уговор у целини опстаје.¹⁰

Прави став судске праксе биће познат код се устали пракса највиших судова.¹¹ У односу на ту праксу треба водити рачуна и о различитом

10 Интересантно је овакав став довести у везу са правилима о делимичној ништавости. Прво је питање да ли уговор може опстати без ништаве одредбе (чл. 105, ст. 1 300). Одговор би зависио од става о идентитету уговора. Ако је је уговор о кредиту или уговор о зајму са каматом посебна *врста* уговора, онда без одредбе о каматној стопи не би могао опстати, изузев ако не дође до замене неважеће одредбе другом, као што је то описано у фусноти 6. Може се поставити питање и да ли је одредба о променљивој каматној стопи за банку-уговорника одлучујућа побуда (чл. 105, ст. 1 300 *in fine*), када би уговор био ништав у целини, или би пак био примењен чл. 105, ст. 2 300 и уговор био „ослобођен“ незаконите клаузуле. Чини се да два параметра треба истовремено вредновати: било би неоправдано банци која је овако уговорила наметнути кредит без камате, или пак дужнику, поништењем уговора, наметнути обавезу на реституцију коју не може да испуни, што ће активирати стварна или лична обезбеђења која су дата за обезбеђење потраживања из кредита. Вид. Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд, 2015, стр. 91 – 92 (за заложно право), стр. 356–357 (за јемство).

11 Вид. за праксу Врховног суда Хрватске <http://www.index.hr/vijesti/clanak/vrhovni-sud-odlucio-kamate-na-kredite-u-svicarcima-su-nezakonite/819777.aspx>, а за праксу мађарског Врховног суда <http://www.lb.hu/hu/print/joghat/22014-szamu-pje-hatarozat>, уз коментар на <http://udrugafanak.hr/priopcenje-udruge-franak-u-vezi-s-aktualnim-dogadanjima-u-madarskoj-vezanima-za-kredite-s-valutnom-klauzulom/>.

уговарању променљиве камате у банкарској пракси. Корективна одредба члана 54 Закона о заштити корисника финансијских услуга, максимизирање на висину каматне стопе у тренутку закључења уговора, може бити примењена када је то нужно, али није априорно решење за свако уговарање променљиве камате.

3. Правни режим уговорене и наплаћење променљиве камате (уместо закључка)

Хипотеза је, дакле, да је и пре него што је на снагу ступио Закон о заштити корисника финансијских услуга уговарање променљиве каматне стопе било дозвољено ако је камата била *одредива* у смислу ЗОУ, и да се према прелазним одредбама Закона о заштити корисника финансијских услуга таква *одредива* камата има применити како је уговорена под условом да није препушена вољи само једног уговорника. Ако тест, односно провера уговорених и примењених критеријума за утврђивање висине променљиве каматне стопе да позитиван резултат, ако критеријум(и) није(нису) супротни овим императивним одредбама, одредба о променљивој каматној стопи је дозвољена, потраживања на основу ње настала пре ступања на снагу закона су пуноважно настала и наплаћена и не може бити говора о обавези повраћаја. У супротном, одредба је ништава, и банка дугује повраћај раније наплаћење камате.

Пример за критеријуме предвиђене за утврђивање променљиве каматне стопе, често садржане у формуларним уговорима, су они цитирани на почетку, као формулација банке П: (а) трошкови извора финансирања које плаћа банка, и (б) тржишни услови пословања. Ови критеријуми су, у конкретном примеру, примењивани тако што је на основу њих утврђивана основна (референтна) каматна стопа, одлуком банке и објављивана на сајту банке. Додатни критеријум била је одредба којом је банка задржала право измене уговорене каматне стопе у зависности од промене основне каматне стопе и пословне политике банке.

Овај потоњи критеријум је на граници дозвољености. Формулу је нужно проверити праксом и утврђивати да ли се, у односу на конкретне кредитне партије, заиста радило о измени основне каматне стопе, на основу објективних критеријума, а не о коришћењу “задржаног права” на једнострану измену каматне стопе.

Основни критеријуми овде предвиђени, трошкови извора финансирања које плаћа банка и тржишни услови пословања, по нашем мишљењу могу бити квалификовани као критеријуми одредивости који не зависе

од воље једног уговорника, у *формалном погледу*. Чињеница да је банка утврђивала и објављивала основну каматну стопу, израчунату на основу ових критеријума, не значи да су они зависни од њене воље. Утврђивање је само операција примене показатеља из којих се ти критеријуми састоје, обрачунавање, дакле, има декларативну природу констатације спољних околности, а не конститутивну. Природно је да је та операција, као сложена и стручна, поверена банци. Објављивање је нужно за примену уговора.

Замислимо је међутим да банка злоупотреби овлашћење и дужност да утврди тржишна кретања која су суштина варијабле променљивости, али дужник је по природи ствари такав обрачун, односно утврђену каматну стопу могао да оспори. То би значило да банка своју уговорну обавезу претварања одредиве у одређену стопу није ваљано испунила. *Не би се радило, дакле, о неважности него о непоштовању критеријума одредивости*. Наравно, све ово ако објективна одредивост постоји (пошто одређивање висине каматне стопе у конкретном случају није било поверено трећем, субјективна одредивост је ван анализе).

Трошкови извора финансирања, као параметар од ког по уговору зависи висина (променљиве) основне каматне стопе, одређени су тржиштем финансијских средстава, па банка може показати њихово кретање. Мера утицаја банке на ову варијаблу која би била релевантна за анализирано питање била би могућа само у случају монополисаног тржишта капитала (што није случај). Дакле, и овај параметар задовољава и критеријум одредивости и не зависи од воље банке.

Трошкови извора финансирања које плаћа банка су, такође, део тржишних услова пословања банке. Ако је могућ критеријум део, претпоставка је да је могућа и целина. Начелно, сматрамо да је могуће као параметар за промене камате одредити тржишне услове пословања, а да то задовољава услове из члана 50, ст. 1 Закона о облигационим односима. Овако стипулисан механизам (критеријум) усаглашавања није једноставан, али се и поред сложености може сматрати случајем објективног критеријума одредивости или да то може бити. Ради се о *стандарду* који је применљив у банкарском пословању и обухвата један број показатеља којима се мере тржишна кретања. Уместо да поброји такве параметре, банка се (у складу са тадашњом праксом) определила да их синтетички искаже. Претпоставка је да банка може да покаже критеријуме којима је примењивала овај стандард, од раста цена на мало, преко степена наплативости пласмана, ризика државе, до кретања понуде и тражње банкарског производа, на пример – није нам познато на које критеријуме су се банке у пословној пракси ослањале.

На евентуални приговор да клијенти нису унапред знали како ће се кретати ова два параметра, може се рећи да то и није претпоставка за њихову дозвољеност, односно квалификацију одредивости. Да су они прецизно унапред (квантитативно) исказани, макар у једначини, а не резултату те једначине, не би се радило о одредивом него одређеном критеријуму.

Битно је, дакле, да се у тумачењу, односно примени овог правног стандарда, банка држала објективних критеријума којима се мере услови пословања, и да је резултанту објављивала у складу са уговором. Незадовољни клијенти који сматрају да стандард није правилно примењен могли су да оспоре његову примену, а не постојање. Оспоравања, колико нам је познато, није било, ради се о извршеним обавезама у односу на које се појављује правно питање, или правна претензија, да накнадним оспоравањем самог критеријума, у суштини ретроактивном применом Закона о заштити корисника финансијских услуга, и то техничког решења које је он усвојио а не суштине (којом се променљива камата дозвољава) оспоре. Ако је дакле спорно како је банка утврђивала кретања тржишних услова, није спорна одредивост него њена примена.

Ако би суд заузео супротно становиште и нашао да је одредба о променљивости каматне стопе без дејства услед неодређености, сматрамо да би се морала применити одредба члана 54 Закона о заштити корисника финансијских услуга за случај *неодредивих* критеријума за измену каматне стопе, и то тако што би се применила каматна стопа постојећа у тренутку закључења уговора као максимална. Држимо да банка не би могла да се позива на изражену намеру уговорника да каматну стопу учини променљивом, јер је то могла да учини на тај начин што би предвидела одредив начин за измене каматне стопе (у том правцу говори и правило тумачења *in dubio contra stipulatorem* из члана 100 ЗОО, а у овом случају банка је састављач нацрта уговора), те би у том случају позивање на тржишне параметре, макар и оне који су сада експлицитно наведени као дозвољени, услед изричите одредбе члана 54 Закона о заштити корисника финансијских услуга било без дејства, јер се као максимална мора применити стопа која је важила у време закључења уговора. Једино позивање на прећутно саглашавање са изменом каматне стопе, у случајевима у којима су клијенти наставили да плаћају увећану камату без примедби и приговора, могло би да се употреби у одбрану износа наплаћеног по основу увећаних камата, мада одредбе члана 67 ЗОО о законској форми отежавају извођење оваквог доказа, пошто се о измени каматне стопе није закључивао писмени анекс уговора (усмене допуне могуће су у погледу споредних тачака, што висина камате код кредита

није, или ако се ради о смањењу или олакшавању обавеза једне или обе стране, кад форма постоји у њиховом интересу, што овде опет није случај).

У сваком случају, имајући у виду општу тему скупа за који је овај текст писан, *Право у функцији заштите слабијег*, треба на крају констатовати, прво, да уговори о кредиту представљају одличан пример у коме је лако установити ко је слабија странка; друго, да је променама и развојем банкарског сектора, развојем тржишта банкарских услуга, формирана каматна политика која је латентно стварала услове за неправедне клаузуле на штету тог слабијег; треће, да је држава реаговала на исправан начин када је променљива камата у питању, увводећи параматре који су иначе прихваћени и познати и у упоредном праву. За заштиту слабијег често, па и у овом случају, може бити најзначајније решење транзиционог питања. У основи, и овде је наша регулатива добра. У њеној примени, у тумачењу прописа с једне, и општих услова банкарског пословања с друге стране, пракса мора настојати да избегне прелазак из крајности у крајност. Тако је код нас код хипотеке и начина намирења повериоца, из система строгог начела официјалности и безусловне и претеране заштите дужника (која је неминовно водила поскупљењу и опадању кредита) правни оквир прешао у систем вансудског намирења у коме је положај дужника сасвим упитан. Вероватно ће тек решења која долазе остварити потребну равнотежу. Слично, код променљивих камата, уговорање камата које су *de facto*, када је о променљивој стопи реч, биле у рукама банака – поверилаца не треба, нарочито не тумачењем, претворити у систем који ће ослобађати дужника од, у суштини, фер прихваћених услова. Решење мора бити пажљиво одмерено и разумно.

Литература

(2009) *Преднацрт Грађанског законика Републике Србије*. Београд: Влада Републике Србије, друга књига, Облигациони односи

Живковић М. (2006). *Обим сагласности неопходан за закључење уговора*. Београд: Службени гласник

Закон о заштити корисника финансијских услуга. *Службени гласник РС*. Бр. 36 (2011) и 139 (2014)

Закон о облигационим односима. *Службени лист СФРЈ*. Бр 29 (1978)

Закон о заштити потрошача. *Службени гласник РС*. Бр. 62 (2014)

Хибер Д. Живковић М. (2015) *Обезбеђење и учвршћење потраживања*. Београд: Правни факултет Университета у Београду

Malaurie P., Aynès L., Stoffel-Munck P. (2009). *Droitcivil, LesObligations*. Paris: LGDJ, Lextenso editions

Перовић С. (1980). *Облигационо право*. Београд: Привредна штампа

Tercier P., Favre P. (2009). *Lescontratsspéciaux*. 4. éd.Genève–Zurich–Bâle

http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2012&mm=03&dd=26&nav_id=594450

Dragor Hiber, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Belgrade

Miloš Živković, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Belgrade

PROTECTION OF CREDIT USERS FROM UNILATERAL CHANGES IN THE CONTRACTED INTEREST RATE

Summary

Until the adoption of the Act on the Protection of Users of Financial Services in 2011, the banks' lending practices in the Republic of Serbia were commonly based on contracting an interest rate. This common practice implied that one part of the contracted interest rate depended on the so-called referential interest rate of the credit provider (determined "in line with the bank's business policy"), which was based on different parameters of both subjective and objective character. The Act on the Protection of Users of Financial Services (2011) thoroughly regulated the issue of admissibility of contracting variable interest rates in contracts where it applies, whereby its effect does not extend to the period before its entry into force; consequently, there was a remaining issue concerning the validity of contracting variable interest rates in the earlier period. In this paper, the authors analyze the admissibility of clauses regulating the unilateral changes of the contracted interest rate in the period before adopting the Act on the Protection of Users of Financial Services, and elaborate on the legal regime established thereby. In the event of establishing that the nullity of the contractual clause regulating the change of the interest rate, the authors analyze what happens with those payments which have been effected under such an invalid (unlawfully contracted) interest rate.

Key words: *interest rate, variable interest rate, protection of users of financial services.*