**IVAN BRANIMIR PAVIČIĆ, IVAN PIŽETA**

**SLUČAJ „FRANAK“**

ANALIZA SLUČAJA, NOVI PRISTUP ISPITIVANJU VALJANOSTI UGOVORA O KREDITU I NASTAVAK SLUČAJA PRED MEĐUNARODNIM TIJELIMA

Ovaj rad izrađen je na Katedri za trgovačko pravo i pravo društava Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, pod stručnim vodstvom prof. dr. sc. Siniše Petrovića i predan je na natječaj za dodjelu Rektorove nagrade u akademskoj godini 2015./2016.

**Tumač kratica:**

C-26/13 - C-26/13, Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt

CHF - švicarski franak

Direktiva 93/13 - Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima

Država ugovornica - država ugovornica ICSID Konvencije

EU - Europska unija

EUR - euro

HNB - Hrvatska narodna banka

HRK - hrvatska kuna

ICSID - Međunarodni centar za rješavanje investicijskih sporova

ICSID Konvencija - Konvencija o rješavanju ulagačkih sporova između država i državljana drugih država

MMF - Međunarodni monetarni fond

Preliminarni program - Preliminarni program Europske ekonomske zajednice za politiku zaštite i informiranja potrošača

Savez „Potrošač“ - Hrvatski savez udruga za zaštitu potrošača

SSP - Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica

Sud EU- Sud Europske unije

Test nepoštenosti - test općeg kriterija nepoštenosti odredbe

Trgovački sud - Trgovački sud u Zagrebu

UEU - Ugovor o europskoj uniji

UFEU - Ugovor o funkcioniranju Europske unije

Ugovor RH-AU - Ugovor između Republike Hrvatske i Republike Austrije o poticanju i zaštiti ulaganja

Ugovor RH-IT - Ugovor između Vlade Republike Hrvatske i Vlade Republike Italije o poticanju i zaštiti ulaganja

Uredba - Uredba o visini najviših dopuštenih ugovornih kamatnih stopa, NN 153-2673/2004

VSRH - Vrhovni sud Republike Hrvatske

VTS - Visoki trgovački sud Republike Hrvatske

ZID ZOKI - Zakon o izmjeni i dopunama Zakona o kreditnim institucijama

ZID ZPK - Zakon o izmjeni i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju

ZOK - Zakon o kamatama, NN 94/04

ZOO - Zakon o obveznim odnosima

ZOO/91 - Zakonom o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima, NN 53/91

ZSŠ - Zakon o stambenoj štednji i državnom poticanju stambene štednje

ZZP/03 - Zakon o zaštiti potrošača, NN 96/03

ZZP/07 - Zakon o zaštiti potrošača, NN 79/07

ZZP/14 - Zakon o zaštiti potrošača, NN 41/14

[I. UVOD 1](#_Toc449568831)

[II. POJAM VALUTNE KLAUZULE I PROMJENJIVE KAMATNE STOPE 3](#_Toc449568832)

[1. VALUTNA KLAUZULA 3](#_Toc449568833)

[1.1. Normiranje i primjena valutne klauzule u hrvatskom zakonodavstvu i praksi 4](#_Toc449568834)

[1.2. Djelovanje valutne klauzule 6](#_Toc449568835)

[2. UGOVORNE KAMATE S POSEBNIM OSVRTOM NA PROMJENJIVU KAMATNU STOPU 9](#_Toc449568836)

[2.1. Pojam kamate i kamatne stope 9](#_Toc449568837)

[2.2. Pravno uređenje ugovornih kamata u RH 10](#_Toc449568838)

[2.3. Promjenjiva kamatna stopa 12](#_Toc449568839)

[III. ANALIZA SLUČAJA „FRANAK“ 14](#_Toc449568840)

[1. SLUČAJ „FRANAK“ – POSTUPAK KOLEKTIVNE ZAŠTITE POTROŠAČA 15](#_Toc449568841)

[1.1. Općenito o nepoštenosti ugovorne odredbe u potrošačkim ugovorima 15](#_Toc449568842)

[1.1.1. Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima 17](#_Toc449568843)

[1.1.1.1. Relevantni pravni propisi RH za uređenje nepoštenih odredaba u potrošačkim ugovorima 17](#_Toc449568844)

[1.1.1.2. Pojam nepoštenih ugovornih odredaba 18](#_Toc449568845)

[1.1.1.2.1. Opće određenje pojma nepoštenih ugovornih odredaba 19](#_Toc449568846)

[1.1.1.2.2. Konkretno određenje pojma nepoštenih ugovornih odredaba 23](#_Toc449568847)

[1.1.1.2.3. Okolnosti koje se uzimaju u obzir pri ocjeni poštenosti ugovorne odredbe i pravne posljedice 24](#_Toc449568848)

[1.1.1.2.4. Nedopuštenost ocjene pojedinih ugovornih odredaba 25](#_Toc449568849)

[1.1.1.2.5. Pravna relevantnost i obvezatnost Direktive 93/13 za hrvatski pravni poredak 28](#_Toc449568850)

[1.2. Nepoštenost valutne klauzule 32](#_Toc449568851)

[1.2.1. Prvostupanjska presuda Trgovačkog suda 33](#_Toc449568852)

[1.2.2. Drugostupanjska presuda Visokog trgovačkog suda 38](#_Toc449568853)

[1.2.2.1. Usporedba odluke Suda EU u predmetu C-26/13 s drugostupanjskom presudom Visokog trgovačkog suda 39](#_Toc449568854)

[1.2.3. Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske o reviziji 41](#_Toc449568855)

[1.2.3.1.. Stajalište Vrhovnog suda Republike Hrvatske o relevantnosti odluke Suda EU *C-26/13* 43](#_Toc449568856)

[1.3. Nepoštenost promjenjive kamatne stope 44](#_Toc449568857)

[1.3.1. Prvostupanjska presuda Trgovačkog suda 45](#_Toc449568858)

[1.3.2. Drugostupanjska presuda VTS i odluka VSRH o reviziji 48](#_Toc449568859)

[IV. PRIJEDLOG ISPITIVANJA VALJANOSTI VALUTNE KLAUZULE PO DRUGOJ PRAVNOJ OSNOVI I NASTAVAK SLUČAJA FRANAK 49](#_Toc449568860)

[1. (ZLO)UPORABA INSTITUTA VALUTNE KLAUZLE U KONTEKSTU SLUČAJA „FRANAK“ 50](#_Toc449568861)

[1.1. Načelo zabrane zlouporabe prava 50](#_Toc449568862)

[1.2. Valutna klauzula u slučaju „Franak“ 52](#_Toc449568863)

[2. NASTAVAK SLUČAJA „FRANAK“ PRED MEĐUNARODNIM TIJELIMA 58](#_Toc449568864)

[2.1. Odgovornost Republike Hrvatske povodom slučaja „Franak“ za nepoštivanje europskog prava? 58](#_Toc449568865)

[2.1.1. Kršenje prava EU presudom Visokog trgovačkog suda 59](#_Toc449568866)

[2.1.2. Kršenje prava EU odlukom Vrhovnog suda Republike Hrvatske o reviziji 60](#_Toc449568867)

[2.2. Odgovornost Republike Hrvatske zbog kršenja međunarodnih obveza 66](#_Toc449568868)

[2.2.1. Nadležnost ICSID za rješavanje investicijskih sporova 67](#_Toc449568869)

[2.2.2. Nadležnost ICSID kao nastavak slučaja „Franak“ 68](#_Toc449568870)

[V. ZAKLJUČAK 71](#_Toc449568871)

[VI. ZAHVALE 72](#_Toc449568872)

[VII. POPIS LITERATURE 74](#_Toc449568873)

[VIII. SAŽETAK/SUMMARY 81](#_Toc449568874)

# I. UVOD

Slučaj „Franak“ jedan je od najeksponiranijih i najznačajnijih predmeta u dosadašnjoj pravnoj povijesti Republike Hrvatske. Tu tvrdnju poktrjepljuju kako socioekonomske tako i pravne posljedice koje je slučaj prouzrokovao. Sa socioekonomske strane, ugovori o kreditu s valutnom klauzulom u CHF, koji čine srž slučaja „Franak“, izdani su hrvatskim građanima u vrijednosti približno 6 milijardi CHF. Riječ je kreditima kojima su potrošači u pravilu rješavali svoje stambeno pitanje, a odobreno ih je otprilike 73 700. Njih 90% odobreno je u razdoblju na koje se odnosi slučaj „Franak“. S pravne strane, presude hrvatskih sudova nametnule su mnoga pitanja i ostavile još više prostora za kritiku. To je imalo za posljedicu da su se počele poduzimati mjere radi pokretanja postupka pred međunarodnim tijelima protiv Republike Hrvatske. U ovom radu nastojat će se kritičkim osvrtom izložiti analiza i sinteza cjelokupnog slučaja.

Prvenstveno, obrazložena je teorijska pozadina dvaju ključnih instituta ugovora o kreditu iz slučaja „Franak“: valutne klauzule u CHF i promjenjive kamatne stope. Pritom je naglasak stavljen na njihovo uređenje i razvoj u hrvatskom pravnom poretku u mjeri potrebnoj za lakše shvaćanje relevantnih presuda hrvatskih sudova.

Zatim slijedi dio rada posvećen analizi i sintezi cjelokupnog slučaja „Franak“. Autori rada prvi iznose ovako opsežan i detaljan osvrt na svaku presudu pojedinačno, a zatim na sve presude kao cjelinu. Analizom veoma opširnog obrazloženja prvostupanjske presude dan je uvid u odredbe Zakona o zaštiti potrošača relevantne za slučaj „Franak“. Međutim, drugostupanjskom presudom ona je znatno izmijenjena te su mnoga pitanja ostala neodgovorena. Drugostupanjski sud je neopravdano zanemario pravo EU te je iz neobjašnjivih razloga primijenio dvostruke kriterije rješavajući isto pravno pitanje. Naime, ispitujući valjanost promjenjive kamatne stope, drugostupanjski sud je uzeo u obzir stajalište Suda EU o određenom pravnom pojmu, dok je isto to shvaćanje o istom pravnom pojmu zanemario ispitujući valjanost valutne klauzule. Umjesto da stane na kraj takvoj nelogičnosti, Vrhovni sud Republike Hrvatske donio je odluku o reviziji kojom je izazvao još veće nedoumice i težu povredu prava EU. Potvrdivši drugostupanjsku presudu, Vrhovni sud je šturo obrazložio irelevantnost stajališta Suda EU te svojim propustom počinio potencijalna dodatna kršenja prava EU. Sve te nelogičnosti, koje će detaljnije biti obrazložene u pojedinim dijelovima rada, trebale bi biti dovoljne za poticanje akademske rasprave o slučaju „Franak“.

Nakon iscrpne analize i upoznavanja s relevantnom materijom, autori rada predlažu novi pristup ispitivanju valjanosti jednog od dvaju ključnih instituta slučaja „Franak“: valutne klauzule u CHF. Taj pristup temelji se na odredbama ZOO, tj. načelu zabrane zlouporabe prava. Naime, ispituje se jesu li banke zlouporabile valutnu klauzulu u CHF s obzirom na okolnosti slučaja „Franak“. Nakon obrazlaganja pravne osnove i iznošenja za nju relevantnih i dokazanih činjenica, izvodi se zaključak kako bi valutna klauzula u CHF imala znatno drugačiju pravnu sudbinu od one iz presude Vrhovnog suda.

Konačno, slučaj „Franak“ je, donošenjem odluke Vrhovnog suda, sazrio u slučaj koji bi mogao prouzrokovati odgovornost Republike Hrvatske u međunarodnoj zajednici. Zanimljivo je da su obje stranke slučaja „Franak“ poduzele mjere za pokretanje postupka protiv Republike Hrvatske. S jedne strane, potrošači su podnijeli Prijavu Europskoj komisiji radi pokretanja postupka pred Sudom EU protiv Republike Hrvatske. S druge strane, društva majke tuženih banaka poduzele su mjere radi pokretanja arbitražnog postupka protiv Republike Hrvatske pred Međunarodnim centrom za rješavanje investicijskih sporova. To znači da će slučaj „Franak“, koliko god se činilo da je bio aktualan do sada, tek doživjeti svoj vrhunac.

# II. POJAM VALUTNE KLAUZULE I PROMJENJIVE KAMATNE STOPE

## 1. VALUTNA KLAUZULA

U globaliziranome suvremenom društvu, više nego ikada prije u ljudskoj povijesti, izražena je međusobna ovisnost poslovnih i financijskih subjekata, kao posljedica sve većeg usložnjavanja društvene podjele rada. U ostvarivanju svojih interesa i poslanja oni su nužno usmjereni jedni na druge, ulazeći u mnogobrojne i raznolike pravne odnose. Nastojeći uskladiti njihove različite interese i optimalno urediti te odnose, države su kroz izgradnju pravnoga poretka razvile brojne pravne institute. Jedan od njih su i zaštitne klauzule, koje se kao derivatni financijski instrument ugrađuju u ugovore između poslovnih subjekata da bi se smanjili ili potpuno uklonili rizici promjene valutnih tečajeva i inflacije, te očuvalo stabilno poslovno okruženje.[[1]](#footnote-1) One mogu biti valutne (monetarne), robne i zlatne. Valutnu klauzulu,[[2]](#footnote-2) o kojoj će se raspravljati u ovom radu, najsažetije bi mogli definirati kao klauzulu kojom se želi očuvati formalna vrijednost neke valute vezivanjem za neku drugu, sigurniju, valutu ili „košaru valuta“ ili pak međunarodno priznatu monetarnu jedinicu.[[3]](#footnote-3) Za bolje razumijevanje ovoga pravnog instituta potrebno je razmotriti ga kroz prizmu novčane obveze s kojom je usko povezan.

Novčana obveza je ona obveza čija činidba glasi na određeni iznos novca.[[4]](#footnote-4) Temeljno načelo koje uređuje ispunjenje novčanih obveza jest načelo monetarnog nominalizma prema kojemu je dužnik u trenutku ispunjenja novčane obveze dužan isplatiti onaj broj novčanih jedinica na koji obveza glasi.[[5]](#footnote-5) Preciznije rečeno, dužnik treba isplatiti točno onaj iznos novca koji je ugovoren s vjerovnikom. Međutim, kako je novčana činidba zapravo činidba vrijednosti,[[6]](#footnote-6) to znači da se stvarna vrijednost činidbe, zbog promjena u vrijednosti novca, može u trenutku ispunjenja razlikovati od ugovorenog iznosa.[[7]](#footnote-7) Iz tog obilježja proizlazi značajno praktično pitanje: kako postupiti u slučaju promjena u vrijednosti novca do kojih dolazi od trenutka nastanka obveze do trenutka njezina ispunjenja?

Prema načelu nominalizma promjena vrijednosti novca ne bi imala nikakvog utjecaja na dužnikovu obvezu, odnosno on bi bio dužan platiti isti iznos novca koji je bio ugovoren. Međutim, moguće je da se vrijednost novca toliko promijeni da to jednoj ugovornoj strani uzrokuje znatnu štetu. Iz navedenog proizlazi da bi njegova beziznimna primjena dovela do povrede jednog od temeljnih načela obveznog prava- načela jednake vrijednosti činidbi. Kako bi se spriječile takve posljedice, djelovanje načela nominalizma korigirano je načelom valorizma prema kojemu promjena vrijednosti novca nužno utječe i na promjenu visine novčane obveze. U skladu s načelom valorizma, u slučaju pada vrijednosti novca bit će potrebno izdvojiti veći broj novčanih jedinica, a u slučaju rasta vrijednosti novca manji broj novčanih jedinica kako bi se ispunila novčana obveza.[[8]](#footnote-8) Na ovaj način vrijednost novčane obveze ostaje očuvana i jednaka kakva je bila u trenutku sklapanja ugovora. Jedan od instrumenata kojim se ostvaruje navedeno načelo valorizma je valutna klauzula.

### 1.1. Normiranje i primjena valutne klauzule u hrvatskom zakonodavstvu i praksi

Dopustivost gore navedene korekcije koja bi implicirala valutnu klauzulu vidljiva je iz propisivanja primjene načela nominalizma Zakonom o obveznim odnosima (dalje: ZOO). Zakonom se načelo nominalizma propisuje kao pravilo, osim u onim slučajevima kad je zakonom drukčije određeno.[[9]](#footnote-9) Spomenutim zakonom je dopušteno ugovaranje tzv. zaštitnih klauzula, kao korektivnih instrumenta kojima se postiže očuvanje vrijednosti novčane obveze na način da se visina obveze veže uz određene vanjske objektivne elemente.[[10]](#footnote-10) Kao jedna od vrsta zaštitnih klauzula, valutna klauzula je uvedena u pravni poredak Republike Hrvatske 22. siječnja 1994. godine novelom „starog“ jugoslavenskog Zakona o obveznim odnosima iz 1978. godine.[[11]](#footnote-11) Iako je ZOO izričito ne definira, može se reći da je njime dopušteno ugovaranje valutne klauzule, točnije jedna podvrsta valutne klauzule- tzv. klauzula garancije tečaja.[[12]](#footnote-12) Klauzula garancije tečaja je podvrsta valutne klauzule, kojom se visina novčane obveze izražene u domaćoj valuti veže uz vrijednost neke strane valute.[[13]](#footnote-13) Pritom je bitno da je obveza izražena u domaćoj valuti, jer je u Republici Hrvatskoj zakonsko sredstvo plaćanja hrvatska kuna (dalje: HRK), te se sva plaćanja u pravilu moraju obavljati u toj valuti, a u skladu s time i ispunjenje novčanih obveza.[[14]](#footnote-14)

Nakon što je ovim putem uvedena u pravni poredak Republike Hrvatske, valutna klauzula je našla široku primjenu u poslovnom svijetu, napose na polju kredita, stambene štednje i osiguranja. Koliki je psihološki značaj imala kod stanovništva RH zorno je vidljivo u slučaju stambenih štedionica. Naime, Zakon o stambenoj štednji i državnom poticanju stambene štednje (dalje: ZSŠ), koji je stupio na snagu 1. siječnja 1998. godine, dopuštao je štednju samo u domaćoj valuti.[[15]](#footnote-15) Opečeni negativnim iskustvima iz nedavne prošlosti (ponajprije obezvrjeđivanje domaće valute zbog inflatornih učinaka) ljudi su se teško odlučivali na stambenu štednju bez monetarne (valutne) klauzule, strahujući za vrijednost uplaćenih sredstava. Stoga je Sabor Republike Hrvatske na sjednici održanoj 30. lipnja 1999. donio izmjene ZSŠ, kojima je omogućio sklapanje ugovora o stambenoj štednji sa zaštitnom valutnom (monetarnom) klauzulom. To je imalo izrazito pozitivan efekt, tako da je takva štednja vezana uz valutnu klauzulu samo za jednu godinu bila upeterostručena.[[16]](#footnote-16)

I sama je država na vlastita izdanja financijskih instrumenata uvela valutnu klauzulu. Tako je, primjerice, samo u 2000. godini imala 15 izdanja obveznica za koje je jamčila, od kojih je 10 bilo vezano za euro (dalje: EUR), dok pet ostalih nisu imali valutnu klauzulu.[[17]](#footnote-17) Iz svega navedenog vidljiva je široka primjena valutne klauzule u domaćoj praksi.

### 1.2. Djelovanje valutne klauzule

U literaturi se navodi više podvrsta valutnih klauzula, a najčešće se upotrebljava tzv. klauzula garancije tečaja, koju predviđa i hrvatski ZOO.[[18]](#footnote-18) Primjenom ove klauzule početna visina novčane obveze (nominalni iznos) će se mijenjati ovisno o kretanju tečaja domaće valute (valuta ugovora) u odnosu na određenu stranu valutu (valorimetar) i to obrnuto proporcionalno. To znači da će u slučaju pada tečaja valute ugovora u odnosu na valorimetar (deprecijacija) doći do povećanja nominalnog iznosa. U obrnutoj situaciji, rast tečaja valute ugovora u odnosu na valorimetar (aprecijacija) uzrokovat će smanjenje nominalnog iznosa.[[19]](#footnote-19) Pritom se uspoređuje tečajni odnos valuta u trenutku sklapanja ugovora (početni tečaj) s tečajnim odnosom u trenutku ispunjenja (konačni tečaj), iz čega se zaključuje u kojem omjeru se promijenila vrijednost novca.

Valutna klauzula je primjenjiva kako u trgovačkim, tako u građanskim i u potrošačkim ugovorima. Kod spomenute podvrste valutne klauzule potrebno je ugovoriti važeći tečajni odnos u trenutku sklapanja ugovora,[[20]](#footnote-20) jer je to ključno za određivanje početne vrijednosti novca i za praćenje kretanja te vrijednosti. Na ovaj će se način usporedbom početnog i konačnog tečaja moći odrediti konačni iznos novčane obveze. No, ovisno o ugovornoj konstrukciji neće biti potrebno izričito navoditi početni tečaj, nego je dovoljno da on implicitno proizlazi iz same klauzule. Stoga ako strane ugovore da se npr. dužniku stavlja na raspolaganje 1000 švicarskih franaka (dalje: CHF) u protuvrijednosti od 5000 HRK, vidimo da tečaj iznosi 1 CHF= 5 HRK, iako to nije izričito napisano. Međutim, postavlja se pitanje što ako se ni implicitno ne ugovori početni tečaj? Pretpostavimo da je ugovorena sljedeća odredba: „*Dužniku se stavlja na raspolaganje 1000 CHF u kunskoj protuvrijednosti.“*. U slučaju da iz ostatka ugovora nije vidljivo koliki je početni tečaj, opravdano se postavlja pitanje kolika je bila početna vrijednost novca, tj. koji su tečaj strane htjele primijeniti u svome poslu? Uzmemo li u obzir da je glavnica predmet ugovora, a samim time i njegov bitan sastojak, bez ugovaranja početnog tečaja ona nije odrediva. Posljedično tome se postavlja i pitanje je li ugovor nevaljan zbog neodredivosti predmeta?[[21]](#footnote-21) Moguće je i da nastane spor između vjerovnika i dužnika o tome koliki je iznos HRK stvarno dužniku stavljen na raspolaganje. U trgovačkim ugovorima bi se navedeni problem mogao riješiti primjenom odgovarajućeg trgovačkog običaja, ako takav postoji.[[22]](#footnote-22) No, kako postupiti u preostale dvije vrste ugovora? U građanskom ugovoru, a niti u potrošačkom u pravilu nije moguće takvo rješenje.[[23]](#footnote-23) U potrošačkim ugovorima, kao što je potrošački ugovor o kreditu, možda bi se i moglo utvrditi o kojem se iznosu radi na temelju podataka banke o priljevu sredstava na račun dužnika, ali i tu su moguće određene sporne situacije (npr. proknjiženi iznos ne odgovara stvarno isplaćenom iznosu i sl.). Iz navedenog se može zaključiti da je potrebno utvrditi početni tečaj domaće valute (valute ugovora) u odnosu na stranu valutu (valorimetar). Što se tiče utvrđivanja konačnog iznosa obveze, preporučljivo je u ugovoru odrediti i konačni tečaj (npr. srednji tečaj HNB i sl.). Ako ugovorne strane propuste ugovoriti relevantni konačni tečaj, primijenit će se dispozitivna zakonska odredba. Prema navedenoj odredbi relevantan je prodajni tečaj devizne burze, odnosno Hrvatske narodne banke koji vrijedi na dan dospjelosti, odnosno, po zahtjevu vjerovnika, na dan plaćanja.[[24]](#footnote-24) Primjenom valutne klauzule kao korektivnog instrumenta konačna visina obveze u vrijeme sklapanja ugovora još nije poznata, no ipak je odrediva jer će se na navedeni način moći izračunati u vrijeme ispunjenja.[[25]](#footnote-25) Na temelju izloženog vidimo kako djelovanjem valutne klauzule dolazi do usklađivanja visine obveze (nominalni iznos) i vrijednosti novca, čime vrijednost obveze ostaje očuvana.

Institut valutne klauzule zaokupio je pažnju autora zbog nedavnih događaja u Republici Hrvatskoj. Naime, jedan je sudski predmet odjeknuo u javnosti izazvavši do tada neviđene polemike. Pritom se raspravljalo i o pravnoj osnovanosti navedenog instituta. Radi se o famoznom slučaju „Franak“ pokrenutom na temelju tužbe Hrvatskog saveza udruga za zaštitu potrošača (dalje: savez „Potrošač“) protiv osam najvećih poslovnih banaka u Republici Hrvatskoj.[[26]](#footnote-26) U navedenom slučaju je Trgovački sud u Zagrebu (dalje: Trgovački sud) ocijenio da je, u okviru potrošačkog prava, valutna klauzula nevaljana sa stajališta *testa općeg kriterija nepoštenosti odredbe* (dalje: *test nepoštenosti)* i kao takva ništava.[[27]](#footnote-27) Naime, sud se vodio logikom da činjenica dopuštenosti ugovaranja valutne klauzule ne znači da se ona može ugovoriti na bilo koji način. Nadalje, sud je ocijenio da se prilikom njezina ugovaranja u potrošačkim ugovorima moraju zadovoljiti određeni zahtjevi radi zaštite potrošača kao slabije ugovorne strane. O prvostupanjskoj presudi je odlučivao u povodu žalbe Visoki trgovački sud Republike Hrvatske (dalje: VTS).[[28]](#footnote-28) No, ovaj sud je na temelju svojih zaključaka, a prema mišljenju autora rada veoma pravno dvojbenih, ocijenio da valutna klauzula ne podliježe *testu nepoštenosti*. Konačno, cijeli slučaj je bio iznesen i pred najvišu sudsku instanciju, Vrhovni sud Republike Hrvatske (dalje: VSRH). Kako je VSRH potvrdio navedena dvojbena stajališta VTS-a, autori smatraju da ih je potrebno detaljno pravno analizirati. O pitanju valjanosti samog instituta sa stajališta prava zaštite potrošača, ali i sa stajališta obveznog prava raspravljat će se u narednim poglavljima u okviru detaljne pravne analize presuda donesenih u slučaju „Franak“.

## 2. UGOVORNE KAMATE S POSEBNIM OSVRTOM NA PROMJENJIVU KAMATNU STOPU

### 2.1. Pojam kamate i kamatne stope

Kamate su naknada koju je jedna strana dužna dati drugoj za korištenje njezinih zamjenjivih stvari, najčešće novca.[[29]](#footnote-29) Iz navedene definicije ponajprije se uočava da su kamate naknada, što znači da su nužno vezane uz naplatne pravne poslove. Nadalje, može se iščitati da se pojam kamata odnosi kako na nenovčane tako i na novčane obveze, no češće se susreće kod novčanih obveza. Naime, uz novčanu obvezu često nastaje i jedna nova obveza- obveza na plaćanje kamata. S obzirom na pravni temelj nastanka kamatne obveze razlikuju se zakonske i ugovorne kamate.[[30]](#footnote-30) Zakonske bi bile one kamate kod kojih obveza na plaćanje kamata nastaje na temelju zakona. Ugovorne kamate su one kod kojih obveza na plaćanje nastaje na temelju ugovora. To znači da je dužnik dužan plaćati ugovorne kamate samo ako se ugovorom na isto obvezao.[[31]](#footnote-31) S obzirom na svoju funkciju, ugovorne kamate u potpunosti odgovaraju gore navedenoj temeljnoj definiciji.[[32]](#footnote-32) Naime, one su naknada za korištenje pozajmljenog novca- glavnice.

Kamate se mogu izražavati trojako: kao uvećanje vrijednosti prema pozajmljenoj vrijednosti, kao viša cijena od one u vrijeme ugovaranja, te kao kamatna stopa.[[33]](#footnote-33) U praksi se kamate najčešće izražavaju u obliku kamatne stope.[[34]](#footnote-34) Kamatna stopa je stoti dio izražene cijene za posuđeni kapital.[[35]](#footnote-35) Na prvi pogled pojam kamatne stope ne čini se povezan s pojmom kamate, a napose ugovorne kamate. No, kad se detaljnije prouči pojam ugovorne kamate u okviru novčanih obveza, može se zaključiti da je kamata zapravo cijena za korištenje pozajmljenog novca.[[36]](#footnote-36) Iz navedenog je vidljivo da je kamatna stopa način, odnosno točnije rečeno jedan od načina izražavanja te cijene. U Republici Hrvatskoj je, kao što je već rečeno u poglavlju o valutnoj klauzuli, veliku pažnju javnosti zaokupio nedavni slučaj „Franak“. U navedenom slučaju jedno od prijepornih pitanja odnosilo se i na promjenjive kamatne stope u ugovorima o potrošačkom kreditu. Kako će se pitanje promjenjivosti detaljnije obrađivati u daljnjem dijelu rada, ovdje će autori dati potreban uvod u navedenu problematiku. Prvenstveno, potrebno je naznačiti koji su propisi u kreditnom razdoblju, a na koje se odnosi navedeni slučaj, uređivali materiju ugovornih kamata, odnosno kamatnih stopa.

### 2.2. Pravno uređenje ugovornih kamata u RH

Što se tiče pravnog uređenja ugovornih kamata u pravnom poretku Republike Hrvatske, ono je bilo raznoliko. Kako se analiza odnosi na slučaj „Franak“, bitno je kreditno razdoblje od 1. siječnja 2004. do 31. prosinca 2008. godine.[[37]](#footnote-37) U pojedinim dijelovima toga razdoblja materiju ugovornih kamata su uređivali različiti propisi. Na temelju detaljnog proučavanja propisa mogu se izdvojiti sljedeća tri dijela[[38]](#footnote-38) navedenog kreditnog razdoblja:

Prvi dio obuhvaća razdoblje od 1. siječnja 2004. godine do 3. studenog 2004. godine. U tom razdoblju materija ugovornih kamata bila je uređena starim jugoslavenskim Zakonom o obveznim odnosima iz 1978. godine, a koji je u pravni poredak RH bio preuzet Zakonom o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima od 28. lipnja 1991. godine (dalje: ZOO/91).[[39]](#footnote-39) ZOO/91 normiraju se ugovorne kamate u odjeljku o novčanima obvezama.[[40]](#footnote-40) Pitanja koja su njime bila uređena u pogledu ugovornih kamata su: kamatne stope, zaračunavanje kamata na kamatu (anatocizam), te ugovorne kamate u nenovčanim obvezama. Pitanja promjenjivosti kamatnih stopa zakon se nije doticao.

Drugo dio obuhvaća razdoblje od 3. studenog 2004. godine do 1. siječnja 2008. godine. U tom razdoblju uz postojeći ZOO/91, materiju ugovornih kamata uređivao je i Zakon o kamatama (dalje: ZOK), koji je stupio na snagu već 20. srpnja 2004. godine.[[41]](#footnote-41) Navedenim zakonom su se, između ostaloga, uređivale i stope ugovornih kamata. Za konkretizaciju njegovih odredbi bilo je potrebno da Vlada RH donese odgovarajuće uredbe.[[42]](#footnote-42) Stoga je taj zakon, u pogledu ugovornih kamata, doživio punu primjenu tek donošenjem Uredbe o visini najviših dopuštenih ugovornih kamatnih stopa (dalje: Uredba).[[43]](#footnote-43) Uredba je stupila na snagu danom objave u Narodnim novinama, tj. 3. studenog 2004. godine. Iako je navedenim propisima materija ugovornih kamata bila detaljnije normirana, ni oni se nisu doticali pitanja promjenjivosti kamatnih stopa.

Treći dio obuhvaća razdoblje od 1. siječnja 2008. godine do 31. prosinca 2008. godine. Tada su bile relevantne odredbe ZOO-a. Njime su se u pogledu ugovornih kamata uređivala ista pitanja kao i ZOO/91: stopa, anatocizam, te ugovorne kamate u nenovčanim obvezama. Iako je ZOO stupio na snagu već 1. siječnja 2006. godine, za određene njegove odredbe koje se tiču ugovornih kamata bio je propisan produljeni *vacatio legis*. Zato su te odredbe stupile na snagu tek 1. siječnja 2008. godine.[[44]](#footnote-44) Iz navedenog proizlazi da je u razdoblju do 1. siječnja 2008. godine i dalje vrijedio ZOK, a tek početkom primjene odgovarajućih odredbi ZOO-a dolazi do prestanka primjene odgovarajućih odredbi ZOK-a.[[45]](#footnote-45) ZOO, za razliku od prethodnih propisa, poznaje pojam promjenjive kamatne stope. No, taj pojam spominje tek uzgredno u okviru odredbi o visini stopa ugovornih kamata.[[46]](#footnote-46) Dakle, analizom njegovih odredbi vidi se da ni ZOO detaljnije ne razrađuje ovu problematiku.

Na temelju izloženoga može se zaključiti da propisi uređuju ugovorne kamate i kamatne stope, ali se pitanja promjenjivosti uopće ili gotovo uopće ne dotiču.[[47]](#footnote-47) Stoga, postavlja se pitanje je li bilo dopušteno ugovoriti promjenjivost kamatne stope. U razvezivanju ovog zamršenog gordijskog čvora valja odgovor potražiti u načelima obveznog prava. Oba zakona koja su tada uređivala obvezne odnose dopuštala su da ih sudionici slobodno uređuju, pri čemu trpe određena ograničenja.[[48]](#footnote-48) Iz zakonskih odredbi proizlazi da je ugovaranje promjenjive kamatne stope načelno dopušteno, jer nije protivno ni Ustavu RH, ni prisilnim propisima ni moralu društva. No, je li bio dopušten način ugovaranja promjenjivosti kamatne stope u slučaju „Franak“? Da bi se o tome moglo raspravljati potrebno je u kratkim crtama upoznati se s pojmom promjenjive kamatne stope.

### 2.3. Promjenjiva kamatna stopa

Jedna od bitnih karakteristika ugovora o kreditu jest njegova naplatnost.[[49]](#footnote-49) Naime, dužnikova obveza se sastoji u vraćanju dobivenog iznosa novca (glavnice), te u plaćanju ugovorenih kamata (naknada) za korištenje tog dobivenog iznosa. Kamatna stopa (visina naknade) se može ugovoriti kao fiksna ili promjenjiva. Promjenjivost kamatne stope znači da je ona podložna promjenama tijekom razdoblja otplate kredita. Promjenjivost funkcionira tako da se visina čini ovisnom o određenim objektivnim parametrima.[[50]](#footnote-50) Promjenom vrijednosti parametra mijenja se i visina kamatne stope. Parametri mogu biti različiti, ali najčešće se radi o nekoj od referentnih stopa. Referentna stopa jest najniža kamatna stopa koju banke obračunavaju svojim dužnicima iz redova banaka prvoklasnog kredibiliteta.[[51]](#footnote-51) Odnosno, referentna stopa je stopa na kratkoročne kredite koje banke odobravaju drugim bankama.[[52]](#footnote-52) Ta stopa se javno objavljuje za pojedine valute i rokove, a utvrđuje se na međubankovnom tržištu novca.[[53]](#footnote-53) Kako se navedene stope formiraju pod utjecajem tržišnih čimbenika, korisnik kredita je zaštićen od manipulacije parametrom od strane banke kreditora. Koju će referentnu stopu banka primijeniti ovisi o valuti kredita. Osim referentnih stopa, mogu se upotrijebiti i drugi parametri.

Što se tiče samih parametara, važno je naglasiti da oni moraju biti objektivni. Naime, kako je kamata bitan predmet ugovorne obveze ona mora biti određena ili barem odrediva. U slučaju ugovaranja promjenjivosti, visina kamatne stope nije točno određena, ali je odrediva pomoću parametra. Objektivizacija parametra jamči da banka neće moći jednostrano utjecati na određivanje visine ugovorne obveze, a što bi bilo protivno načelu određenosti činidbe.[[54]](#footnote-54) No, može se postaviti pitanje što ako banka odredi više različitih parametara? Hoće li tada obveza, unatoč postojanju objektivnih kriterija, biti odrediva sa stajališta obveznog prava? U takvoj situaciji bi jedna ugovorna strana mogla birati koji će parametar primijeniti, te na taj način opet jednostrano utjecati na određivanje visine ugovorne obveze. Osim navedenih, bitno je istaknuti još jedan izrazito važan problem koji se javlja u praksi. Prilikom ugovaranja promjenjivosti mogući su različiti modaliteti unošenja navedene klauzule u ugovor. Kako banke u svom poslovanju sklapaju veliki broj sličnih ugovora, one se kao modalitetom najčešće služe tzv. tipskim ugovorima i općim uvjetima poslovanja.[[55]](#footnote-55) U takvoj situaciji banke sklapaju ugovore putem standardiziranih obrazaca, a brojna pitanja ugovornog odnosa se uređuju tako da se banke pozivaju na svoje opće uvjete poslovanja. Tada banke trebaju u svojim općim uvjetima detaljno razraditi parametre i mehanizme promjenjivosti kamatne stope. Nadalje, moraju i korisnike kredita upoznati s odredbama općih uvjeta i mehanizmima promjenjivosti. Ako banke propuste informirati potrošače, moguće je da navedene odredbe budu nepoštene sa stajališta potrošačkog prava.

Iz svega navedenoga vidljivo je da prilikom ugovaranja promjenjive kamatne stope treba paziti na brojne pojedinosti. Ovo je posebice važno stoga što propusti mogu dovesti do ozbiljnih posljedica kao što je ništavost samog ugovornog uglavka. U poslovnoj praksi hrvatskih banaka, u gore navedenom razdoblju potrošačkog kreditiranja, došlo je po pitanju navedene materije do ozbiljnih propusta.[[56]](#footnote-56) Sve je kulminiralo već spomenutim slučajem „Franak“. Autori će u nastavku rada, analizirajući navedeni slučaj, prikazati kako su propusti banaka doveli upravo do ništetnosti ugovornog uglavka o promjenjivosti.

# III. ANALIZA SLUČAJA „FRANAK“

Slučaj „Franak“ zasigurno je u dosadašnjoj sudskoj praksi Republike Hrvatske jedan od najznačajnijih što se tiče ekonomskih, ali i pravnih implikacija koje ostavlja iza sebe.[[57]](#footnote-57) Riječ je o sudskom postupku koji je, na temelju svoje aktivne legitimacije, pokrenuo savez „Potrošač“ tužbom protiv osam najvećih poslovnih banaka u Hrvatskoj. Razlog podnošenja tužbe bio je ostvarivanje zaštite kolektivnih interesa potrošača koji su prema navodima tužitelja bili povrijeđeni djelovanjem osam tuženih banaka. Pojednostavljeno, srž toga postupka bilo je pitanje valjanosti dviju ugovornih odredaba u potrošačkim ugovorima o kreditu koje su banke sklapale s potrošačima. Riječ je o ugovornoj odredbi valutne klauzule kojom se glavnica kredita vezala uz valutu CHF te ugovornoj odredbi kojom se ugovarala promjenjivost kamatne stope.

Glavna pravna osnova, odnosno zakoni temeljem čijih se materijalnih normi ocjenjivala valjanost navedenih dviju odredbi potrošačkog ugovora o kreditu bili su: Zakon o zaštiti potrošača iz 2003. godine (dalje: ZZP/03) i Zakon o zaštiti potrošača iz 2007. godine (dalje: ZZP/07).[[58]](#footnote-58) Točnije, postavilo se pitanje jesu li dvije ugovorne odredbe nepoštene prema odredbama ZZP/03 i ZZP/07, a samim time i ništetne.

Slučaj „Franak“ započeo je tužbom protiv osam poslovnih banaka pred Trgovačkim sudom. Taj sud je 4. srpnja 2013. godine donio presudu *26.P-1401/2012*. Protiv presude tužene poslovne banke su podnjele žalbu VTS-u te je slučaj „Franak“ dobio svoj nastavak. VTS je potom 13. lipnja 2014. donio presudu *43. Pž-7129/13-4* kojom je djelomično usvojio podnesenu žalbu i preinačio navedenu prvostupanjsku presudu *26.P-1401/2012* Trgovačkog suda. Cijeli slučaj kulminirao je pokretanjem revizijskog postupka pred VSRH koji je svoju odluku o reviziji *Revt 249/14-2* donio 14. svibnja 2015. godine. Iako se čini da je odlukom VSRH, kao suda najviše instance, slučaj „Franak“ dobio svoj pravni zaključak, cjelokupna analiza slučaja mogla bi navesti na upravo suprotno mišljenje. Za vrijeme pisanja ovoga rada, slučaj „Franak“ pravno je sazrio u slučaj koji bi svoj epilog mogao dobiti pred međunarodnim pravosudnim tijelima pritom aktivirajući odgovornost Republike Hrvatske za kršenje međunarodnih obveza.

Također, cjelokupna analiza slučaja „Franak“ postaje još intrigantnijom uzme li se u obzir da ga je utemeljeno razmatrati s još jedne pravne osnove. Odnosno pitanje valjanosti jedne od dviju ključnih ugovornih odredbi, valutne klauzule, može se ispitivati temeljem ZOO.

Za potrebe sistematičnosti i preglednosti, autori rada analizirat će slučaj „Franak“ prvo po pravnoj osnovi ZZP/03 i ZZP/07. Radi boljeg razumijevanja analize iznijet će se najprije određenje pojma nepoštenih odredbi u potrošačkim ugovorima, a potom analiza samog slučaja i to tako da će se posebno razmatrati odredba o valutnoj klauzuli, a posebno odredba o promjenjivoj kamatnoj stopi kroz sve sudske presude postupka kolektivne zaštite potrošača. U nastavku rada će se predložiti novi način ispitivanja valjanosti ugovaranja valutne klauzule sa stajališta ZOO. Konačno, ukazat će se na izvjesnu mogućnost nastavka slučaja „Franak“ pred međunarodnim pravosudnim tijelima s kritičkim osvrtom na presude hrvatskih sudova kao uzrok toga.

## 1. SLUČAJ „FRANAK“ – POSTUPAK KOLEKTIVNE ZAŠTITE POTROŠAČA

### 1.1. Općenito o nepoštenosti ugovorne odredbe u potrošačkim ugovorima

Zakonom o obveznim odnosima (dalje: ZOO) su uređeni obveznopravni odnosi, ali su utvrđena i temeljna načela tih odnosa. Jedno od najznačajnijih svakako je načelo dispozitivnosti, odnosno načelo autonomije stranaka. Ono, između ostalog, podrazumijeva slobodu pravnih subjekata pri utvrđivanju sadržaja obveznopravnog, odnosno ugovornog odnosa.[[59]](#footnote-59) Međutim, to načelo u svojem ostvarivanju nije neograničeno. Ograničenje navedenog načela eksplicitno je izraženo čl. 2. ZOO-a kojim je propisano kako je sadržaj obveznopravnog odnosa nedopustiv ako je protivan Ustavom utvrđenim načelima društvenog uređenja, prisilnim propisima i pravilima morala.[[60]](#footnote-60)

Načelo autonomije ograničeno je prisilnim propisima u ugovornim odnosima u kojima je razvidno da bi njegovom potpunom primjenom mogli biti nepravično ugroženi interesi određenih pravnih subjekata. Jedan od takvih ugovornih odnosa jest odnos potrošača i trgovca. Naime, uzevši u obzir sraz koji postoji u današnjim tržišnim uvjetima između ekonomskih snaga trgovaca i potrošača te način na koji oni zasnivaju ugovorne odnose, a to je uglavnom primjenom standardiziranih ugovora unparijed formuliranih od strane trgovca[[61]](#footnote-61), jasno je da postoji neravnopravnost položaja između tih dvaju subjekata.[[62]](#footnote-62),[[63]](#footnote-63) Ta neravnopravnost proizlazi i iz same definicije ugovornog odnosa trgovca i potrošača, tzv. potrošačkog ugovora. Naime, u definiciji potrošačkog ugovora jasno je izraženo da je to ugovor između trgovca, kao prodavatelja, koji djeluje unutar svoje gospodarske ili profesionalne djelatnosti te potrošača, kao kupca, koji djeluje izvan svoje gospodarske ili profesionalne djelatnosti.[[64]](#footnote-64) Sasvim je logično da subjekt koji pri zasnivanju ugovornog odnosa djeluje unutar svoje gospodarske ili profesionalne djelatnosti raspolaže sa znatno više informacija, većim znanjem i iskustvom te je u boljoj pregovaračkoj poziciji od subjekta koji djeluje izvan takve djelatnosti. Zlouprabom navedenog od strane trgovca otvara se mogućnost da sadržaj potrošačkog ugovora bude znatno nepovoljan za potrošača.

Kako bi se zaštitili interesi potrošača te kompenzirala znatna pregovaračka prednost trgovca pri sklapanju potrošačkog ugovora, prisilnim propisima ograničava se načelo autonomije stranaka pri sklapanju potrošačkog ugovora. Drugim riječima, prisilnim propisima ne dozvoljava se sadržaj potrošačkog ugovora koji bi bio štetan za potrošača. Ulogu tih prisilnih propisa u pravnom poretku imaju odredbe prava zaštite potrošača.[[65]](#footnote-65),[[66]](#footnote-66) Konkretno, riječ je o institutu nepoštenih odredaba u potrošačkim ugovorima.[[67]](#footnote-67)

#### 1.1.1. Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima

Za shvaćanje pojma nepoštenih ugovornih odredaba u potrošačkim ugovorima, potrebno je obrazložiti kada i kojim zakonom je on utvrđen, kako se razvijao kroz zakonske izmjene te kako je danas uređen. Također, bitno je naglasiti da su nepoštene ugovorne odredbe u potrošačkim ugovorima određene i pravom Europske unije (dalje: EU) te objasniti njegovu relevantnost za hrvatski pravni poredak.

##### 1.1.1.1. Relevantni pravni propisi RH za uređenje nepoštenih odredaba u potrošačkim ugovorima

Početak zakonskog okvira zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj označava 2003. godina kada je donesen ZZP/03. Tim zakonom su, u skladu s pravom EU, uređene nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima.[[68]](#footnote-68) U glavi ZZP/03 pod nazivom „Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima“, između ostalog se uređuje: pojam nepoštenih odredaba, okolnosti koje se uzimaju u obzir prilikom ocjene ugovora, odredbe čija se poštenost ne može ocjenjivati te posljedice nepoštenosti ugovorne odredbe.[[69]](#footnote-69)

Četiri godine nakon donošenja ZZP/03 donesen je novi zakon koji ga je zamijenio; ZZP/07.[[70]](#footnote-70) Navedeni zakon vrijedio je, uz nekolicinu izmjena i dopuna, do 7. travnja 2014. godine. Važno je napomenuti kako značajnih izmjena, što se tiče materijalnih normi nepoštenih odredaba u potrošačkim ugovorima, nije bilo. Sve izmjene koje su se dogodile u tom dijelu zakona svedene su na stilizaciju i pojednostavljenje zakonskog teksta radi boljeg razumijevanja.[[71]](#footnote-71)

Konačno, donesen je Zakon o zaštiti potrošača iz 2014. godine (dalje: ZZP/14).[[72]](#footnote-72) Niti ovim zakonom nisu znatnije izmijenjene materijalne norme nepoštenih odredaba u potrošačkim ugovorima. Također, sve odredbe koje uređuju institut nepoštenih ugovornih odredaba ostale su, u strukturi zakona, pod glavom istog naziva; „Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima.“

Određenje pojma nepoštenih odredaba u potrošačkim ugovorima kroz sva tri zakona, a i njihove izmjene, ostalo je gotovo identično. Zbog toga će se, za potrebe ovoga rada te s obzirom na kasniju analizu slučaja „Franak“, iznijeti pojam nepoštenih odredaba kako je određen ZZP/03.

##### 1.1.1.2. Pojam nepoštenih ugovornih odredaba

ZZP/03 pojam nepoštenih ugovornih odredaba određuje na dva načina: apstraktno- općom (generalnom) odredbom (čl. 81. st. 1. ZZP/03) te konkretno- listom odredaba koje su potencijalno nepoštene (čl. 82. st.1 ZZP/03).[[73]](#footnote-73) Za potpuno razumijevanje instituta nepoštenih odredaba potrebno je obrazložiti i koje okolnosti se uzimaju u obzir pri ocjeni poštenosti ugovornih odredaba te koje pravne posljedice uzrokuje utvrđenje odredbe kao nepoštene. Nadalje, od iznimne je važnosti zakonska odredba koja određuje koje ugovorne odredbe same po sebi ne podliježu ocjeni poštenosti. Naime, zanimljivo je kako su domaći sudovi protumačili tu zakonsku odredbu te takvim tumačenjem posljedično utvrdili poštenost određenih ugovornih odredaba.[[74]](#footnote-74) Konačno, uza sve to prijeko potrebno je imati na umu činjenicu da je institut nepoštenih odredaba u potrošačkim ugovorima određen i pravom EU, odnosno *Direktivom 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima* (dalje: Direktiva 93/13).[[75]](#footnote-75) Navedena Direktiva 93/13 inkorporirana je 2003. godine u hrvatski pravni poredak ZZP/03-om te je od iznimne važnosti za potpuno razumijevanje instituta nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima.[[76]](#footnote-76)

###### 1.1.1.2.1. Opće određenje pojma nepoštenih ugovornih odredaba

Općom (generalnom) odredbom u čl. 81. st. 1. ZZP/03 pojam nepoštenih odredaba određen je na apstraktan način. Naime, čl. 81. st. 1. ZZP/03 propisano je kako se nepoštenom odredbom smatra ona odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo ako, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, uzrokuje značajnu neravnotežu u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu potrošača.[[77]](#footnote-77) Za potrebe ovoga rada, važno je istaknuti kako je navedenom odredbom ZZP/03 u potpunosti i identično preuzeta definicija nepoštene odredbe iz čl. 3. st. 1. Direktive 93/13. Ta činjenica ukazuje na visoki stupanj implementacije Direktive 93/13 u hrvatski pravni poredak, a o čemu će se u daljnjem dijelu rada raspravljati.[[78]](#footnote-78) Iz navedene definicije nepoštene odredbe izvodi se zaključak da su propisana tri kriterija koja moraju biti kumulativno ispunjena kako bi odredba bila nepoštena. Ta tri kriterija su: činjenica da se o ugovornoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo, da ugovorna odredba uzrokuje značajnu neravnotežu u pravima i obvezama na štetu potrošača te da je protivna načelu savjesnosti i poštenja.[[79]](#footnote-79) Propisivanjem triju kriterija koji moraju biti zadovoljeni da bi odredba bila nepoštena dan je općenit uvid koja odredba će biti nepoštena, a navedeni kriteriji služe kao orijentir pri procjeni poštenosti ili nepoštenosti određene ugovorne odredbe.

Prvi kriterij koji mora biti zadovoljen da bi odredba ugovora bila nepoštena jest da se o istoj nije pojedinačno pregovaralo među stranama potrošačkog ugovora. Važno je naglasiti da se sintagma „pojedinačno pregovaralo“ ne smije shvatiti u svom doslovnom formalnom smislu, odnosno u smislu prema kojem bi se u obzir uzimalo samo jesu li strane usmeno pregovarale o pojedinoj odredbi ugovora. Naprotiv, pojedinačno pregovaranje trebalo bi se tumačiti u materijalnom smislu tog pojma. Naime, u doktrini je ustanovljeno stajalište da se o pojedinoj ugovornoj odredbi pojedinačno pregovaralo ako je ugovornoj strani koja je u slabijem pregovaračkom položaju, odnosno potrošaču, pružena mogućnost da utječe na postojanje i sadržaj dotične ugovorne odredbe.[[80]](#footnote-80) Drugim riječima, to bi značilo da je potrošaču omogućena takva pregovaračka pozicija u kojoj može ostvariti svoje interese odlučujući o postojanju i sadržaju ugovorne odredbe. Kako bi potrošač doista bio u takvoj pregovaračkoj poziciji da ostvaruje svoje interese, trgovac kao strana u znatno povoljnijoj pregovaračkoj poziciji morao bi potrošača obavijestiti o svim relevantnim okolnostima ugovora. Tek kada potrošač raspolaže svim relevantnim okolnostima ugovora, smatra se da može donjeti razumnu odluku za ostvarivanje svojih interesa.[[81]](#footnote-81) Ova dužnost trgovca povezana je s trećim kriterijem koji se ispituje pri ocjeni poštenosti ugovorne odredbe, načelom savjesnosti i poštenja. Također, važno je napomenuti kako je sasvim nebitno je li potrošač uistinu i iskoristio omogućenu mu pregovaračku poziciju da ostvari svoje interese. Dakle, ako je potrošaču dana mogućnost utjecaja na sadržaj odredbe, a on ju svojevoljno nije iskoristio, smatrat će se da se o odredbi pojedinačno pregovaralo.[[82]](#footnote-82) Temelj za navedeno tumačenje proizlazi iz čl. 3. st. 2 Direktive 93/13 čija će se pravna relevantnost za ZZP/03 obrazložiti u kasnijem dijelu rada. U ovom dijelu rada važno je napomenuti kako je jedan od razloga donošenja navedene Direktive 93/13 uređenje unaprijed formuliranih standardnih ugovora od strane trgovca, a u kojima je pregovaračka pozicija potrošača dodatno oslabljena.[[83]](#footnote-83)

S obzirom na navedeni razlog donošenja Direktive 93/13, hrvatski zakonodavac je također dodatno zaštitio potrošača u situacijama kada potpisuje unaprijed formulirani standardni ugovor trgovca. To je učinjeno čl. 81. st. 2 ZZP/03 kojim se u potpunosti i na identičan način preuzela odredba čl. 3. st. 2. Direktive 93/13.[[84]](#footnote-84) Naime, čl. 81. st. 2. ZZP/03 propisana je predmnjeva prema kojoj se smatra da se o pojedinoj ugovornoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo ako je ona unaprijed formulirana od strane trgovca, a posebice ako je riječ o unaprijed formuliranom standardnom ugovoru trgovca.[[85]](#footnote-85) Ipak, da bi predmnjeva iz čl. 81. st. 2. ZZP/03 djelovala, potrebno je utvrditi kauzalnu povezanost prethodnog formuliranja ugovora i nemogućnosti potrošača da utječe na sadržaj ugovora. Odnosno, dokaže li se da potrošač nije mogao utjecati na sadržaj ugovorne odredbe upravo zbog toga što je trgovac unaprijed formulirao standardni ugovor, smatrat će se da se o ugovornoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo.[[86]](#footnote-86) Ipak, navedena presumpcija je oboriva. Trgovcu je dopušteno dokazivati da se o odredbi njegova unaprijed formuliranog standardnog ugovora pojedinačno pregovaralo.[[87]](#footnote-87) Dakle, teret dokaza kod navedene vrste ugovora jest na trgovcu koji je formulirao standardni ugovor.[[88]](#footnote-88)

Utvrdi li se da se o pojedinoj ugovornoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo, bit će ispunjen prvi kriterij koji se zahtijeva čl. 81. st. 1. ZZP/03 kako bi se odredba proglasila nepoštenom. Time će biti ostvaren tek prvi korak na putu do utvrđenja nepoštenosti ugovorne odredbe.

Drugi kriterij koji se mora zadovoljiti pri utvrđivanju određene ugovorne odredbe nepoštenom jest značajna neravnoteža ugovornih strana u njihovim međusobnim pravima i obvezama. Ispunjenju ovog kriterija pogoduje sama priroda potrošačkog ugovora, pri čijem je sklapanju trgovac u znatno boljoj pregovaračkoj poziciji od potrošača. Doktrina dijeli pojam neravnoteže na materijalnu i formalnu neravnotežu. Pritom se pri utvrđivanju neravnoteže u pravima i obvezama ugovornih strana prednost daje formalnoj neravnoteži, odnosno ispitivanju jesu li za obje ugovorne strane predviđena ista prava i obveze. Za utvrđivanje postojanja neravnoteže moraju se u svakom konkretnom slučaju uzeti u obzir sve okolnosti.[[89]](#footnote-89)

Jednom kada se utvrdi postojanje neravnoteže u pravima i obvezama, potrebno je utvrditi da je ta neravnoteža bila značajna. Kako doktrina samo naglašava postojanje razlike između uobičajene i značajne neravnoteže, ostaje na sudskoj praksi da pobliže odredi kada će neravnoteža u potrošačkim ugovorima biti takva da je značajna, odnosno da nije prihvatljiva u društvu.[[90]](#footnote-90) Utvrdi li se postojanje značajne neravnoteže u pravima i obvezama ugovornih strana, ostaje još jedan kriterij za utvrditi kako bi se temeljem čl. 81. st. 1. ZZP/03 odredba proglasila nepoštenom. Taj kriterij jest protivnost ugovorne odredbe načelu savjesnosti i poštenja.

Načelo savjesnosti i poštenja jedno je od temeljnih načela obveznog prava. Ono je propisano čl. 4. ZOO-a, a služi kao moralni standard putem kojeg se moraliziraju i harmoniziraju obveznopravni odnosi. Tim načelom se u obveznopravne odnose unosi element moralnosti.[[91]](#footnote-91) Ipak, važno je napomenuti da se kriterij moralnosti mora shvatiti u objektivnom smislu. Odnosno, sudionici u obveznopravnom odnosu moraju se ponašati sukladno općeprihvaćenim pravilima ponašanja u pravnom prometu, a ne prema vlastitom tumačenju moralnosti.[[92]](#footnote-92) To bi značilo da između ugovornih strana postoji međusobna suradnja, međusobno obavještavanje, obostrano suzdržavanje od zlouporabe prava i proturječnog ponašanja, itd.[[93]](#footnote-93) Pitanje koje slijedi jest kako se načelo savjesnosti i poštenja konkretizira u pravu zaštite potrošača, odnosno kao kriterij koji se mora ispuniti da bi se ugovorna odredba proglasila nepoštenom? S obzirom da je Direktiva 93/13 gotovo u potpunosti implementirana u hrvatski pravni poredak, odgovor na postavljeno pitanje može se naći u njenoj Preambuli gdje su navedeni pomoćni kriteriji pri tumačenju pojma savjesnosti i poštenja.[[94]](#footnote-94) Tako će se pri procjeni savjesnosti i poštenja voditi računa o snazi polaznih pregovaračkih pozicija, je li potrošač naveden da prihvati ponudu, je li se radilo o posebnoj narudžbi potrošača i je li trgovac postupao pošteno i pravedno prema potrošaču brinući o njegovim zakonitim interesima.[[95]](#footnote-95) Ukazuju li ovi pomoćni kriteriji da se pri stvaranju ugovorne odredbe postupalo protivno načelu savjesnosti i poštenja, bit će ispunjen treći kriterij propisan čl. 81. st.1 ZZP/03.

Zaključno, utvrdi li se da su za određenu ugovornu odredbu ispunjena sva tri obrazložena kriterija iz čl. 81. st. 1. ZZP/03, ta odredba smatrat će se nepoštenom te će aktivirati pravne posljedice koje su propisane ZZP/03 za nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima. U pravnoj literaturi ispitivanje jesu li zadovoljena tri kriterija iz čl. 81. st. 1. ZZP/03 naziva se *testom općeg kriterija nepoštenosti odredbe* (dalje: *test nepoštenosti*). Naziv testa (opći kriterij nepoštenosti) odgovara već navedenoj činjenici da se odredbom čl. 81. st. 1. ZZP/03 na općenit način određuje pojam nepoštene odredbe u potrošačkom ugovoru.[[96]](#footnote-96) S obzirom da je pojam nepoštene odredbe čl. 81. st. 1 ZZP/03 određen općenito, radi potpunijeg razumijevanja pojma te lakšeg i pravilnijeg detektiranja nepoštenih odredaba potrebno je dodatno i konkretnije određenje istog.

###### 1.1.1.2.2. Konkretno određenje pojma nepoštenih ugovornih odredaba

Kako ne bi došlo do različitih tumačenja ugovornih odredaba kao nepoštenih od strane sudova, konkretno je određeno koje odredbe se mogu smatrati nepoštenima. To je učinjeno čl. 82. st. 1. ZZP/03 tako da se propisuje lista odredaba koje bi se mogle smatrati nepoštenima.[[97]](#footnote-97) Važno je napomenuti kako te odredbe nisu same po sebi nepoštene već su, kao i druge odredbe koje nisu na listi, podložne testu općeg kriterija nepoštenosti iz čl. 81. st. 1. ZZP/03. Ako se odredbe s liste iz čl. 82. st. 1. ZZP/03 podvrgavaju testu općeg kriterija nepoštenosti kao i sve druge odredbe, postavlja se pitanje koji je smisao navedene liste nepoštenih odredaba? Njen smisao jest da služi kao okvir pojma nepoštenih odredaba, odnosno ukazuje sudovima, pravnim stručnjacima i sudionicima obveznih odnosa što je zakonodavac imao na umu kada je općenito određivao nepoštenu odredbu. Dakle, čl. 82. st. 1. ZZP/03 predstavlja indikativnu listu nepoštenih odredaba, a ne listu odredaba koje su *per se* nepoštene.[[98]](#footnote-98)

Takva lista odredaba iz čl. 82. st. 1. ZZP/03 naziva se tzv. sivom listom upravo iz razloga jer služi kao indicij što bi se trebalo smatrati nepoštenom odredbom potrošačkog ugovora. Lista je također enumerativna, odnosno nije konačna i zatvorena. I druge odredbe koje nisu na toj listi mogu biti utvrđene kao nepoštene. Pored sive liste kao indikativne, moguće je propisati i tzv. crnu listu koja sadrži odredbe koje su same po sebi nepoštene. [[99]](#footnote-99) Iz formulacije čl. 3. st. 3. Direktive 93/13 te Dodatka Direktive 93/13 jasno je propisano da Direktiva sadrži sivu listu nepoštenih odredaba.[[100]](#footnote-100) Za potrebe ovoga rada, važno je napomenuti da je siva lista iz odredbe čl. 82. st. 1. ZZP/03 gotovo identična čl. 3. st. 3. Direktive 93/13. Ta činjenica, uz već spomenutu identičnost pojedinih odredaba ZZP/03 s odredbama Direktive 93/13, dodatno upućuje na visoki stupanj implementacije Direktive u hrvatski pravni sustav.[[101]](#footnote-101)

###### 1.1.1.2.3. Okolnosti koje se uzimaju u obzir pri ocjeni poštenosti ugovorne odredbe i pravne posljedice

Nakon obrazlaganja kriterija koji se moraju ispuniti kako bi odredba bila nepoštena, potrebno je naglasiti iz kojih činjeničnih okolnosti će se izvoditi zaključak o ispunjenju tih kriterija. Hrvatski zakonodavac je to izričito naveo odredbom čl. 83. st. 1. ZZP/03 kojom je propisano da će se pri ocjeni poštenosti ugovorne odredbe u obzir uzimati narav robe ili usluge koja je predmet ugovora, sve okolnosti prije i prilikom sklapanja ugovora, ostale ugovorne odredbe te neki drugi ugovor koji, u odnosu na ugovor koji se ocjenjuje, predstavlja glavni ugovor.[[102]](#footnote-102) Takva formulacija je dosta slična odredbi čl. 4. st. 1. Direktive 93/13, a uspoređujući ih dolazi se do zaključka kako obje obuhvaćaju iste činjenične okolnosti koje se uzimaju u obzir.[[103]](#footnote-103) Navedene okolnosti iz čl. 83. st. 1. ZZP/03, odnosno čl. 4. st. 1. Direktive 93/13 predstavljaju individualna mjerila kontrole nepoštenosti ugovornih odredaba te, uz objašnjeno opće i konkretno određenje pojma nepoštenih odredaba, olakšavaju njihovo detektiranje.[[104]](#footnote-104)

Kada se, uzimajući u obzir navedene činjenične okolnosti, utvrdi ispunjenje sva tri kriterija za utvrđenje odredbe nepoštenom postavlja se pitanje koje pravne posljedice bivaju prouzročene time? Direktiva 93/13 ne daje konkretan odgovor na postavljeno pitanje, već se njenim čl. 6. st. 1. propisuje kako prema nacionalnom pravu nepoštene ugovorne odredbe ne obvezuju potrošača.[[105]](#footnote-105) Time je prepušteno državama članicama da pojedinačno odrede pravne posljedice nepoštene ugovorne odredbe. Glavni razlog tome jesu različita pravna rješenja prisutna u državama članicama za nevaljane pravne poslove.[[106]](#footnote-106) Našim ZZP/03 jasno je propisana ništavost nepoštene ugovorne odredbe, ali je ostavljena i mogućnost opstanka ostatka ugovora ako je to moguće. Dakle, omogućena je i djelomična ništavost ugovora.[[107]](#footnote-107) Smatra se da su takvim rješenjem iz ZZP/03 ostvareni zahtjevi koji su postavljeni državama članicama odredbom čl. 6. st. 1. Direktive 93/13.[[108]](#footnote-108)

###### 1.1.1.2.4. Nedopuštenost ocjene pojedinih ugovornih odredaba

Za potrebe analize slučaja „Franak“ u kasnijem dijelu rada iznimno je važno naglasiti odredbu čl. 84. st. 1. ZZP/03 kojom se određene ugovorne odredbe izuzimaju od *testa nepoštenosti*. Naime, odredbom čl. 84. st. 1. ZZP/03 propisano je kako nije dopušteno ocjenjivati poštenost ugovornih odredaba o predmetu i cijeni ugovora, ako su te odredbe jasne, lako razumljive i lako uočljive.[[109]](#footnote-109) Time je u pravo zaštite potrošača inkorporirano načelo transparentnosti. Dakle, kada je riječ o jasnoći, lakoj razumljivosti i lakoj uočljivosti ugovorne odredbe, zapravo se radi o načelu transparentnosti.[[110]](#footnote-110) To načelo konkretizira se kroz zahtjev da potrošač bude obaviješten o svim relevantnim okolnostima pojedinog potrošačkog ugovora. Tako bi potrošač postao ravnopravni sudionik te mogao donijeti odluku kojom ostvaruje i štiti svoje interese.[[111]](#footnote-111) Time se načelo transparentnosti približava već spomenutom tumačenju načela savjesnosti i poštenja kao trećeg kriterija u *testu nepoštenosti* ugovorne odredbe iz čl. 81. st. 1. ZZP/03.

Potrebno je naglasiti kako navedena odredba čl. 84. st. 1. ZZP/03 kojom se izražava načelo transparentnosti nije izvorna ideja hrvatskog zakonodavca, već je inkorporacija čl. 4. st. 2. Direktive 93/13.[[112]](#footnote-112) Stoga će se za pravilno tumačenje čl. 84. st. 1. ZZP/03 te razumijevanje načela transparentnosti u zaštiti potrošača uzeti u obzir tumačenje i shvaćanje čl. 4. st. 2. Direktive 93/13.

Iako je načelo transparentnosti zastupljeno u Direktivi 93/13, ono je prvotno uspostavljeno u njemačkoj sudskoj praksi.[[113]](#footnote-113) Prve značajnije naznake određivanja načela transparentnosti u pravu EU prisutne su od 1975. godine kada je Vijeće ministara donjelo *Rezoluciju Vijeća od 14. travnja 1975. o preliminarnom programu Europske ekonomske zajednice za politiku zaštite i informiranja potrošača*.[[114]](#footnote-114) Tom Rezolucijom Vijeće ministara prihvatilo je načela izražena u *Preliminarnom programu Europske ekonomske zajednice za politiku zaštite i informiranja potrošača* (dalje: Preliminarni program).[[115]](#footnote-115) Navedeno je bitno za razumijevanje načela transparentnosti jer je u Preliminarnom programu kao jedno od temeljnih načela zaštite potrošača proglašeno pravo potrošača na obavijest, odnosno načelo transparentnosti.[[116]](#footnote-116) Pritom se pravo na obavijest konkretizira kroz zahtjev da se potrošaču dadu na raspolaganje informacije temeljem kojih mu se omogućuje da: procijeni osnovna svojstva proizvoda i usluge, razumno izabere između više proizvoda i usluga, koristi ih na siguran način i za vlastito zadovoljstvo te da ostvari naknadu štete prouzročene tim proizvodom ili uslugama.[[117]](#footnote-117) Time se daje konkretan sadržaj pravu na obavijest, odnosno načelu transparentnosti. Odrednice prava potrošača na obavijest navedene u Preliminarnom programu trebale bi, uz stajališta Suda Europske unije (dalje: Sud EU), poslužiti kao orijentir pri određivanju je li u konkretnom slučaju zadovoljeno načelo transparentnosti. Drugim riječima, nacionalni sudovi država članica EU trebali bi u konkretnim slučajevima određivati koliki opseg informiranosti potrošača je potreban da bi bilo zadovoljeno načelo transparentnosti. Pritom bi trebali biti vođeni odrednicama iz Preliminarnog programa te praksom Suda EU. U suvremenom pravu EU, pravo na obavijest doseglo je svoj vrhunac te ga neki smatraju čak i *conditio sine qua non* ostalih prava potrošača.[[118]](#footnote-118) Ta konstatacija može se potkrijepiti činjenicom da se pravo potrošača na obavijest spominje u cijelom nizu direktiva EU.[[119]](#footnote-119)

Iz svega proizlazi zaključak da načelo transparentnosti u pravu zaštite potrošača igra značajnu ulogu. Također, njegov sadržaj u pravu EU dovoljno je određen kako bi nacionalni sudovi država članica mogli utvrditi je li načelo transparentnosti zadovoljeno u konkretnom slučaju. Ipak, postavlja se pitanje kakva je pravna relevantnost prethodno iznesenog prava EU za tumačenje načela transparentnosti pred nacionalnim sudovima država koje nisu članice EU, ali su u procesu postanka članicama. Konkretno, je li prethodno izneseno pravo EU pravno relevantno za tumačenje načela transparentnosti u slučaju „Franak“? Pritom treba imati na umu da je slučaj „Franak“ vremenski smješten u razdoblje kada Republika Hrvatska još nije bila članica EU, ali je imala implementirano relevantno pravo EU. Iako se odgovor na postavljeno pitanje doima prilično jasnim, detaljnijim proučavanjem materije moguće je doći do drugačijeg zaključka.

###### 1.1.1.2.5. Pravna relevantnost i obvezatnost Direktive 93/13 za hrvatski pravni poredak

Radi lakšeg razumijevanja daljnjeg izlaganja, potrebno je naglasiti razliku između obveze implementacije direktiva EU u domaće pravo i obveze tumačenja domaćeg prava u skladu s ciljem i svrhom pojedinih direktiva. Cilj i svrha pojedine direktive obično se utvrđuje iz njene preambule, no to nije jedini način. Naime, često se značenje pojedinih odredaba direktiva određuje kroz postupak prethodnog pitanja koje nacionalni sud države članice upućuje Sudu EU. [[120]](#footnote-120) Pritom Sud EU daje svoje tumačenje pojedine odredbe direktive i tako zapravo određuje cilj i svrhu koja se htjela postići tom direktivom. Dakle, obveza tumačenja domaćeg prava u skladu s ciljem i svrhom direktive zapravo bi značila obvezu tumačenja domaćeg prava u skladu s tumačenjem direktive od strane Suda EU. Drugim riječima, ta obveza u sebi sadrži vezanost nacionalnih sudova praksom Suda EU. Države članice EU imaju obje obveze: implementaciju direktive u domaće pravo, te tumačenje tog domaćeg prava u skladu s ciljem i svrhom implementirane direktive. Dakle, države članice vezane su praksom Suda EU.[[121]](#footnote-121) Konkretno za Republiku Hrvatsku, u vremenskom razdoblju važenja ZZP/03 te razdoblju relevantnom za slučaj „Franak“, odnos prema EU nije bio tako jednostavan. U narednom izlaganju nastojat će se dati jezgrovit osvrt na relevantnost i obvezatnost direktiva EU za hrvatski pravni poredak s obzirom na tada specifičan odnos Republike Hrvatske i EU.

Uspoređujući ZZP/03 i Direktivu 93/13, uočljivo je kako su mnoge njihove odredbe o nepoštenosti ugovornih odredaba sadržajno slične, a neke i strukturno identične. Ta činjenica ukazuje na visoki stupanj implementacije Direktive 93/13 u hrvatsko pravo zaštite potrošača. Ipak, bitno je naglasiti kako u ZZP/03 nije službeno propisano da se njegovim odredbama implementiraju odredbe Direktive 93/13. To je sasvim logično s obzirom na to da Republika Hrvatska tada nije bila članica EU.[[122]](#footnote-122) Imajući na umu da je ZZP/03 vrijedio do 2007. godine, a nakon njega ZZP/07 do kraja razdoblja u kojem Republika Hrvatska nije bila članica EU, postavlja se pitanje relevantnosti i obvezatnosti prava EU i njegovog tumačenja za slučaj „Franak“? Odgovor na to pitanje je od iznimne važnosti jer su se materijalne norme ta dva zakona primjenjivale u slučaju „Franak“.

Kako je već navedeno, opće i konkretno određenje pojma nepoštenih odredaba u ZZP/03, a potom neizmijenjeno u ZZP/07, gotovo u potpunosti je identično i određeno po uzoru na opće i konkretno određenje istog pojma u odredbama Direktive 93/13. Stoga bi pravno logično bilo da se pojam nepoštenih odredaba koji je određen na identičan način kao u pravu EU, jednako tumači u nacionalnom pravu kako i u pravu EU.[[123]](#footnote-123) Tome u prilog ide i prvenstveni cilj zakonodavne djelatnosti EU, a to je stvaranje zajedničkog tržišta na području država članica. Naime, za ispunjenje toga cilja potrebno je ostvariti ujednačenje nacionalnih prava u područjima u kojima je to nužno, a tu spada i pravo zaštite potrošača.[[124]](#footnote-124) Upravo je navedeni cilj, stvaranje zajedničkog tržišta, ujedno jedan od ciljeva Direktive 93/13.[[125]](#footnote-125)

Ipak, moguće je konstatirati kako navedena teza s pravnog gledišta nije dovoljna da bi se sa sigurnošću moglo utvrditi da za nacionalni sud postoji obveza tumačenja nepoštene odredbe u skladu s pravom EU. Dakle, prethodnu tezu potrebno je potkrijepiti pravnim temeljem iz kojega proizlazi obveza Republike Hrvatske o implementaciji i tumačenju prava EU. Odnosno, pravnim pravilom kojim se jasno propisuje obveza Republike Hrvatske da implementira pravnu stečevinu EU, a posljedično tome da nacionalni sudovi tumače pravna pravila u duhu prava EU.

Prije svega, važno je ponovno napomenuti da je za vrijeme važenja ZZP/03 i ZZP/07 Republika Hrvatska bila u postupku pridruživanja EU. Ta činjenica mogla bi biti naznaka postojanja obveze Republike Hrvatske da prilagodi svoj pravni poredak pravu EU prije njenog prihvaćanja kao punopravne članice. Postupak pridruživanja formalno je započeo 29. listopada 2001. godine potpisivanjem *Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica* (dalje: SSP).[[126]](#footnote-126) Navedeni sporazum potvrđen je i unesen u hrvatski pravni poredak 5. prosinca 2001. godine Zakonom o potvrđiva­nju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživa­nju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica.[[127]](#footnote-127) Potpisivanjem SSP Republika Hrvatska je preuzela niz obveza čijim ispunjenjem bi bio omogućen njen primitak u EU. To je vidljivo iz čl. 1. st. 2. SSP kojim je propisano kako je jedan od ciljeva usklađivanje zakonodavstva Republike Hrvatske sa zakonodavstvom EU.[[128]](#footnote-128) S obzirom da je pravo zaštite potrošača tada već bilo dio prava EU, može se izvesti zaključak kako je Republika Hrvatska temeljem navedene odredbe čl. 1. st. 2. SSP zapravo preuzela obvezu usklađivanja svojeg prava zaštite potrošača s nizom do tada donesenih direktiva u području prava zaštite potrošača, uključujući Direktivu 93/13. Takav zaključak može se potkrijepiti odredbom čl. 74. st. 2. SSP kojom je izričito propisana obveza Republike Hrvatske da uskladi svoje zakonodavstvo o zaštiti potrošača sa zaštitom potrošača prava EU.[[129]](#footnote-129) Dakle, pored općenite obveze usklađivanja zakonodavstva Republike Hrvatske s pravom EU (čl. 1. st. 2. SSP), propisana je i izričita obveza usklađivanja zakonodavstva zaštite potrošača s pravom EU (čl. 74. st. 2. SSP).

Temeljem prethodno obrazloženog, izvodi se zaključak da je za vrijeme važenja ZZP/03 i ZZP/07 postojala obveza Republike Hrvatske da uskladi svoje pravo zaštite potrošača s tada postojećim direktivama o zaštiti potrošača.[[130]](#footnote-130) No, time još uvijek nije dan odgovor na najvažnije pitanje. Je li u tom vremenskom razdoblju postojala i druga obveza: obveza nacionalnih sudova Republike Hrvatske da domaće pravo, kojim se implementiraju direktive, tumače u skladu s ciljem i svrhom koja se željela postići tim direktivama? Imamo li na umu da se cilj i svrha direktiva utvrđuje, između ostalog, tumačenjem odredaba direktiva od strane Suda EU, pitanje se može preformulirati. Jesu li u navedenom vremenskom razdoblju nacionalni sudovi Republike Hrvatske pri tumačenju domaćeg prava bili vezani praksom Suda EU? S obzirom da Republika Hrvatska tada nije bila članica EU, nameće se odgovor kako tada za nju nisu bili formalno-pravno obvezujući niti Ugovor o osnivanju EU[[131]](#footnote-131) niti praksa Suda EU.[[132]](#footnote-132) Iz toga bi slijedio zaključak kako nacionalni sudovi pri tumačenju domaćeg prava, kojim su se implementirale direktive, nisu bili vezani praksom Suda EU.

Ipak, takvim krutim formalno-pravnim tumačenjem, prema mišljenju autora rada, stvorila bi se situacija koja bi sama sebi proturječila. Naime, radi pridruživanja EU, Republika Hrvatska je potpisivanjem SSP preuzela obvezu usklađivanja domaćeg zakonodavstva sa zakonodavstvom EU, a istovremeno formalno-pravno nije vezana tumačenjem tog zakonodavstva od strane Suda EU. To bi značilo iduće: hrvatski zakonodavac implementira direktive u domaće zakonodavstvo kako bi stvorio normativne preduvjete za ulazak Republike Hrvatske u EU, a nacionalni sudovi to isto zakonodavstvo primjenjuju izolirano od cilja i svrhe koji su se prvotno htjeli postići implementiranim direktivama. Drugim riječima, nacionalni sudovi mogli bi odredbe kojima je implementirana određena direktiva tumačiti nesukladno, pa čak i suprotno cilju i svrsi koja se htjela postići direktivom. Takvom primjenom domaćeg prava implementacija direktiva proturječila bi prvotnoj ideji EU: ujednačavanju prava država članica radi stvaranja i funkcioniranja zajedničkog tržišta.

Zbog toga autori rada smatraju da s takvom slobodom nacionalnih sudova od cilja i svrhe direktiva, Republika Hrvatska ne bi mogla ispuniti obvezu usklađivanja svog zakonodavstva sa zakonodavstvom EU.[[133]](#footnote-133). Konačno, ako bi uvažili prethodno spomenuto formalno-pravno tumačenje nastale situacije rezultat bi bio takav da bi implementirane direktive EU, u smislu postizanja njihova cilja i svrhe, ostale ništa drugo nego mrtvo slovo na papiru. Samim time SSP bi, što se tiče stvaranja normativnih preduvjeta za članstvo Republike Hrvatske u EU, postao beznačajan. Ovakav stav može se potkrjepiti odlukama VSRH i Ustavnog suda Republike Hrvatske u kojima je jasno izražena vezanost hrvatski sudova praksom Suda EU.[[134]](#footnote-134)

Izložena diskusija oko obvezatnosti prakse Suda EU za hrvatske nacionalne sudove postaje još zanimljivijom kada se u obzir uzmu konkretna stajališta koja su zauzeli ti sudovi prilikom pokušaja rješavanja slučaja „Franak.“ Prethodno izneseno obrazlaganje bilo je jedno od temeljnih pitanja o kojima je ovisilo kakvu presudu će donijeti VTS i VSRH u spomenutom slučaju. Autori će nastojati u narednom izlaganju iznijeti detaljnu i na pravu utemeljenu analizu slučaja „Franak“, pritom stavljajući težište na ključne točke slučaja.

### 1.2. Nepoštenost valutne klauzule

Ugovorna odredba o valutnoj klauzuli, kojom se glavnica kredita izražena u HRK vezala uz tečaj valute CHF, bila je predmet ispitivanja valjanosti u postupku kolektivne zaštite potrošača. Valjanost valutne klauzule ispitivala se temeljem materijalnih normi ZZP/03 i ZZP/07, primjenom *testa nepoštenosti*. Naime, ako bi se utvrdilo da ugovorna odredba o valutnoj klauzuli zadovoljava sva tri kriterija navedenog testa koji su propisani čl. 81. st. 1. ZZP/03, posljedica bi bila nepoštenost te odredbe, a samim time i njena ništetnost.

Prvostupanjsku presudu *26.P-1401/2012* u postupku kolektivne zaštite potrošača donio je Trgovački sud utvrdivši da je odredba o valutnoj klauzuli nepoštena i stoga ništetna. No, VTS je povodom žalbe preinačio navedenu presudu te utvrdio poštenost, odnosno valjanost valutne klauzule. Konačnu potvrdu valjanosti valutne klauzule donio je VSRH odlučujući o reviziji. Pri narednoj analizi tih triju odluka važno je imati na umu relevantnost Direktive 93/13 i njeno značenje za ocjenu poštenosti valutne klauzule u konkretnom slučaju „Franak.“ Daljnja analiza bit će kritički osvrt na navedene presude ukazujući na moguće propuste i pitanja koja proizlaze iz njih.

#### 1.2.1. Prvostupanjska presuda Trgovačkog suda

Prvostupanjski sud je, ocjenjujući poštenost ugovorne odredbe o valutnoj klauzuli, najveću pažnju posvetio trećem kriteriju iz *testa nepoštenosti*- protivnost načelu savjesnosti i poštenja. Naime, sud je u svojoj presudi iznio stajalište da je dio ZZP/03 o nepoštenim ugovornim odredbama zapravo konkretizacija načela savjesnosti i poštenja propisanog čl. 6. ZOO. Stoga je za ocjenu poštenosti najbitnije bilo utvrditi je li ugovaranje valutne klauzule bilo protivno načelu savjesnosti i poštenja.[[135]](#footnote-135) Ipak, osvrnuo se posebno i na postojanje druga dva kriterija: da se nije pojedinačno pregovaralo o ugovornoj odredbi te da je postojala značajna neravnoteža u pravima i obvezama između ugovornih strana.

Postojanje prvog kriterija *testa nepoštenosti*, da se nije pojedinačno pregovaralo o ugovornoj odredbi o valutnoj klauzuli u CHF, sud je utvrdio temeljem činjenice da je ugovor o kreditu bio tzv. bankarski proizvod koji je bio ponuđen potrošaču po principu „uzmi ili ostavi“ (eng. *take it or leave it*). Naime, banke su ugovore o kreditu unaprijed pripremile u obliku formularnih ugovora te ih ponudile potrošačima bez mogućnosti izmjene odredbe o valutnoj klauzuli.[[136]](#footnote-136) U takvom slučaju primjenjiva je oboriva presumpcija o nepostojanju pojedinačnih pregovora propisana čl. 81. st. 2. ZZP/03.[[137]](#footnote-137) S obzirom da banke nisu suprotno dokazale i oborile presumpciju, bilo je jasno da pregovora o valutnoj klauzuli između ugovornih strana nije bilo. Posljedično, utvrđeno je da je zadovoljen prvi kriterij *testa nepoštenosti*.[[138]](#footnote-138)

Što se tiče drugog kriterija, postojanja značajne neravnoteže u pravima i obvezama ugovornih strana, sud je utvrdio da su banke ugovornom odredbom o valutnoj klauzuli sav rizik aprecijacije tečaja CHF prebacile na potrošača te sebe osigurale od snošenja gubitaka u slučaju aprecijacije.[[139]](#footnote-139) Za postojanje ovog kriterija bitno je napomenuti i utvrđenje prvostupanjskog suda kako je u vrijeme odobravanja kredita jačanje valute CHF prema HRK bilo predvidivo. S jedne strane, tečaj EUR tada je bio nestabilan i inicijalno previsoko određen naspram valute CHF te se kretanje tečaja CHF prema EUR moglo očekivati samo u jednom smjeru, aprecijaciji. S druge strane, jasno je bilo kako će tečaj HRK prema EUR ostati stabilan. Stoga ako CHF-a aprecira prema EUR, a tečaj EUR ostane bez znatnih promjena prema HRK, logična posljedica jest da će CHF aprecirati i prema HRK.[[140]](#footnote-140) Također, odredba valutne klauzule u kombinaciji s odredbom o promjenjivoj kamatnoj stopi predstavlja dodatno povećani rizik te se time ostvarila joše veća neravnoteža u pravima i obvezama između ugovornih strana.[[141]](#footnote-141) Iz svega toga proizlazi kako je odredbom o valutnoj klauzuli u CHF sav rizik kretanja tečaja CHF prema HRK prebačen na potrošača i time je uspostavljena značajna neravnoteža u pravima i obvezama između ugovornih strana. Dakle, zadovoljen je bio i drugi kriterij iz *testa nepoštenosti*.

Trećem kriteriju iz *testa nepoštenosti*, protivnosti načelu savjesnosti i poštenja, Trgovački sud je dao veću pažnju u obrazloženju presude od prva dva kriterija. Sud je naglasio kako iz načela savjesnosti i poštenja proizlazi dužnost trgovaca, konkretno banaka, da otkriju relevantne informacije drugoj ugovornoj strani, potrošaču.[[142]](#footnote-142) Ta dužnost banaka o obavješćivanju potrošača o bitnim informacijama naziva se *duty of disclosure*. Konkretno u presudi, Trgovački sud je ispitivao jesu li banke zadovoljile svoju obvezu obavješćivanja potrošača o bitnim činjenicama, dakle jesu li zadovoljile *duty of disclosure*.[[143]](#footnote-143) Bitno je ovdje napomenuti da ,dok s jedne strane kod banaka postoji spomenuti *duty of disclosure*, s druge strane potrošač ima pravo na te iste obavijesti kao jedno od temeljnih prava potrošača.[[144]](#footnote-144) Ako se uzme u obzir da *duty of disclosure* proizlazi iz načela savjesnosti i poštenja, iz prethodno navedenog jasno je da postoji uska povezanost načela savjesnosti i poštenja s jednim od temeljnih prava potrošača, pravom na obavijest. Ta uska povezanost ukazuje na važnost načela savjesnosti i poštenja kao kriterija iz *testa nepoštenosti* te opravdava davanje tolike pažnje.

Dakle, kada je ispitivao protivnost načelu savjesnosti i poštenja, Trgovački sud zapravo je ispitivao jesu li banke obavijestile potrošače o svim bitnim činjenicama, odnosno jesu li zadovoljile *duty of disclosure*. Za odgovor na to pitanje potrebno je bilo ispitati jesu li banke potrošačima pružile informacije koje su im omogućile da procijene osnovna svojstva ponuđenog im proizvoda, razumno izaberu između više proizvoda te isti koriste na siguran način i vlastito zadovoljstvo.[[145]](#footnote-145)Odnosno, Trgovački sud je postavio pitanje jesu li i na koji način banke obrazložile potrošačima valutnu klauzulu općenito, što znači valutna klauzula konkretno u valuti CHF, jesu li ukazale na međudjelovanje valutne klauzule u CHF s promjenjivom kamatnom stopom te jesu li upozorile na povećani rizik valutne klauzule u CHF ako je on postojao?[[146]](#footnote-146)

Prije svega, postavlja se pitanje jesu li banke obrazložile što je valutna klauzula kojom se glavnica kredita veže uz stranu valutu te na koji način su to učinile? Pri odgovoru na to pitanje nije važno samo shvaćanje pojma valutne klauzule već i je li potrošačima bilo objašnjeno značenje valutne klauzule u danas prisutnom sustavu „plivajućih“ tečajeva.[[147]](#footnote-147) Naime, u tom sustavu tečajevi fluktuiraju i nisu stalni kao što su bili prije njegova uvođenja 1971. godine.[[148]](#footnote-148) Takvi današnji fluktuirajući („plivajući“) tečajevi valuta i njihovo kretanje ovisi o tržišnim silama ponude i potražnje same valute.[[149]](#footnote-149) Uz postojanje takvog sustava jasno je da valutna klauzula kojom se glavnica veže uz stranu valutu, a čiji tečaj nije stabilan, predstavlja povećani rizik. Samim time, Trgovački sud je naveo kako je potrošača trebalo upoznati sa značenjem valutne klauzule u kontekstu današnjeg sustava „plivajućih“ tečajeva, a u kojem je prisutan povećani rizik vezanja novčane obveze uz tečaj strane valute. Sud je utvrdio kako su banke propustile informirati potrošače o postojanju povećanog općeg rizika koji proizlazi iz valutne klauzule u kontekstu sustava „plivajućih“ tečajeva.[[150]](#footnote-150) U tom pogledu, banke su povrijedile *duty of disclosure*. To samo po sebi nije bilo dovoljno, ali je poslužilo kao prva naznaka da je valutna klauzula u CHF bila ugovorena protivno načelu savjesnosti i poštenja.

Za daljnje utvrđivanje ispunjenja trećeg kriterija *testa nepoštenosti*, Trgovački sud se osvrnuo na specifičnosti valutne klauzule konkretno u valuti CHF te je usporedio s valutnom klauzulom u EUR, koja se također nudila potrošačima kao alternativna opcija. Pritom je važno napomenuti da su prema utvrđenjima Trgovačkog suda, a ocjenjujući sveukupno uvjete ugovora poznate potrošačima, ugovori o kreditu s valutnom klauzulom u CHF uglavnom bili povoljniji od ugovora o kreditu s valutnom klauzulom u EUR. To je masovno privlačilo potrošače da se priklone ugovoru s valutnom klauzulom u CHF.[[151]](#footnote-151) Također, još važnije je imati na umu da postoji velika razlika između kredita s valutnom klauzulom u CHF od kredita s valutnom klauzulom u EUR. Ta značajna razlika jest politika Hrvatske narodne banke (dalje: HNB) koju ona vodi prema tim dvjema valutama. Naime, HNB tečaj HRK prema EUR štiti, odnosno intervenira raznim mjerama kako bi spriječio bilo kakve značajnije oscilacije tog tečaja. Drugim riječima, HNB poduzima mjere kako bi tečaj HRK prema EUR ostao stabilan. To se zove politika stabilnog tečaja HRK prema EUR. Međutim, HNB to ne radi kada je u pitanju tečaj HRK prema drugim valutama, uključujući CHF.[[152]](#footnote-152) To znači da je tečaj HRK prema EUR pod kontrolom HNB-a koji ne dopušta njegovu veću oscilaciju i time je tečaj stabilan, dok tečaj HRK prema CHF-u nije pod kontrolom HNB-a, slobodno oscilira ovisno o tržišnim silama i time nije stabilan. Logičan zaključak koji se nameće jest da valutna klauzula u CHF predstavlja znanto veći rizik od valutne klauzule u EUR. Pitanje koje slijedi jest jesu li banke, nudeći ugovor s valutnom klauzulom u CHF, obavijestile potrošače da zbog takve valutne klauzule ugovor o kreditu predstavlja znatno veći rizik? Trgovački sud je utvrdio kako banke nisu potrošače obavijestile o znatnoj razlici valutne klauzule u CHF naspram valutne klauzule u EUR, odnosno o različitoj politici HNB-a prema dvjema valutama.[[153]](#footnote-153) Zbog toga potrošači nisu mogli procijeniti osnovna svojstva ugovora o kreditu kao proizvoda niti razumno izabrati između dva spomenuta ugovora o kreditu, jedan vezan uz CHF, a drugi vezan uz EUR. Time su banke povrijedile temeljno pravo potrošača na obavijest, a samim time i *duty of disclosure*.

Uz nepružanje dviju navedenih informacija kojima su banke povrijedile *duty of disclosure*, Trgovački sud se osvrnuo na još jednu. Naime, sud je utvrdio kako je aprecijacija tečaja CHF prema HRK bila predvidiva te da su banke, kao stručnjak u području svoje djelatnosti, bile svjesne toga. Uz niz činjenica koje upućuju na predvidivost jačanja tečaja CHF, Trgovački sud je posebice izdvojio studiju Međunarodnog monetarnog fonda (dalje: MMF) pod naslovom *Possible effects of European Monetary Union on Switzerland*.[[154]](#footnote-154) U njoj je obrazložen utjecaj uvođenja Europske monetarne unije na Švicarsku te se kao posljedica predviđao pritisak na valutu CHF. To bi u konačnici rezultiralo aprecijacijom tečaja valute CHF u odnosu na EUR.[[155]](#footnote-155) Ovakve javno objavljene studije MMF-a smatraju se notornim činjenicama u bankarskim krugovima, stoga se može zaključiti da je i tuženim bankama studija bila i morala biti poznata. Ipak, bitno je naglasiti kako je bio predviđen blagi do umjeren rast tečaja valute CHF, a ne izvanredan kakav se u konačnici dogodio utjecajem nepredvidivih događaja diljem svijeta. Iz prethodno obrazloženog, sasvim je jasno da je potrošaču, radi ostvarivanja njegova prava na obavijest, bilo potrebno dati obavijest o predvidivosti umjerenog rasta tečaja CHF kako bi mogao ocijeniti osnovna svojstva ugovora o kreditu s valutnom klauzulom u CHF. Međutim, banke nisu obavijestile potrošače o predvidivosti kretanja tečaja CHF te su stoga i izostankom ove informacije povrijedile *duty of disclosure*.[[156]](#footnote-156)

Zaključno, iz navedenih činjenica Trgovački sud je utvrdio da su tužene banke povrijedile tzv. *duty of disclosure*, a samim time protivno načelu savjesnosti i poštenja ugovorile valutnu klauzulu u CHF. Time je zadovoljen treći kriterij *testa nepoštenosti* te je ugovorna odreda o valutnoj klauzuli u CHF proglašena nepoštenom, odnosno ništetnom.[[157]](#footnote-157) Protiv te presude tužene banke uložile su žalbu te je predmet došao pred VTS.

#### 1.2.2. Drugostupanjska presuda Visokog trgovačkog suda

VTS je, odlučujući o žalbi protiv prvostupanjske presude, donio presudu *43. Pž-7129/13-4* kojom je znatno promijenio pravnu sudbinu ugovorne odredbe o valutnoj klauzuli. To je učinjeno proglašavanjem odredbe o valutnoj klauzuli u CHF poštenom stoga i valjanom. Pri analizi i ispitivanju opravdanosti takve odluke VTS potrebno je imati na umu da je prije njenog donošenja Sud EU donio odluku u predmet *C-26/13*, *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt* (dalje: *C-26/13*).[[158]](#footnote-158) Ta odluka Suda EU predstavlja tumačenje pravnog pravila propisanog Direktivom 93/13, a to pravilo ujedno je i implementirano u ZZP/03. S obzirom da se upravo temeljem tog pravnog pravila valutna klauzula u CHF proglasila poštenom i valjanom, postavlja se pitanje je li VTS trebao uzeti u obzir navedenu odluku Suda EU i tumačiti pravilo u skladu s tumačenjem koje je dao Sud EU?

Navedeno pravno pravilo propisano je odredbom čl. 84. st. 1. ZZP/03. Točnije, propisano je da se neće uopće ispitivati poštenost ugovorne odredbe o predmetu ugovora i cijeni ako je ta odredba jasna, lako razumljiva i lako uočljiva.[[159]](#footnote-159) Bitno je imati na umu da je ta odredba gotovo prepisana iz čl. 4. st. 2. Direktive 93/13. VTS je kratko i jasno utvrdio da je valutna klauzula, kojom se glavnica iz ugovora o kreditu vezala za CHF, odredba o predmetu ugovora.[[160]](#footnote-160) Nadalje, utvrdio je da je odredba o valutnoj klauzuli u CHF jasna. Također, ta odredba je prema stajalištu VTS i lako razumljiva. Pritom je sud za razumljivost smatrao dovoljnim da su potrošači znali što valutna klauzula kao pravni institut općenito znači i da je u konkretnom slučaju glavnica izražena u HRK bila vezana uz valutu CHF. Dakle, za razumljivost valutne klauzule u CHF, prema VTS, nije bilo potrebno da je potrošač svjestan svega što je Trgovački sud naveo u sklopu pojma *duty of disclosure* i prava potrošača na obavijest. Konačno, u drugostupanjskoj presudi utvrđeno je da je odredba o valutnoj klauzuli u CHF bila i uočljiva s obzirom da se nalazila na prvim stranicama priloženih ugovora i nije bila pisana sitnim slovima.[[161]](#footnote-161) Zbog svega navedenog, VTS je zaključio da temeljem čl. 84. st. 1. ZZP/03 nije bilo dopušteno ocijenjivati poštenost odredbe o valutnoj klauzuli u CHF, a samim time ni okolnosti ugovaranja koje je Trgovački sud ispitivao u okviru pojma *duty of disclosure* i pojma zavaravajuće poslovne prakse.[[162]](#footnote-162) Dakle, prema mišljenju autora rada VTS nije dao važnost zadovoljavanju načela transparentnosti pri ispitivanju jasnoće i razumljivosti odredbe o valutnoj klauzuli. Odnosno, nije ispitivao jesu li potrošači raspolagali s dovoljno informacija kako bi zaista shvatili što za njih u ekonomskom smislu znači valutna klauzula u CHF.[[163]](#footnote-163) VTS se zadržao na formalnom i uskom tumačenju pojmova jasnoće i razumljivosti prema kojem je odredba i jasna i razumljiva ako je gramatički jasno i razumljivo izražena. Drugim riječima, VTS je pojmove jasnoće i razumljivosti shvatio isključivo u gramatičkom smislu, a informacije koje su banke bile dužne dati potrošačima u sklopu pojma *duty of disclosure* smatrao je da su relevantne tek kada dođe do primjene *testa nepoštenosti*.

Rezultat svega navedenog bio je zaključak VTS da je, primjenom čl. 84. st. 1. ZZP/03, ugovorna odredba o valutnoj klauzuli u CHF izuzeta od primjene *testa nepoštenosti*, a samim time i da je pravno valjana.[[164]](#footnote-164)

##### 1.2.2.1. Usporedba odluke Suda EU u predmetu C-26/13 s drugostupanjskom presudom Visokog trgovačkog suda

Pitanje koje se postavlja iz analiziranog stajališta VTS jest je li opravdano tumačiti pojmove jasnoće i razumljivosti samo na gramatičkoj razini? Pri davanju odgovora na to pitanje potrebno je ispitati što je imao prvotno na umu europski zakonodavac propisujući pojmove razumljivosti i jasnoće odredbom čl. 4. st. 2. Direktive 93/13. Te pojmove protumačio je Sud EU u svojoj odluci *C-26/13* odgovarajući na prethodno pitanje koje je uputio mađarski vrhovni sud- *Kuria*.

Sud EU je u odluci *C-26/13* pojmove jasnoće i razumljivosti ugovorne odredbe protumačio znatno drugačije od tumačenja koje je dao VTS. Prije svega, Sud EU je izrazio kako se sustav zaštite potrošača uspostavljen Direktivom 93/13 temelji na ideji da se potrošač nalazi u slabijem položaju naspram trgovca: kako u pogledu pregovaračkih snaga tako i u pogledu razine obaviještenosti.[[165]](#footnote-165) Upravo zbog toga važnost treba dati tumačenju obveze transparentnosti. U skladu s tim, Sud EU je istaknuo kako se obveza transparentnosti propisana Direktivom 93/13 ne može ograničiti na značajku razumljivosti na formalnoj i gramatičkoj razini, već se mora tumačiti u širem smislu.[[166]](#footnote-166) Zaključno, odlukom *C-26/13* pojmovi razumljivosti i jasnoće protumačeni su tako da je ugovorna odredba jasna i razumljiva ne samo kada je gramatički razumljiva potrošaču već i kada je funkcioniranje konkretnog instituta te njegov odnos s drugim relevantnim odredbama jasno izložen potrošaču. To zatim ima za posljedicu da potrošač, na temelju danih mu jasnih i točnih kriterija, može procijeniti ekonomske posljedice koje za njega proizlaze iz dotičnih ugovornih odredaba.[[167]](#footnote-167) Drugim riječima, potrošaču odredba mora biti jasna i razumljiva na gramatičkoj razini, ali mu mora biti tako obrazložena i moraju mu se dati takve obavijesti da na temelju njih može procijeniti ekonomske posljedice ugovorne odredbe. Tek tada može se utvrditi da pojedina ugovorna odredba zadovoljava zahtjeve jasnoće i razumljivosti iz čl. 4. st. 2. Direktive 93/13.

Odluka *C-26/13* je donesena 30. travnja 2014. godine što znači da je postojala prije nego što je VTS donio prethodno analiziranu presudu *43. Pž-7129/13-4*.[[168]](#footnote-168) Što se tiče pravne relevantnosti same Direktive te vezanosti hrvatskih sudova odlukama Suda EU, autori su u prethodnom dijelu rada iznijeli, obrazložili i potkrijepili mišljenje prema kojem su hrvatski nacionalni sudovi bili vezani odlukama Suda EU za vrijeme postupka pridruživanja EU, a tim više i za vrijeme članstva u EU. Suprotno tome, VTS je pojmove jasnoće i razumljivosti tumačio znatno drugačije od Suda EU te se uopće nije osvrnuo na njegovu praksu. Također, nije ni obrazložio zašto ne smatra relevantnom odluku *C-26/13*, dok je sasvim drugačije postupio ispitujući poštenost odredbe o promjenjivosti kamatne stope.[[169]](#footnote-169)

Naime, VTS je zbog činjenice da je ugovorna odredba uočljiva, jasna i razumljiva na formalnoj gramatičkoj razini, utvrdio da ne treba ispitivati okolnosti koje spadaju pod pojam *duty of disclosure* te pojam zavaravajuće poslovne prakse.[[170]](#footnote-170) Dakle, VTS je smatrao da okolnosti ugovaranja, oglašavanja i obavještavanja potrošača nisu relevantne jer se one ispituju tek ako odredba nije jasna i razumlljiva gramatički, odnosno tek ako se podvrgava *testu nepoštenosti*.[[171]](#footnote-171) S druge strane, Sud EU je izrekao suprotno tumačenje kojim se upravo okolnosti koje spadaju pod pojam *duty of disclosure* trebaju uzeti u obzir već pri ocjeni razumljivosti i jasnoće odredbe, a ne tek pri primjeni *testa nepoštenosti*. Na temelju iznesenog, opravdano je iznijeti zaključak kako je VTS doslovce naopako shvatio čl. 4. st. 2. Direktive 93/13 te pojmove jasnoće i razumljivosti propisane istim. S obzirom da slučaj „Franak“ nije dobio svoj završetak na ovoj sudskoj instanci, odluka *C-26/13* i njena relevantost za hrvatske sudove imala je svoj nastavak u okviru odluke VSRH o reviziji.

#### 1.2.3. Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske o reviziji

Odlučujući o reviziji u slučaju „Franak“ VSRH je potvrdio drugostupanjsku presudu VTS što se tiče poštenosti ugovorne odredbe o valutnoj klauzuli u CHF.[[172]](#footnote-172) Točnije, potvrdio je pravilnom ocjenu VTS o primjeni čl. 84. st. 1. ZZP/03, odnosno o nedopuštenosti primjene *testa nepoštenosti* na ugovornu odredbu o valutnoj klauzuli u CHF. To zbog toga što se radilo o odredbi o predmetu ugovora koja je lako uočljiva, jasna i lako razumljiva.[[173]](#footnote-173) Ipak, VSRH se osvrnuo i na revizijske navode tužitelja te na relevantnost spomenute odluke Suda EU *C-26/13*.

Prvenstveno, VSRH je potvrdio stajalište VTS da je za razumljivost i jasnoću dovoljno da su potrošači bili općenito upoznati s institutom valutne klauzule. Navedeno potkrjepljuje činjenicom da je valutna klauzula kao institut uvedena u hrvatski pravni poredak 1994. godine te je dugi niz godina korištena i općeprihvaćena u hrvatskom društvu. To navodi na zaključak da je potrošač upoznat općenito sa značenjem i funkcioniranjem valutne klauzule.[[174]](#footnote-174) Dalje, VSRH navodi da su upitni ugovori o kreditu bili sklapani na duže vremensko razdoblje. Zbog toga je potrošačima trebala biti sasvim jasna izvjesnost mijenjanja društvenih i ekonomskih prilika koje utječu na kretanje tečaja valuta.[[175]](#footnote-175) Također, VSRH ističe kako tužene banke nisu imale nikakvih saznanja o mogućim budućim kretanjima tečaja CHF. Pritom se uopće nije osvrnuo na argumente prvostupanjskog suda na temelju kojih zaključuje da su tužene banke mogle predvidjeti kretanje tečaja CHF, posebice na temelju spomenute studije MMF-a.[[176]](#footnote-176)

Nadalje, VSRH obrazlaže da je neprihvatljiva tvrdnja tužitelja da su tužene banke, zbog toga što su bile upoznate s politikom stabilnog tečaja HNB-a, poticale potrošače na sklapanje ugovora s valutnom klauzulom u CHF. Tim više, tvrdnja tužitelja je neprihvatljiva jer je dotadašnji trend kretanja tečaja CHF i EUR bio jednak i nije bilo naznaka da bi buduće kretanje postalo različito.[[177]](#footnote-177) No, autori rada su na temelju prethodno obrazloženih stajališta VSRH došli do drugačijeg zaključka. Iz stajališta VSRH potrošaču je trebalo biti jasno da će, kroz vremensko razdoblje na koje je sklopljen ugovor o kreditu s valutnom klauzulom u CHF, doći do društvenih i ekonomskih promjena koje će zatim utjecati na kretanje tečaja valuta. No, ono što mu nije bilo jasno jest da će zbog HNB-ove politike stabilnog tečaja HRK prema EUR, ali ne i prema CHF, posljedice valutnih klauzula u tim dvjema valutama biti znatno različite kada dođe do spomenutih promjena. Odnosno zbog takve stabilne politike HNB te zbog promjena društvenih i ekonomskih prilika za vrijeme ugovornog razdoblja koje su prema VSRH neminovne, tečaj HRK prema EUR ostat će stabilan, dok tečaj HRK prema CHF zasigurno neće. Iz tog razloga, autori smatraju da je za jasnoću i razumljivost odredbe o valutnoj klauzuli u CHF potrošačima trebala biti pružena informacija o HNB-ovoj politici stabilnog tečaja HRK koju vodi prema EUR, ali ne i prema drugim valutama. Također, nije opravdano zanemariti politiku stabilnog tečaja HNB zbog dotadašnjih jednakih kretanja tečaja CHF i EUR. To zbog toga što je kretanje tečaja dviju valuta bilo jednako samo zato jer tada još uvijek nije bilo došlo do znatnih društvenih i ekonomskih promjena. No, istog trena kada dođe do takvih promjena, zbog HNB-ove politike stabilnog tečaja, kretanje tečaja dviju valuta postaje znatno drugačije, što je i vidljivo upravo u slučaju „Franak“. Unatoč iznesenom mišljenju, može se opravdano argumentirati da se VSRH držao strogog tumačenja pojmova razumljivosti i jasnoće na formalnoj gramatičkoj razini kao VTS. Stoga nije bilo potrebno obavijestiti potrošača o politici HNB. No, zanimljivo je kako je VSRH opravdao takvo tumačenje jasnoće i razumljivosti te stajalište koje je iznio o relevantnosti odluke Suda EU *C-26/13*.

##### 1.2.3.1.. Stajalište Vrhovnog suda Republike Hrvatske o relevantnosti odluke Suda EU *C-26/13*

VSRH je dosta kratko obrazložio relevantnost odluke *C-26/13* te primjenu odredbe čl. 84. st. 1. ZZP/03 u skladu s Direktivom 93/13. Naime, sasvim općenito je utvrdio da je odluka VTS o nedopuštenosti primjene *testa nepoštenosti* zakonsko rješenje koje je predviđeno i čl. 4. st. 2. Direktive 93/13, te da je upravo i Sud EU u odluci *C-26/13* polazio od tog rješenja.[[178]](#footnote-178) Dalje, VSRH je otklonio relevantnost odluke *C-26/13* na temelju toga što je činjenični supstrat predmeta *Gpj 2/2014* koji se našao pred mađarskim sudom Kuriom, a koja je uputila zahtjev za prethodno odlučivanje Sudu EU, znatno drugačiji od činjenica u slučaju „Franak“. Takva odluka nacionalnog suda kojom u pojedinom predmetu otklanja relevantnost odluke Suda EU zbog različitog činjeničnog supstrata je dopuštena u pravu EU.

Ipak, iz iznesenog kratkog obrazloženja VSRH proizlaze dva važna pitanja. Prvo, je li opravdano u predmetu kolektivne zaštite potrošača s takvim enormnim pravnim i ekonomskim posljedicama kakve ostavlja slučaj „Franak“ tako šturo i kratko se osvrnuti na pitanje relevantnosti prakse Suda EU? To posebice zbog važnosti dotične odluke Suda EU *C-26/13* koja bi da je bila uvažena, prema mišljenju autora rada, imala za posljedicu znatno drugačije rješavanje slučaja „Franak“. I drugo pitanje, nije li VSRH trebao uložiti više truda u ispitivanje je li tumačenje nacionalnog prava kakvo je dao VTS (čl. 84. st. 1. ZZP/03) zaista u skladu s pravom EU (čl. 4. st. 1. Direktiva 93/13)? Odnosno, ako je utvrdio da odluka *C-26/13* nije relevantna zbog različitog činjeničnog supstrata, je li trebao Sudu EU uputiti zahtjev za prethodno odlučivanje radi tumačenja čl. 4. st. 2. Direktive 93/13 s obzirom na činjenice slučaja „Franak“?

Uzmemo li u obzir da je VSRH nacionalni sud zadnje instance te da prema njegovom stajalištu nije postojala relevantna praksa Suda EU, tada se otvara mogućnost da cjelokupna situacija ulazi u polje primjene Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU).[[179]](#footnote-179) Naime, čl. 267. st. 3. UFEU propisana je obveza upućivanja zahtjeva za prethodno odlučivanje ako se pitanje tumačenja prava EU pojavi pred nacionalnim sudom zadnje instance.[[180]](#footnote-180) Postupanje nacionalnog suda suprotno toj obvezi predstavljalo bi kršenje obveza prava EU od strane te države članica, odnosno kršenje Ugovora o Europskoj uniji (dalje: UEU).[[181]](#footnote-181) Ako bi se utvrdilo da je VSRH svojom odlukom postupao suprotno čl. 267. st. 3. UFEU to bi za posljedicu imalo nastavak slučaja „Franak“ pred Sudom EU u pogledu odgovornosti Republike Hrvatske za kršenje obveza iz UEU. Time bi slučaj „Franak“ zadobio razmjere i moguće ostavio posljedice kakvima se nitko nije mogao nadati u početku. Na tu mogućnost autori će se osvrnuti u zadnjem dijelu rada.

### 1.3. Nepoštenost promjenjive kamatne stope

Valjanost ugovorne odredbe o promjenjivosti kamatne stope također se ispitivala u postupku kolektivne zaštite potrošača slučaja „Franak“. Temeljna materijalna pravila čijom primjenom se ispitivala valjanost bile su odredbe ZZP/03 i ZZP/07. Točnije, ispitivala se poštenost ugovorrne odredbe o promjenjivoj kamatnoj stopi primjenom *testa nepoštenosti* propisanog čl. 81. st. 1. ZZP/03. Ako bi sud utvrdio postojanje triju kriterija iz *testa nepoštenosti*, posljedica bi bila ništetnost odredbe o promjenjivoj kamatnoj stopi.

Prvostupanjski sud je odredbu o promjenjivoj kamatnoj stopi proglasio nepoštenom, stoga i ništetnom. Potonje je detaljno objasnio u obrazloženju presude. Nakon toga, odlučujući o žalbi podnesenoj protiv te presude, VTS je kao drugostupanjski sud gotovo u potpunosti potvrdio prvostupanjsku presudu u dijelu koji se tiče ništetnosti ugovorne odredbe o promjenjivosti kamatne stope.[[182]](#footnote-182) Odluku drugostupanjskog suda zatim je potvrdio VSRH odlučujući o reviziji.[[183]](#footnote-183) Sva tri suda zauzela su ujednačeno stajalište po pitanju valjanosti odredbe o promjenjivoj kamatnoj stopi. Važno je napomenuti da promjenjivost kamatne stope nije prouzrokovala financijske posljedice kakve je prouzrokovala valutna klauzula te da ujednačenost odluke triju sudova znatno pojednostavljuje njihovu analizu.

#### 1.3.1. Prvostupanjska presuda Trgovačkog suda

Prvostupanjski sud je najprije ispitivao je li zadovoljen prvi kriterij *testa nepoštenosti*, nepostojanje pojedinačnog pregovaranja o ugovornoj odredbi. Pritom je istaknuo da je promjenjivost kamatnih stopa bila utvrđena općim uvjetima ugovora na koje su se ugovori o kreditu pozivali. Odnosno, pukim potpisivanjem ugovora o kreditu potrošači su potvrdili da su bili upoznati s općim uvjetima ugovora, iako im uopće nisu bili uručeni.[[184]](#footnote-184) Iz navedenog je jasno da se o odredbi o promjenjivosti kamatne stope nije pojedinačno pregovaralo te da potrošač nije imao mogućnost utjecaja na sadržaj te odredbe. Dakle Trgovački sud je utvrdio postojanje prvog kriterija iz *testa poštenosti*. No, važno je naglasiti da je Trgovački sud, uz primjenu *testa nepoštenosti*, postavio pitanje valjanosti navedenog načina ugovaranja putem općih uvjeta ugovora. Naime, poznavanje sadržaja općih uvjeta ugovora je činjenično pitanje, a valjanost puke izjave u ugovoru da je potrošač upoznat s njihovim značenjem je upitna.[[185]](#footnote-185) Trgovački sud u presudi dalje obrazlaže kako su, iako nisu činjenično bili upoznati s općim uvjetima ugovora, potrošači pristupali ugovorima o kreditu u dobroj vjeri prema sastavljaču općih uvjeta, tuženim bankama.[[186]](#footnote-186) Zatim zaključuje, ocjenjujući dokaze u postupku i sadržaj općih uvjeta, da banke nisu postupale sukladno dobroj vjeri te stoga nije došlo do stvarnog prihvaćanja općih uvjeta ugovora od strane potrošača.[[187]](#footnote-187) Posljedica toga jest nevaljanost ugovaranja promjenjive kamatne stope. No, Trgovački sud se ipak upustio u daljnju primjenu *testa nepoštenosti*. Nevaljanost takvog ugovaranja promjenjivosti kamatne stope je bitna jer ukazuje na postojanje trećege kriterija *testa nepoštenosti*, protivnost načelu savjesnosti i poštenja.

Što se tiče drugog kriterija iz *testa nepoštenosti*, značajne neravnoteže u pravima i obvezama između ugovornih strana, Trgovački sud je utvrdio sljedeće. Značajna neravnoteža između ugovornih strana postojala je prvenstveno zbog toga što se promjenjivost kamatne stope ugovarala zajedno s odredbom o valutnoj klauzuli. To je rezultiralo time da je obveza potrošača dvostruko neodređena, odnosno dvostruko odrediva.[[188]](#footnote-188) Drugim riječima, potrošač nije znao kolika je točno njegova obveza u trenutku potpisivanja, ali su postojali kriteriji kojima ju je mogao odrediti. Zbog kombinacije valutne klauzule i promjenjive kamatne stope, potrošačeva obveza bila je promjenjiva u dva bitna elementa, u glavnici kao predmetu ugovora i kamatnoj stopi kao cijeni.[[189]](#footnote-189) To je imalo za posljedicu da je obveza potrošača postala još rizičnijom te je zato neravnoteža između ugovornih strana postala značajnijom. Važno je ovdje napomenuti da takvo ugovaranje valutne klauzule i promjenjivosti kamatne stope nije uobičajeno u poslovnoj praksi.[[190]](#footnote-190) Ipak, da bi se u potpunosti utvrdila značajna neravnoteža između ugovornih strana, Trgovački sud se upustio u ispitivanje kriterija temeljem kojih je kamatna stopa kao cijena bila odrediva. Odnosno, upustio se u ispitivanje jesu li banke zaista postavile objektivizirane kriterije u svojim općim uvjetima ugovora ili su ti kriteriji zapravo bankama omogućavali da se zaštite od svih mogućih rizika i promjena koje bi mogle utjecati na ugovorni odnos s potrošačima?

Prvi kriterij promjenjivosti kamatne stope koji se obrazlaže u prvostupanjskoj presudi jest bio LIBOR.[[191]](#footnote-191) Prema obrazloženju LIBOR kao kriterij jest pogrešan jer su time banke ugovore o kreditu s valutnom klauzulom u CHF izjednačile s čistom deviznom obvezom-potraživanjem. Odnosno, postupale su kao da su potrošačima isplatile CHF kao valutu, a ne HRK, pa stoga banke moraju kupovati ili se zaduživati u CHF na međunarodnom tržištu. Zbog toga bi morale promjenjivost kamatne stope vezati uz LIBOR kako bi opravdale svoj trošak i umanjile rizik pri kupnji CHF na međunarodnom tržištu. Međutim, banke nisu isplatile potrošačima CHF, već HRK vezane valutnom klauzulom uz CHF kao „komparacioni“ faktor. Stoga je kriterij LIBOR-a, prema stajalištu Trgovačkog suda, potpuno pogrešan.[[192]](#footnote-192) Drugi korišten kriterij za promjenjivost kamatnih stopa bio je regulatorni trošak, odnosno obvezna pričuva kod HNB-a. Tim kriterijem izvodi se zaključak da su bankama za isplaćivanje kredita bile potrebne HRK te da ugovore o kreditu smatraju isplaćenim u HRK, ali valutnom klauzulom vezanim uz CHF. Tim dvama kriterijama uvela se potpuna kontradikcija u kojoj prema jednom kriteriju bankama treba CHF za isplaćivanje kredita pa vežu promjenu kamatne stope uz LIBOR, a prema drugom im za isplatu trebaju HRK pa vežu kamatnu stopu uz regulatorni trošak.[[193]](#footnote-193) Konačno, kao treći kriterij banke su navodile rizik zaduženja zemlje- CDS. Taj kriterij prvenstveno je pokazatelj investitoru iz jedne zemlje o riziku ulaganja u drugu zemlju. S obzirom da tužene banke nisu inozemni investitori te da su imale dovoljno HRK u pričuvi za isplatu kredita, Trgovački sud doveo je u pitanje i opravdanost trećeg kriterija.[[194]](#footnote-194)

Iz svega navedenog Trgovački sud je utvrdio da su tužene banke postavile niz kriterija koji sami po sebi nisu opravdani. Nadalje, postavljanjem takvog niza kriterija, u kojem mogu slobodno birati koji će primijeniti, stvorile su samo privid objektivnosti. Ako objektivni kriteriji nisu postojali, a banke su jednostranom odlukom mijenjale kamatnu stopu primjenom tih kriterija, slijedi zaključak da je banka zapravo potpuno slobodno jednostrano mijenjala kamatnu stopu.[[195]](#footnote-195) Nadalje, takvo nepostojanje stvarne objektivnosti prouzrokovalo je da obveza potrošača, cijena u ugovoru, nije bila odrediva.[[196]](#footnote-196) Važno je napomenuti da je i tadašnjim i sadašnjim ZOO propisano da obveza mora biti određena ili barem odrediva, što ovdje nije bio slučaj. Dakle, ništetnost ugovorne odredbe o promjenjivoj kamatnoj stopi temeljila se i na ZOO. Iz svega toga jasnim postaje da je značajna neravnoteža između ugovornih strana postojala te da je zadovoljen drugi kriterij *testa nepoštenosti*.

Što se tiče trećeg kriterija iz *testa nepoštenosti*, protivnost načelu savjesnosti i poštenja, Trgovački sud je smatrao da je postojao pri ugovaranju promjenjivosti kamatne stope pozivajući se na opće uvjete ugovora.[[197]](#footnote-197) Također, Trgovački sud ističe kako neopravdanost svakog kriterija te njihova kombinacija kojom se stvara prividnost objektivnosti predstavljaju kršenje načela savjesnosti i poštenja.[[198]](#footnote-198) Konačno, banke nisu potrošače obavijestile o povećanom riziku koji sa sobom nosi odredba o promjenjivosti kamatne stope stoga su prekršile i *duty of disclosure*. Dakle, prema stajalištu Trgovačkog suda bio je zadovoljen i treći kriterij *testa nepoštenosti*. Posljedica toga bila je da je Trgovački sud proglasio ugovornu odredbu o promjenjivosti kamatne stope nepoštenom, odnosno ništetnom.[[199]](#footnote-199)

#### 1.3.2. Drugostupanjska presuda VTS i odluka VSRH o reviziji

Presuda Trgovačkog suda nije bila znatno izmijenjena drugostupanjskom odlukom VTS što se tiče ugovorne odredbe o promjenjivosti kamatne stope. Ipak, važno je napomenuti da je VTS uvažio žalbu jedne od tuženih banaka te proglasio valjanom ugovornu odredbu o promjenjivosti kamatne stope koju je ta banka ugovarala s potrošačima. To je utvrdio primjenom čl. 84. st. 1. ZZP/03 izuzimajući odredbu o promjenjivosti kamatne stope od *testa nepoštenosti*. Odnosno, utvrdio je da je riječ o odredbi koja određuje cijenu ugovora, koja je pritom jasna, lako razumljiva i uočljiva, a samim time nije ni dopušteno ocjenjivati njenu poštenost.[[200]](#footnote-200) Za ostale tužene banke VTS je utvrdio da odredba o promjenjivosti nije bila razumljiva te stoga nije ulazila pod polje primjene čl. 84. st. 1. ZZP/03.[[201]](#footnote-201) Prema tim tuženim bankama VTS je potvrdio prvostupanjsku presudu, odnosno nepoštenost i ništetnost odredbe o promjenjivosti kamatne stope.[[202]](#footnote-202)

No, pri ispitivanju stajališta VTS o tome jesu li ugovorne odredbe ostalih sedam banaka o promjenjivosti kamatne stope bile razumljive, autori rada naišli su na jednu zanimljivost koju je važno istaknuti. Naime, VTS se pri utvrđivanju razumljivosti ugovorne odredbe o promjenjivosti kamatne stope pozvao na odluku Suda EU *C-26/13* kako bi razjasnio što se podrazumijeva pod pojmom razumljivosti.[[203]](#footnote-203) Dakle, da utvrdi je li odredba razumljiva i može li time primjeniti pravilo izuzimanja od *testa nepoštenosti* propisano čl. 84. st. 1. ZZP/03, VTS se oslonio na tumačenje pojma razumljivosti koje je dao Sud EU u spomenutoj odluci.[[204]](#footnote-204) Ali, istodobno ispitujući razumljivost odredbe o valutnoj klauzuli u CHF i mogućnost primjene istog čl. 84. st. 1. ZZP/03 na tu odredbu, VTS je u potpunosti ignorirao odluku Suda EU *C-26/13* uopće ne obrazlažući zašto je nije uzeo u obzir. Iz toga proizlazi da kada je odlučivao o istom pravnom pitanju, a to je pitanje jasnoće i razumljivosti iz čl. 84. st. 1. ZZP/03, VTS je primijenio različite kriterije na dvije spomenute ugovorne odredbe. Ova činjenica, osim što ukazuje na nedosljednost VTS, mogla bi biti od značaja za odnos Republike Hrvatske prema primjeni i tumačenju prava EU, a što će biti obrazloženo u zadnjem dijelu rada.

Odlučujući o reviziji, VSRH je odbio revizijske navode tužitelja o nevaljanosti ugovorne odredbe o promjenjivosti kamatne stope u odnosu na tuženu Sberbank d.d. te je time potvrdio valjanost te odredbe u odnosu na tu banku. Time je drugostupanjska presuda, što se tiče odredbe o promjenjivosti kamatne stope, u potpunosti potvrđena.[[205]](#footnote-205) Konačna pravna sudbina odredbe o promjenjivosti kamatne stope jest da ju je sedam tuženih banaka nevaljano ugovaralo, dok ju je Sberbank d.d. valjano ugovarala.

# IV. PRIJEDLOG ISPITIVANJA VALJANOSTI VALUTNE KLAUZULE PO DRUGOJ PRAVNOJ OSNOVI I NASTAVAK SLUČAJA FRANAK

## 1. (ZLO)UPORABA INSTITUTA VALUTNE KLAUZLE U KONTEKSTU SLUČAJA „FRANAK“

Nakon što je u spornom predmetu svoju odluku donio VSRH, ostala su otvorena određena iznimno važna pitanja. Iz izlaganja u prethodnom poglavlju je vidljivo da su sudovi ocjenjivali valjanost ugovornih odredbi o valutnoj klauzuli i promjenjivoj kamatnoj stopi. No, valjanost navedenih odredbi su prvenstveno prosuđivali sa stajališta zakona o zaštiti potrošača, ocjenjujući njihovu poštenost u svjetlu pravila o zaštiti potrošača.[[206]](#footnote-206) Međutim, detaljnom analizom činjeničnog stanja, presuda i pravne literature autorima se nametnulo još jedno važno pitanje, ali ovoga puta sa stajališta obveznog prava.

Proučavajući svrhu valutne klauzule postavilo se u konkretnom slučaju pitanje njezine valjanosti u svjetlu načela zabrane zlouporabe prava. Drugim riječima, postavlja se pitanje jesu li banke u svom poslovanju, u slučaju „Franak“, zloupotrijebile institut valutne klauzule?

### 1.1. Načelo zabrane zlouporabe prava

Jedno od osnovnih načela obveznog prava je načelo zabrane zlouporabe prava. Ono je izričito definirano u ZOO. Zakon u svom općem dijelu propisuje da je pravo iz obveznog odnosa zabranjeno ostvarivati protivno svrsi zbog koje je propisom ustanovljeno ili priznato.[[207]](#footnote-207) Bitno je primijetiti da se kod zlouporabe ne dovodi u pitanje opravdanost postojanja samog subjektivnog prava. To je i logično s obzirom da je u zakonskoj odredbi izričito navedeno da se radi o pravu koje je zakonom ustanovljeno ili priznato. Naime, pravni subjekt prilikom zlouporabe ne prelazi granice koje mu pravo nameće.[[208]](#footnote-208) Preciznije rečeno, on ostvaruje svoje subjektivno pravo unutar dopuštenih granica, tj. postupa po zakonu.[[209]](#footnote-209) No, subjekt ostvaruje pravo protivno njegovoj svrsi (cilju). Takvim postupanjem on drugog subjekta onemogućuje u ostvarenju njegova prava i time mu uzrokuje štetu.[[210]](#footnote-210) Iz zakonske definicije proizlazi da ZOO prihvaća tzv. objektivističku koncepciju zlouporabe prava.[[211]](#footnote-211) To znači da postojanje namjere za nanošenje štete drugome nije pretpostavka za postojanje zlouporabe. Bitno je samo da je pravo ostvareno protivno svrsi. Cilj odnosno svrha je utvrđena u pravnoj normi iz koje proizlazi određeno pravo.[[212]](#footnote-212) Međutim, problem nastaje kod određivanja tog cilja odnosno svrhe, jer ona nije izričito određena pravnom normom. Stoga je zadatak suda da tumačenjem pravne norme utvrdi tu svrhu, čime se sucu ostavlja relativno širok manevarski prostor.[[213]](#footnote-213) Zato prosudba o postojanju zlouporabe uvelike ovisi o tome kako se norma tumači. Kao glavni kriterij za ocjenu postojanja zlouporabe uzima se način ostvarenja tj. realizacije subjektivnog prava.[[214]](#footnote-214) Njezino se postojanje utvrđuje ovisno o okolnostima konkretnog slučaja.[[215]](#footnote-215) Prilikom utvrđivanja zlouporabe, odnosno ocjene načina ostvarivanja subjektivnog prava u literaturi se navode sljedeće smjernice: a) radi li se o povredi općeg ili individualnog interesa, b) je li ostvarivanje prava u suprotnosti s njegovom ekonomskom namjenom (svrhom, ciljem), c) ima li ovlaštenik opravdani interes za ostvarivanje prava i d) kakav je omjer između koristi koju ovlaštenik ima ostvarivanjem prava i prouzročene štete.[[216]](#footnote-216)

Kada se govori o pravnim posljedicama zlouporabe prava, kao glavna se navodi zabrana ostvarivanja prava. To znači da ovlaštenik ne može zahtijevati određeno postupanje od druge strane. U skladu s time oštećena strana nije dužna ispuniti zahtijevanu činidbu.[[217]](#footnote-217) Kako zlouporaba prava dovodi do nastanka štete za drugu stranu, postoji i mogućnost naknade štete. No, strana koja zahtijeva naknadu dužna je u tom slučaju dokazati potrebne pretpostavke prema općim pravilima o naknadi štete. Autori rada smatraju da bi iz povrede navedenog načela mogla proizaći još jedna značajna pravna posljedica. Naime, odredbe ZOO o načelima, a samim time i odredba o načelu zabrane zlouporabe prava, su prisilnog karaktera (*ius cogens*).[[218]](#footnote-218) Njima se utvrđuju opća i najvažnija pravila ponašanja svih sudionika u obveznim odnosima. Sudionici tih odnosa trebaju se bezuvjetno pridržavati osnovnih načela.[[219]](#footnote-219) Nadalje, načelo zabrane zlouporabe prava proizlazi iz načela savjesnosti i poštenja. Štoviše, ono je pojavni oblik načela savjesnosti i poštenja i izraz njegove ograničavajuće funkcije.[[220]](#footnote-220) Putem načela savjesnosti i poštenja, koje je također jedno od osnovnih načela ZOO, u pravni poredak se inkorporiraju moralne norme.[[221]](#footnote-221) Iz izloženog proizlazi da povreda načela zabrane zlouporabe prava predstavlja povredu prisilne (kogentne) norme, a posredno i povredu morala društva. Prisilne norme i moral društva predstavljaju dva od tri ograničenja slobode ugovaranja.[[222]](#footnote-222) Prema ZOO, posljedica kršenja tih ograničenja jest ništetnost.[[223]](#footnote-223) Dakle, ako pravni subjekt zlouporabi svoje subjektivno pravo, jedna od mogućih pravnih posljedica može biti i ništetnost.

U slučaju „Franak“ banke su u ugovorima o potrošačkom kreditu koristile institut valutne klauzule u CHF. No, upitna je opravdanost takve prakse u konkretnom slučaju sa stajališta zabrane zlouporabe prava.

### 1.2. Valutna klauzula u slučaju „Franak“

Jedno od najprijepornijih pitanja u slučaju „Franak“ ticalo se dopustivosti upotrebe valutne klauzule vezane uz CHF. Navedeni institut je bio predmet ispitivanja u okviru ZZP/03 i *testa nepoštenosti*. No, autori rada smatraju da je u slučaju „Franak“ došlo i do zlouporabe instituta valutne klauzule sa stajališta ZOO-a. Naime, postavlja se pitanje jesu li banke u konkretnom slučaju imale objektivnih razloga za unošenje valutne klauzule u CHF u ugovore o kreditu, odnosno jesu li koristile navedeni institut u skladu s njegovom svrhom (ciljem). Da bi se odgovorilo na navedeno pitanje, valja još jednom promotriti svrhu same valutne klauzule. Kao što je već navedeno, temeljna funkcija valutne klauzule je očuvanje vrijednosti novčane obveze te ostvarenje načela ekvivalentnosti uzajamnih činidaba. Kako je predmet analize kreditni odnos, postavlja se pitanje u kojim slučajevima će u takvom odnosu korištenje valutne klauzule biti potrebno za očuvanje vrijednosti novčane obveze? Iz literature proizlazi da se- kod novčanih obveza- ona najčešće koristi u onim slučajevima kada postoji valutni rizik, a radi njegova eliminiranja.[[224]](#footnote-224) Valutni rizik je rizik da će neka valuta imati manju (ili veću) vrijednost na tržištu u budućnosti.[[225]](#footnote-225) Dakle, vrijednost novčane obveze će se štititi valutnom klauzulom u onim slučajevima kada postoji rizik promjene vrijednosti neke valute. Valutni rizik postoji ponajprije u međunarodnim plaćanjima, tj. u vanjskotrgovinskim transakcijama, te u ugovorima u kojima protječe duži period od trenutka sklapanja do ispunjenja.[[226]](#footnote-226) No, što kada se radi o tzv. domaćim transakcijama, odnosno transakcijama između domaćih pravnih subjekata? Smatra se da je dopušteno njeno ugovaranje i tada, ali samo pod određenim okolnostima. Drugim riječima, valutna klauzula će se moći ugovoriti ako je njezina uporaba u konkretnom slučaju dopuštena i svrhovita.

U kreditnom poslovanju banaka valutni rizik postoji ako se banka zaduži na duži period kod ino-kreditora radi pribavljanja sredstava za plasman kredita na domaćem tržištu. Naime, banka se zadužuje kod ino-kreditora u određenoj stranoj valuti. Pozajmljena devizna sredstva konvertira u domaću valutu te ih plasira korisnicima kredita. Kako se banka zadužuje u inozemstvu u stranoj valuti, a radi se o dugoročnom poslovnom odnosu, ona je izložena valutnom riziku. Banka će morati ino-kreditoru vratiti pozajmljena sredstva u stranoj valuti. Za vraćanje sredstava u stranoj valuti bit će potrebno da sredstva u domaćoj valuti, dobivena otplatom domaćih kredita, konvertira u stranu valutu u kojoj se zadužila. Prilikom konvertiranja se pojavljuje navedeni valutni rizik. Kako je kreditni odnos dugoročnog karaktera, tijekom vremena može doći do promjena u valutnom odnosu valute zaduženja (strana valuta) i valute plasmana (domaća valuta). U takvoj situaciji banka se štiti od valutnog rizika unošenjem valutne klauzule. Njome se banka osigurava od aprecijacije strane valute u kojoj ima zaduženje. U slučaju aprecijacije strane valute raste vrijednost strane valute u odnosu na domaću. Zbog toga će banka morati izdvojiti veći broj novčanih jedinica domaće valute za kupovinu istog nominalnog iznosa strane valute, a u kojoj u konačnici vraća svoj dug ino-kreditoru. Unošenjem valutne klauzule ona rizik opravdano prevaljuje na korisnike kredita, sprječavajući na taj način gubitke zbog promjene tečaja. To znači da će korisnici kredita u slučaju aprecijacije strane valute, a u kojoj banka ima zaduženje, morati banci vraćati veći broj novčanih jedinica domaće valute. Na taj način će banka imati dovoljno novčanih jedinica za konverziju domaće valute u stranu valutu i vraćanje svoga duga ino-kreditoru. Na ovaj način valutna klauzula u okviru kreditnog poslovanja banaka ostvaruje svoju zaštitnu funkciju.

Iz svega navedenog u slučaju „Franak, a što se tiče opravdanosti uporabe instituta valutne klauzule, kao glavno se iskristaliziralo sljedeće pitanje: Jesu li domaće banke imale zaduženja u stranoj valuti, točnije u CHF, kod ino-kreditora?

Ako su se banke uistinu zadužile kod ino-kreditora u CHF, onda unošenje valutne klauzule u ugovore o potrošačkom kreditu i njezina uporaba nisu sporni. Banka bi u tom slučaju imala opravdani valutni rizik u CHF. Ona bi, kao što je gore navedeno, tada imala pravo koristiti institut valutne klauzule, te na temelju toga primiti veći broj novčanih jedinica HRK od korisnika kredita. Banka time ne ostvaruje nikakav profit, jer joj je taj veći iznos sada potreban za kupovinu istog početnog iznosa CHF za koji se zadužila kod ino-kreditora. Dakle, u ovom slučaju valutna klauzula zadržava svoju zaštitnu funkciju.

No, ako se banke nisu zaduživale u CHF, onda je situacija drugačija. Ako banka nema dugoročno zaduženje u CHF, nema ni navedenog valutnog rizika. U tom slučaju, valutna klauzula gubi svoju zaštitnu svrhu, te postaje sredstvo stjecanja profita. Zašto? Naime, banka tada nema zaduženja u stranoj valuti, a u konkretnom slučaju u CHF. Tada banka ne mora kupovati CHF radi otplate svoga zaduženja kod ino-kreditora. Zbog toga aprecijacija CHF nema nikakvog značaja za banku. Ona bi u tom slučaju, primjenom valutne klauzule, primila veći broj novčanih jedinica HRK (valute ugovora) i time ostvarila ekstraprofit bez ikakvog opravdanog razloga. Na taj način bila bi izigrana svrha same klauzule, a vjerovnik bi stekao neosnovanu zaradu.[[227]](#footnote-227) Svrha valutne klauzule je zaštitna, a ne profitna.[[228]](#footnote-228) Prema tome, ako bi banka u ovakvoj situaciji upotrijebila valutnu klauzulu bila bi to zlouporaba prava, jer bi je upotrijebila suprotno njezinoj zaštitnoj svrsi.

U sporu pokrenutom povodom tužbe saveza „Potrošač“, u odgovorima na tužbu pojedine banke su navodile da su imale zaduženja u CHF koja pokrivaju njihovu izloženost valutnom riziku.[[229]](#footnote-229) Ako su doista koristile kredit u inozemstvu u valuti CHF radi kreditiranja građana u RH u domaćoj valuti HRK, i pritom doista bile izložene valutnom riziku zbog aprecijacije CHF u odnosu na HRK, onda su morale dostaviti relevantne dokaze. Dužnost banaka da dostave relevantne dokaze proizlazi iz pravila o teretu dokazivanja. Prema tim pravilima svaka stranka u postupku dužna je dokazati istinitost tvrdnji o činjenicama koje su za nju povoljne.[[230]](#footnote-230) Kako navedene tvrdnje banaka opravdavaju njihovo postupanje, pa su samim time za njih povoljne, na bankama je teret dokazivanja njihove istinitosti. Kao dokaz o zaključenom kreditnom poslu s ino-kreditorima ponajprije može poslužiti tzv. nadzorna knjiga. Naime, prema tada važećem Zakonu o deviznom poslovanju[[231]](#footnote-231) banke su bile dužne voditi nadzornu knjigu o plaćanju i naplati u poslovima iz područja tekućih transakcija s inozemstvom kada te poslove obavljaju u svoje ime i za svoj račun. Način vođenja nadzornih knjiga detaljnije je propisan Naredbom ministra financija o vođenju nadzorne knjige o tekućim i kapitalnim poslovima s inozemstvom (dalje: Naredba).[[232]](#footnote-232) Naredba detaljno propisuje i dužnosti banka u pogledu vođenja podataka o kreditnim poslovima s nerezidentima.[[233]](#footnote-233) Iz sadržaja knjige može se utvrditi o kakvom se kreditnom poslu radi, s kim je sklopljen, njegova vrijednost, vrsta i namjena, te drugi potrebni podaci. No, banke nisu dostavile navedeni dokaz u prilog svoje tvrdnje o kreditnom zaduživanju u CHF u inozemstvu.

Nadalje, kao dokaz mogu poslužiti i odgovarajuće isprave HNB. Prema tada važećem Zakonu o HNB[[234]](#footnote-234), propisano je da HNB prikuplja potrebne statističke podatke radi ostvarivanja svojih ciljeva i zadataka. Također taj zakon navodi da HNB posebnom odlukom utvrđuje popis statističkih podataka koji su joj potrebni i oblik u kojem će se podaci dostavljati, te osobe koje su dužne dostavljati statističke podatke.[[235]](#footnote-235) U skladu s time, guverner HNB je donio Odluku o prikupljanju podataka za potrebe sastavljanja platne bilance, stanja inozemnog duga i stanja međunarodnih ulaganja (dalje: Odluka).[[236]](#footnote-236) Prema navedenom propisu, banke su dužne HNB izvještavati o kreditnim poslovima s inozemstvom, a u skladu s tim i o financijskim kreditima i dugoročnim komercijalnim kreditima.[[237]](#footnote-237) U Odluci je navedeno da se podaci o financijskim kreditima i dugoročnim komercijalnim kreditima (tzv. krediti zaduženja) dostavljaju na KZ 2 obrascima.[[238]](#footnote-238) Uz naveden obrasce postoji i dužnost dostave kopija kreditnih ugovora.[[239]](#footnote-239) Nakon zaprimanja obrasca KZ 2, HNB izdaje obvezniku prijave potvrdu o prijavi kreditnog posla s inozemstvom.[[240]](#footnote-240) Dakle, vidljivo je da su relevantne isprave za dokazivanje zaduženja banke kod ino-kreditora također- ugovor o kreditu u CHF s ino-kreditorom, KZ 2 obrazac i potvrda HNB-a o prijavi kreditnog posla s inozemstvom. No, tužene banke nisu dostavile niti ove dokaze, a kojima bi potkrijepile svoje tvrdnje o zaduživanju u inozemstvu u CHF.

Unatoč nedokazanoj činjenici o kreditnom zaduživanju u CHF kod ino-kreditora i tome posljedično zlouporabi prava korištenjem valutne klauzule u CHF, banke bi naoko mogle opravdati unošenje valutne klauzule. Argument u prilog opravdanju glasio bi da se radilo jednostavno o načelu autonomije prilikom ugovaranja valutne klauzule i da je stoga ona valjano korištena. Naime, spomenuto načelo jedno je od temeljnih načela građanskog prava, a posebno obveznog prava u kojem je najpotpunije došlo do izražaja.[[241]](#footnote-241) Iz ovog načela proizlazi da subjekti slobodno uređuju obvezne odnose. Sloboda uređivanja podrazumijeva i slobodu utvrđivanja sadržaja obveznog odnosa.[[242]](#footnote-242) U konkretnom slučaju to bi značilo da banka i klijent, ukoliko su o tome postigli suglasnost svojih volja, mogu u ugovor o kreditu unijeti odredbu o valutnoj klauzuli. Međutim, načelo autonomije nije neograničenog dosega. Kako su pojedinci članovi društvene zajednice, u skladu s time moraju poštovati njezine temeljne pravne i moralne principe. Navedeni principi se očituju kroz odgovarajuće društvene norme, pravne i moralne.[[243]](#footnote-243) U okviru ZOO, na području hrvatskog obveznog prava, ti principi se manifestiraju u njegovim osnovnim načelima. Naš zakonodavac je propisao da je načelo autonomije, a koje se u obveznom pravu izražava kao sloboda ugovaranja, ograničeno Ustavom, prisilnim propisima i moralom društva.[[244]](#footnote-244) Dakle, trima navedenim ograničenjima je omeđena sloboda ugovaranja. Korištenje valutne klauzule protivno njezinoj svrsi, kao što je već rečeno, predstavlja zlouporabu prava te je protivno dvama od tri navedena ograničenja- prisilnom propisu i moralu društva. U skladu s izloženim, pozivanje na načelo autonomije za opravdanje unošenja valutne klauzule na prethodno obrazložen način je potpuno neopravdano. Štoviše, kako se pravo zaštite potrošača temelji na slabijoj pregovaračkoj poziciji potrošača i znatno slabijoj informiranosti, autori rada smatraju da bi u pravu zaštite potrošača načelo autonomije trebalo biti ograničenije nego u drugim pravnim odnosima.[[245]](#footnote-245) Stoga slijedi zaključak da je opravdano ograničiti autonomiju, tim više ako postoji kršenje načela zabrane zlouporabe prava.

Iz svega navedenog, a u skladu sa starom izrekom *quod non est in actis non est in mundo*, nameće se logičan zaključak da se banke nisu kreditno zaduživale u CHF u inozemstvu. Stoga u konkretnim kreditnim poslovima nisu bile izložene valutnom riziku. U takvoj situaciji, naplata povećanog iznosa HRK primjenom valutne klauzule u CHF predstavlja očiglednu zlouporabu tog pravnog instituta. Takvo postupanje je protivno prislinim propisima, a posredno i moralu društva. Pravna posljedica zlouporabe valutne klauzule bi prema mišljenju autora rada trebala biti djelomična ništetnost, tj. ništetnost ugovorne odredbe o valutnoj klauzuli.[[246]](#footnote-246) Iako je navedena odredba bila uvjet ugovora, on može opstati bez te odredbe. Smatramo da je u ovom slučaju ništetnost ustanovljena da ugovor bude oslobođen od navedene odredbe i vrijedi bez nje. To stoga što se i bez navedene odredbe omogućuje ostvarenje svrhe ugovora bez štetnih posljedica za ugovorne strane.

## 2. NASTAVAK SLUČAJA „FRANAK“ PRED MEĐUNARODNIM TIJELIMA

Čini se sasvim izglednim da slučaj „Franak“ nije dobio svoj završetak odlukom suda najviše instance u Republici Hrvatskoj. S jedne strane, presude hrvatskih sudova u postupku kolektivne zaštite potrošača otvorile su mogućnost nastavka slučaja „Franak“ pred Sudom EU zbog kršenja prava EU. S druge strane doneseni zakoni kojima su se nastojale sanirati imovinske posljedice koje su pogodile potrošače, otvorili su pitanje odgovornosti Republike Hrvatske za kršenje međunarodnih obveza. Zanimljivo je da su pitanje odgovornosti Republike Hrvatske potaknule obje stranke u slučaju „Franak“, kako tužene banke tako i potrošači.[[247]](#footnote-247)

### 2.1. Odgovornost Republike Hrvatske povodom slučaja „Franak“ za nepoštivanje europskog prava?

Sporni pravni odnosi iz slučaja „Franak“ nastajali su u razdoblju od 1. travnja 2004. godine do 31. prosinca 2008. godine. Iako Republika Hrvatska tada nije bila članica EU, imala je obvezu implementirati pravo EU te ga tumačiti i primjenjivati u skladu s praksom Suda EU. Republika Hrvatska postala je punopravnom članicom EU 1. srpnja 2013. godine. Od tada je u potpunosti vezana temeljnim aktima EU: Ugovorom o Europskoj uniji te Ugovorom o funkcioniranju Europske unije. Dana 30. travnja 2014. godine Sud EU je donio odluku *C-26/13* tumačeći odredbu čl. 4. st. 2. Direktive 93/13 koja je bila od iznimne važnosti za odlučivanje u slučaju „Franak“.Presude hrvatskih sudova koje bi mogle dovesti do odgovornosti Republike Hrvatske za kršenje prava EU donesene su nakon punopravnog članstva u EU i nakon donošenja odluke Suda EU *C-26/13*. Tako je drugostupanjska presuda VTS *43. Pž-7129/13-4* donesena 13. lipnja 2014. godine, dok je VSRH odluku o reviziji *Revt 249/14-2* donio 9. travnja 2015. godine. Dakle, donoseći te odluke hrvatski sudovi bili su vezani odredbama europskog prava te su imali mogućnost primijeniti odluku *C-26/13* Suda EU.[[248]](#footnote-248)

#### 2.1.1. Kršenje prava EU presudom Visokog trgovačkog suda

Prvi prijepori s obzirom na pravo EU nastali su drugostupanjskom presudom VTS. Naime, VTS je, bez ikakvog objašnjenja zašto i temeljem koje osnove, upotrijebio jedne kriterije kada je odlučivao o valjanosti odredbe o promjenjivoj kamatnoj stopi, a druge kada je odlučivao o valjanosti odredbe o valutnoj klauzuli u CHF. Konkretno, postavilo se pitanje tumačenja pojma razumljivosti u kontekstu odredbe čl. 84. st. 1. ZZP/03, a kojom je implementirana odredba čl. 4. st. 2. Direktive 93/13. O tumačenju toga pojma ovisilo je hoće li se ugovorna odredba izuzeti ili ne od primjene *testa nepoštenosti*, a samim time i hoće li se proglasiti poštenom, valjanom. Što se smatra pod pojmom razumljivosti utvrdio je Sud EU u odluci *C-26/13* tumačeći navedenu odredbu Direktive 93/13.[[249]](#footnote-249) VTS je to tumačenje Suda EU uzeo u obzir kada je odlučivao o valjanosti odredbe o promjenjivosti kamatne stope te u skladu s njim donio odluku. No, kada je odlučivao o valjanosti odredbe o valutnoj klauzuli u CHF, u potpunosti je ignorirao to isto tumačenje Suda EU. Dakle, VTS je u svojoj presudi *43. Pž-7129/13-4* isto pravno pitanje, tumačenje pojma razumljivosti, primijenio drugačije na dvije ugovorne odredbe iz istog ugovornog odnosa. S jedne strane, odlučujući o promjenjivosti kamatne stope, VTS je utvrdio kako razumljivost znači da ugovorna odredba mora potrošaču biti razumljiva ne samo gramatički već, u skladu s odlukom Suda EU, potrošač mora moći i predvidjeti ekonomske posljedice te odredbe.[[250]](#footnote-250) S druge strane, odlučujući o valutnoj klauzuli u CHF, VTS je utvrdio kako je gramatička razumljivost ugovorne odredbe sama po sebi dovoljna da je se izuzme od *testa nepoštenosti* te nije bitno je li potrošač mogao predvidjeti ekonomske posljedice takve odredbe.[[251]](#footnote-251) Zaključak slijedi da je VTS istu normu nacionalnog prava, čl. 84. st. 1. ZZP/03, protumačio i primijenio u istom predmetu i na isti ugovorni odnos na dva potpuno različita načina. Jednom u skladu s pravom EU, odlučujući o promjenjivosti kamatne stope, a drugi put suprotno pravu EU, odlučujući o valutnoj klauzuli u CHF. Time je VTS stvorio kontradiktornost u vlastitoj presudi. Autori smatraju da je temeljem svega navedenog VTS učinio neobjašnjivu grešku kakvu si sud države članice EU ne bi smio dozvoliti. Koji su razlozi bili za takvu odluku i na osnovu čega je kao takva donesena, ostaje nepoznanica.

Takvom presudom VTS je zanemario svoju interpretativnu obvezu koju ima kao nacionalni sud države članice. Interpretativna obveza nalaže sudu države članice da nacionalno pravo tumači i primjenjuje u skladu s pravom EU.[[252]](#footnote-252) Svojevoljno tumačeći čl. 84. st. 1. ZZP/03 te zanemarivši tumačenje čl. 4. st. 2. koje je dao Sud EU, VTS je nacionalno pravo protumačio suprotno pravu EU. Time je Republika Hrvatska, prema mišljenju autora, prekršila svoju obvezu prihvaćanja i primjene cjelokupne pravne stečevine EU.[[253]](#footnote-253)

#### 2.1.2. Kršenje prava EU odlukom Vrhovnog suda Republike Hrvatske o reviziji

Odlukom *Revt 249/14-2* VSRH je potvrdio stajalište VTS da se odredba o valutnoj klauzuli u CHF treba izuzeti od primjene *testa nepoštenosti* tumačeći pojam razumljivosti kako ga je VTS protumačio, izolirano od prava EU. Također, VSRH je otklonio relevantnost odluke Suda EU *C-26/13* za slučaj „Franak.“ Upitna je opravdanost takvih stajališta VSRH, a posebice obrazloženja koja je dao uz takva stajališta.

Prije svega, VSRH je otklonio relevantnost odluke Suda EU *C-26/13* za slučaj „Franak“ uz vrlo kratko obrazloženje. U jednoj rečenici VSRH iznio je činjenice predmeta koji je doveo do odluke *C-26/13*.[[254]](#footnote-254) Zatim je u idućoj rečenici rezolutno i palijativno zaključio kako činjenični supstrat tog predmeta nije istovjetan s činjenicama slučaja „Franak.“ Time je zaključio da tumačenje europske norme čl. 4. st. 2. Direktive 93/13, odnosno čl. 84. st. 1. ZZP/03, od strane Suda EU nije relevantno.[[255]](#footnote-255) Dakle, u svega dvije rečenice obrazloženja VSRH je otklonio relevantnost tumačenja europske norme od strane Suda EU.

Za to je važno napomenuti dvije stvari. Prvo, tumačenje europske norme od strane Suda EU postaje sastavnim dijelom te norme s *erga omnes* učinkom.[[256]](#footnote-256) Dakle, neopravdano zanemarivanje tumačenja europske norme od strane Suda EU jednako je zanemarivanju same norme. Drugo, proglašenje odredbe o valutnoj klauzuli valjanom ili nevaljanom ovisilo je o tome hoće li VSRH uzeti u obzir tumačenje Suda EU. Zbog navedenog *erga omnes* učinka tumačenja Suda EU, VSRH je bio obvezan uzeti u obzir odluku *C-26/13*, a zbog značaja koje je ta europska norma imala za rješenje slučaja „Franak“, spomenuto kratko obrazloženje VSRH u dvije rečenice je pravno neprihvatljivo. Na temelju izloženog, VSRH je iskazao samovoljnost postupajući protivno temeljnim načelima prava EU te umanjujući značaj prava EU tako što se osvrnuo na njegovu relevantnost kroz svega dvije rečenice.

No, čak i da se upustio u detaljnije obrazlaganje različitosti činjeničnog supstrata kao razloga zašto smatra da je irelevantna odluka *C-26/13*, upitno je bi li ga uspio opravdati. Naime, Sud EU je istu europsku normu, čl. 4. st. 2. Direktive 93/13, protumačio na identičan način u još dva predmeta koja se međusobno razlikuju u svom činjeničnom supstratu. Tako je u predmetu *C-143/13 Matei v Volksbank* iznio stajalište da se odredba čl. 4. st. 2. Direktive 93/13 mora usko tumačiti te da se pojam razumljivosti pojedine ugovorne odredbe ne može svesti samo na formalnu i gramatičku razinu.[[257]](#footnote-257) Nadalje, Sud EU je u toj odluci utvrdio da je pojedinačna ugovorna odredba potrošaču razumljiva kada je, ne samo gramatički razumljiva, već i kada potrošač raspolaže s dovoljno točnih i jasnih kriterija da može procijeniti ekonomske posljedice te ugovorne odredbe.[[258]](#footnote-258) Isto takvo stajalište iznio je Sud EU u odluci *C-92/11 RWE Vertrieb AV*.[[259]](#footnote-259) Dakle, u obje navedene odluke ponavlja se jednako tumačenje pojma razumljivosti iz čl. 4. st. 2. Direktive 93/13 kakvo je dano u odluci *C-26/13*. Pritom se izričito navodi kako se razumljivost ne smije ograničiti na formalnu i gramatičku razinu. Važno je naglasiti da se u sva tri predmeta činjenični supstrat razlikuje, a Sud EU zadržava svoje stajalište o nedopustivosti svođenja pojma razumljivosti na formalnu i gramatičku razinu. To stoga što svođenje razumljivosti na formalnu i gramatičku razinu, obvezu transparentnosti također ograničava na formalnu razinu.[[260]](#footnote-260) Takvo tumačenje obveze transparentnosti bilo bi u suprotnosti sa samim ciljem koji se nastoji postići Direktivom 93/13.[[261]](#footnote-261) Zbog takve povezanosti pojma razumljivosti s temeljnim ciljem Direktive 93/13, može se zaključiti da Sud EU ne bi odstupao od svojeg tumačenja ni u slučajevima drugačijeg činjeničnog supstrata kakav je prema tumačenju VSRH bio u slučaju „Franak“. Takav zaključak potkrjepljen je s tri navedena predmeta različitog činjeničnog supstrata, a dodatno i s još jednom odlukom Suda EU donesenom nakon odluke VSRH: *C-96/14 Van Hove v CNP*.[[262]](#footnote-262)

Na temelju svega navedenog, autori smatraju da stajalište VSRH o irelevantnosti odluke Suda EU *C-26/13* na temelju različitosti činjeničnih supstrata, pored toga što je prekratko obrazloženo, nije ni opravdano. No, zauzimanjem takvog stajališta prema kojem nema relevantnog tumačenja europske norme od strane Suda EU, VSRH je otvorio novo pitanje. Zašto nije podnesen zahtjev za prethodno odlučivanje Sudu EU koji bi onda, s obzirom na drugačije činjenice slučaja „Franak“, dao relevantno tumačenje europske norme, a o kojoj je ovisila konačna odluka u postupku?

Odgovor na to pitanje ne može se naći u obrazloženju odluke VSRH s obzirom da se on uopće nije ni osvrnuo na tu mogućnost niti je objasnio zašto nije podnesen zahtjev. U čl. 267. st. 3. UFEU propisana je obveza najviših nacionalnih sudova država članica, protiv čijih odluka nema pravnog lijeka, da upute prethodno pitanje Sudu EU.[[263]](#footnote-263) Imajući na umu da protiv odluke VSRH ne postoji pravni lijek prema nacionalnom pravu, jasno je da je VSRH kao sud zadnje instance imao obvezu uputiti prethodno pitanje. Sud EU je u odluci *C-166/73 Rheinmuhlen* utvrdio navedenu obvezu kao temeljnu za osiguranje primjene prava EU na jednak način u svim država članicama. Zatim je potvrdio tu obvezu odlukom *C-6/64 Flamino Costa v. ENEL*.[[264]](#footnote-264) VSRH, kao najviši sud države članice, potpuno je ignorirao tu obvezu te se nije niti osvrnuo na njeno postojanje ni obrazložio neupućivanje zahtjeva za prethodnim pitanjem Sudu EU.

VSRH je mogao svoje neupućivanje zahtjeva za prethodnim pitanjem opravdati eventualno temeljem jedne od dviju iznimki od obveze upućivanja zahtjeva koje je uspostavio Sud EU. Prvo, ako se radilo o pitanju koje je materijalno identično ili slično pitanju o kojem je Sud EU već rješavao (tzv. *acte eclaire*).[[265]](#footnote-265) Drugo, ako se radilo o normi EU čija ispravna primjena je tako očita da ne ostavlja prostora nikakvoj razumnoj sumnji kako ju je trebalo primijeniti (tzv. *acte claire*).[[266]](#footnote-266) Pozivanje na prvu iznimku je isključeno s obzirom da je VSRH otklonio relevantnost odluke *C-26/13* i time izričito utvrdio da ne postoji materijalno i sadržajno identično pitanje o kojem je Sud EU već odlučivao. Druga iznimka također ne bi bila opravdana s obzirom da je Sud EU već u četiri prethodno navedene odluke tumačio normu EU koja je u pitanju. Stoga je očito da ona sama po sebi nije dovoljno jasna i da postoji mogućnost da se protumači krivo od strane nacionalnog suda. Dakle, čak i da je išao obrazlagati, VSRH nije mogao opravdati svoje neupućivanje prethodnog pitanja Sudu EU.

Iz svega iznesenog proizlazi zaključak da je VSRH, kao najviši sud države članice, prekršio obvezu slanja prethodnog pitanja Sudu EU propisanu čl. 267. st. 3. UFEU.

VSRH je zadržao tumačenje pojma razumljivosti koje je prvotno iznio VTS. Radi se o naopakom shvaćanju odredbe čl. 84. st. 1. ZZP/03, a kojom je implementirana odredba čl. 4. st. 2. Direktive 93/13. Prema takvom naopakom shvaćanju obveza transparentnosti se uzima u obzir tek ako se ugovorna odredba podvrgne *testu nepoštenosti*. Odnosno, za utvrđivanje razumljivosti odredbe kako bi se izuzela od primjene *testa nepoštenosti*, obveza transparentnosti nije bitna, već je samo bitno da je odredba gramatički razumljiva. Dakle pojam razumljivosti se svodi na formalnu i gramatičku razinu, ignorirajući obvezu transparentnosti i ograničavajući je na formalnu razinu. Suprotno tome, Sud EU tumači pojam razumljivosti tako da je obveza transparentnosti bitna već pri utvrđivanju razumljivosti ugovorne odredbe, a ne tek ako dođe do primjene *testa nepoštenosti*. Uzmemo li u obzir da je cilj Direktive 93/13 uspostavljanje sustava zaštite potrošača koji se temelji na ideji da se potrošač nalazi u slabijem položaju s obzirom na pregovaračku poziciju i razinu obaviještenosti (načelo transparentnosti), te stajališta Suda EU da se čl. 4. st. 2. Direktive 93/13 mora usko tumačiti, dolazi se do idućeg zaključka. Prethodno navedenim naopakim tumačenjem čl. 84. st. 1. ZZP/03, VTS i VSRH su protumačili nacionalno pravo suprotno cilju Direktive 93/13 koja se tom odredbom implementirala. Ovdje je važno napomenuti da je Sud EU odlukom *C-282/10 Dominguez v Centre Informatique du Centre Quest Atlantique* utvrdio obvezu tumačenja nacionalnog prava u skladu sa svrhom i ciljem Direktive te inherentnost te obveze s UFEU.[[267]](#footnote-267) Iz toga proizlazi da je VSRH, tumačeći nacionalno pravo suprotno cilju Direktive 93/13, prekršio obvezu iz čl. 288. UFEU kojom je propisano da je Direktiva obvezujuća za svaku državu članicu u pogledu rezultata (cilja) koji je njome potrebno postići.[[268]](#footnote-268)

Iz svega navedenog autori rada došli su do zaključka da je Republika Hrvatska povrijedila pravo EU u sljedećem. Prvenstveno, hrvatski nacionalni sudovi, VTS i VSRH, nisu tumačili nacionalno pravo u skladu s pravom EU i time je povrijeđena interpretativna obveza sudova država članica koja svoju osnovu ima u čl. 4. st. 3. UEU.[[269]](#footnote-269) Zatim, nakon zanemarivanja prakse Suda EU, VSRH nije uputio prethodno pitanje iako je prema čl. 267. st. 3. UFEU bio obvezan to učiniti. Time je Republika Hrvatska prekršila obvezu iz spomenutog čl. 267. st. 3. UFEU u vezi s čl. 19. st. 3. toč. b) UEU.[[270]](#footnote-270) Konačno, posljedica svega toga bilo je obrazloženo naopako shvaćanje europske norme čl. 4. st. 2. Direktive 93/13 od strane hrvatskih sudova. Takvim shvaćanjem odredba Direktive 93/13 protumačena je i primjenjena suprotno rezultatu (cilju) same Direktive 93/13. Imamo li na umu da direktive obvezuju svaku državu članicu u pogledu rezultata koji se treba njome postići, a da se ovakvim naopakim shvaćanjem postupilo upravo suprotno rezultatu Direktive 93/13, slijedi zaključak da Republika Hrvatska nije uspjela postići njen rezultat. Jednostavnije rečeno, Republika Hrvatska je prekršila obvezu iz čl. 288. st. 3. UFEU prema kojoj direktiva veže državu članicu u pogledu rezultata (cilja) koji se njome želi postići.[[271]](#footnote-271)

Posljedično tome, Europska komisija bi mogla, na temelju čl. 258., čl. 259. i čl. 260. UFEU, pokrenuti postupak protiv Republike Hrvatske zbog povrede UEU i UFEU.[[272]](#footnote-272) Drugim riječima, Republika Hrvatska mogla bi biti odgovorna za štetu nanesenu pojedincima kršenjem prava EU. Temelj ovakve odgovornosti države članice utvrdio je Sud EU u spojenim predmetima *C-6/90* i *C-9/90 Francovich i Bonifachi v. ITALIAN REPUBLIC* te *C-46/93* i *48/93 Brassiere/Factortame v. BRD*.[[273]](#footnote-273) U tim predmetima izneseno je stajalište da su nacionalni sudovi integralni dio državne vlasti te su utvrđeni temelji odgovornosti države članice prema pojedincu zbog kršenja prava EU.[[274]](#footnote-274) Ako bi se u slučaju „Franak“ utvrdila povreda prava EU, konačni ishod moglo bi biti utvrđenje obveze Republike Hrvatske za naknadu štete svojim državljanima. Time bi slučaj „Franak“, uz dosadašnje pravne posljedice koje je izazvao u zemlji, izazvao i odgovornost Republike Hrvatske te postao važna lekcija o budućem poštivanju i provedbi prava EU.

### 2.2. Odgovornost Republike Hrvatske zbog kršenja međunarodnih obveza

Nakon donesenih presuda hrvatskih sudova, na snagu su stupila dva zakona kojima je propisano rješenje tadašnjeg problema slučaja „Franak“. Ta dva zakona su: Zakon o izmjeni i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju (dalje: ZID ZPK) te Zakon o izmjeni i dopunama Zakona o kreditnim institucijama (dalje: ZID ZOKI).[[275]](#footnote-275) Njima se propisala obveza banaka da kredite s valutnom klauzulom u CHF konvertiraju u kredite s valutnom klauzulom u EUR, ali da se pritom položaj korisnika kredita izjednači s položajem u kojem bi on bio da je cijelo vrijeme koristio kredit s valutnom klauzulom u EUR.[[276]](#footnote-276)

Društva majke hrvatskih banaka smatrale su da je tim zakonima i nametanjem takve obveze Republika Hrvatska prekršila svoju međunarodnu obvezu.[[277]](#footnote-277) Konkretnije, smatrale su da je Republika Hrvatska povrijedila međunarodne bilateralne ugovore o poticanju i zaštiti ulaganja koje je bila potpisala s državama čiju pripadnost imaju društva majke.[[278]](#footnote-278) Riječ je o bilateralnim ugovorima između država kojima one uzajamno potiču i štite ulaganja investitora jedne države u drugu.[[279]](#footnote-279) Njima se uređuju, između ostalog, i načini rješavanja sporova koji bi mogli proizaći iz ulaganja, tzv. investicijskih sporova. Kao jedan od alternativnih načina rješavanja tih investicijskih sporova propisan je arbitražni postupak pred Međunarodnim centrom za rješavanje investicijskih sporova (dalje: ICSID).[[280]](#footnote-280) Za vrijeme pisanja ovoga rada društva majke hrvatskih banaka poduzele su prve mjere za pokretanje arbitražnog postupka protiv Republike Hrvatske pred ICSID.

#### 2.2.1. Nadležnost ICSID za rješavanje investicijskih sporova

Nadležnost ICSID za rješavanje investicijskih sporova propisana je Konvencijom o rješavanju ulagačkih sporova između država i državljana drugih država (dalje: ICSID Konvencija).[[281]](#footnote-281) Točnije, propisana je nadležnost ICSID za investicijske sporove između države ugovornice ICSID Konvencije (dalje: država ugovornica) i ulagatelja iz druge države ugovornice ako među njima postoji pristanak za nadležnost ICSID.[[282]](#footnote-282) Taj pristanak obično je sadržan u bilateralnim ugovorima o poticanju i zaštiti ulaganja između dviju država ugovornica. Dakle, nadležnost ICSID zapravo se temelji na pristanku država ugovornica da budu podvrgnute arbitražnom postupku pred ICSID, a koji daju u bilateralnim ugovorima o poticanju i zaštiti ulaganja.

Kako bi ustanovili mogu li društva majke hrvatskih banaka pokrenuti arbitražni postupak protiv Republike Hrvatske pred ICSID, potrebno je analizirati bilateralne ugovore o poticanju i zaštiti ulaganja koje je Republika Hrvatska sklopila posebno sa svakom državom čiju pripadnost ima pojedino društvo majka. Međutim, analiza postaje složenijom s obzirom da se radi o bilateralnim ugovorima između država članica EU. Zbog toga se bilateralni ugovori moraju tumačiti u kontekstu prava EU.

Sa stajališta EU, bilateralni sporazumi između država članica nisu u skladu s pravom EU. Tako je Europska komisija u svom Priopćenju za tisak 18. lipnja 2015. godine istaknula kako smatra da bilateralni ugovori između država članica nisu u skladu s pravom EU te da je već prije tražila od država članica da bilateralne ugovore s drugim članicama proglase nevažećim.[[283]](#footnote-283) Naime, Europska komisija smatra da pogodnosti koje na bilateralnoj osnovi dobivaju samo investitori nekih država članica nisu u skladu s jedinstvenim tržištem EU, odnosno s načelom slobode poslovnog nastana i načelom slobode kretanja kapitala.[[284]](#footnote-284) Ovakvo stajalište važno je imati na umu pri analizi nadležnosti ICSID. Međutim, potrebno je posebno ispitivati jesu li materijalnopravni standardi zaštite u skladu s pravom EU, a posebno jesu li procesnopravni mehanizmi ostvarenja te zaštite u skladu s pravom EU. Konačno, ako nisu u skladu s pravom EU, kakav utjecaj to ima na ustanovljenje nadležnosti ICSID?

S obzirom na sve navedeno, nadležnost ICSID potrebno je analizirati za društva majke iz svake države posebno, a na temelju bilateralnog ugovora Republike Hrvatske s državom iz koje je dotično društvo majka. Dakle, za potrebe slučaja „Franak“ potrebno je analizirati bilateralne ugovore Republike Hrvatske s Italijom, Austrijom, Mađarskom i Francuskom.

#### 2.2.2. Nadležnost ICSID kao nastavak slučaja „Franak“

Što se tiče društva majki iz Italije pitanje nadležnosti ICSID čini se dosta jednostavnim. Naime, Europska komisija je već bila tražila od država članica da raskinu svoje bilateralne ugovore o ulaganju s drugim državama članica. Jedine dvije države članice koje su raskinule svoje bilateralne ugovore jesu Italija i Irska. Prema službenoj evidenciji UNCTAD (*United Nation Conference on Trade And Development*) Ugovor između Vlade Republike Hrvatske i Vlade Republike Italije o poticanju i zaštiti ulaganja (dalje: Ugovor RH-IT) je izvan snage.[[285]](#footnote-285) Na temelju te tvrdnje može se izvesti zaključak da ne postoji nadležnost ICSID. Međutim, međunarodni ugovor se može staviti izvan snage ili postupkom koji je propisan njime samim ili pristankom ugovornih strana.[[286]](#footnote-286) Ako je Ugovor RH-IT stavljen izvan snage postupkom koji je propisan u njemu, moglo bi se postaviti pitanje tumačenja čl. 13. Ugovora RH-IT s obzirom da je taj članak dosta nejasno formuliran.[[287]](#footnote-287) Odnosno, čl. 13. Ugovora RH-IT ostavlja prostora za interpretaciju da Ugovor RH-IT ostaje na snazi za investicije izvršene prije otkaza ugovora. Ako je pak raskinut konzultacijama ugovornih strana i obostranim pristankom, zanimljivom postaje činjenica da Ministarstvo vanjskih i europskih poslova u svojoj evidenciji i dalje navodi da je Ugovor RH-IT na snazi.[[288]](#footnote-288) To upućuje na sumnju da Ugovor RH-IT još uvijek veže Republiku Hrvatsku. U svakom slučaju, uspješno dokazivanje da Ugovor RH-IT nije na snazi bilo bi najjednostavniji način otklanjanja nadležnosti ICSID povodom slučaja „Franak“.

Uvidom u odredbe Ugovora između Republike Hrvatske i Republike Austrije o poticanju i zaštiti ulaganja (dalje: Ugovor RH-AU) te prema saznanjima da Austrija nije ukinula svoje bilateralne ugovore o ulaganjima s država članicama, slijedi zaključak da je navedeni ugovor i dalje na snazi. Prema čl. 9. st. 2. t. a. Ugovora RH-AU za rješavanje investicijskih sporova ustanovljena je nadležnost ICSID.[[289]](#footnote-289) Međutim, uz tu odredbu važno je napomenuti i odredbu čl. 11. st. 2. kojom je propisano da ugovorne strane nisu vezane Ugovorom RH-AU u mjeri u kojoj je on inkompatibilan s pravom EU.[[290]](#footnote-290) To znači da bi se nadležnost ICSID mogla otkloniti ako bi se dokazalo da je arbitražna klauzula, kao procesnopravni mehanizam zaštite prava iz Ugovora RH-AU, protivna pravu EU. Pri ispitivanju je li arbitražna klauzula protivna pravu EU, autori rada dijele sljedeće razmišljanje. Jedno od temeljnih načela prava EU jest nediskriminacija na temelju državljanstva.[[291]](#footnote-291) S obzirom da je arbitražna klauzula sadržana u bilateralnom ugovoru, riječ je o pravu koje Republika Hrvatska daje investitorima određene države, ovdje Austrije, na bilateralnoj osnovi. Prema tome pravo pokretanja arbitražnog postupka u investicijskim sporovima protiv Republike Hrvatske dano je konkretno samo austrijskim investitorima, ali ne i investitorima drugih država članica. Ako Republika Hrvatska nema isti takav bilateralni ugovor na snazi s identičnom arbitražnom klauzulom sa svim drugim državama članicama, rezultat bi mogao biti protivan pravu EU. Drugim riječima, investitori iz Austrije mogli bi radi rješavanja investicijskog spora pokrenuti protiv Republike Hrvatske arbitražni postupak pred ICSID, dok investitori države koja nema bilateralni ugovor s Republikom Hrvatskom to ne bi mogli. Takva mogućnost biranja predstavljala bi jasnu diskriminaciju na osnovi državljanstva.[[292]](#footnote-292) Tom razmišljanju moglo bi se prigovoriti argumentom da mogućnost pokretanja arbitražnog postupka pred ICSID kao jedno od alternativnih načina rješavanja investicijskih sporova ne mora nužno biti povlastica. Ipak, treba imati na umu da se države kao subjekti međunarodnog prava, a zbog svoje suverenosti, ne mogu podvrgnuti postupcima pred međunarodnim tijelima bez danog pristanka, unaprijed ili naknadno.[[293]](#footnote-293) Imajući to na umu, smatramo da je povlastica kada država da unaprijed pristanak da je se podvrgne postupku pred ICSID.

Ako se ne bi uspjela dokazati protivnost arbitražne klauzule pravu EU, mogla bi se ispitivati protivnost materijalnopravnih standarda zaštite iz Ugovora RH-AU u odnosu na pravo EU. Općenito razmatrajući, Ugovorom RH-AU dana su određena prava i zaštita ulaganja na bilateralnoj osnovi samo investitorima iz Austrije, dok investitorima iz drugih država članica nisu. Uz moguću diskriminaciju na osnovi državljanstva, ovdje bi se moglo raditi i o kršenju još dva temeljna načela prava EU: slobode poslovnog nastana i slobode kretanja kapitala.[[294]](#footnote-294) U konačnici, moglo bi se tvrditi da je to protivno jedinstvenom europskom tržištu kojem EU teži.

Pri analizi mogućnosti pokretanja arbitražnog postupka pred ICSID važno je istaknuti i idući mogući scenarij. Ako bi se ustanovilo da arbitražna klauzula nije protivna pravu EU, a materijalnopravni standardi zaštite jesu, kako smatra Europska komisija, rezultat bi bio poprilično neugodna situacija za Republiku Hrvatsku. Naime, u toj situaciji ICSID bi mogao donijeti arbitražni pravorijek koji bi u slučaju izvršenja u Republici Hrvatskoj bio suprotan pravu EU. Pravna osnova za tu tvrdnju jest čl. 36. st. 2. t. 2. Zakona o arbitraži kojim je propisano da će se arbitražni pravorijek poništiti ako je suprotan javnom poretku Republike Hrvatske.[[295]](#footnote-295) Sve to pod pretpostavkom da sloboda poslovnog nastana i sloboda kretanja kapitala kao temeljna načela prava EU propisana primarnim pravnim izvorom prava EU čine dio javnog poretka Republike Hrvatske.[[296]](#footnote-296) Dakle, Republika Hrvatska bi izvršenjem takvog pravorijeka donesenog od strane ICSID prekršila pravo EU. S druge strane, ako bi odbila izvršiti takav pravorijek, prekršila bi ICSID Konvenciju i mogla bi biti odgovorna za kršenje međunarodne obveze. Da takav scenarij nije iluzoran potvrđuje činjenica da se već ostvario za jednu drugu državu članicu, Rumunjsku. Naime, ICSID je donio arbitražni pravorijek u predmetu *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania* na temelju bilateralnog ugovora između Švedske i Rumunjske.[[297]](#footnote-297) Tim pravorijekom Rumunjska je stavljena u poziciju da povrijedi pravo EU ako dopusti izvršenje pravorijeka, a ako ne dopusti povrjeđuje svoju međunarodnu obvezu.

Što se tiče bilateralnih ugovora s druge dvije države čiju pripadnost imaju neka od društava majki, bitno je napomenuti da su na snazi i da nemaju odredbu kao što je čl. 12. st. 2. Ugovora RH-AU. Ipak, i pri ispitivanju nadležnosti ICSID na temelju tih bilateralnih ugovora, prisutan je prethodno naveden problem sukladnosti s pravom EU.

Prethodno obrazlaganje općenit je i sažet uvid u temu pokretanja arbitražnog postupka pred ICSID protiv Republike Hrvatske od strane društava majki. Jasno je da je nadležnost ICSID upitna za sva društva majke, posebice razmatrajući je u kontekstu prava EU. Ako bi se nadležnost ipak uspostavila, tek tada bi se otvorila mogućnost da se Republika Hrvatska nađe u neugodnoj poziciji biranja između kršenja prava EU ili međunarodne obveze poštivanja ICSID Konvencije. Na temelju svega izloženog, neke greške su očite, a pokretanje postupaka izgledno. Ipak, autori rada mišljenja su da je moguć pozitivan ishod trenutačne situacije za Republiku Hrvatsku, posebice što se tiče mogućeg arbitražnog postupka pred ICSID.

# V. ZAKLJUČAK

Slučaj „Franak“ ostavlja iza sebe značajne socioekonomske i pravne posljedice. Zbog toga su mu autori rada pridali pažnju potrebnu radi provođenja podrobne analize. Konkretno, radi se o analizi dvaju ključnih instituta ugovora o kreditima iz slučaja: valutne klauzule u CHF i promjenjive kamatne stope. Radi potpunog shvaćanja cjelokupnog slučaja, u radu je iznesena analiza svakog instituta posebno u pojedinoj presudi. Pritom je naglasak stavljen na stajališta sudova koja su se pokazala kao neutemeljena ili koja su u međusobnoj kontradiktornosti.

Nakon što su utemeljeno utvrdili greške hrvatskih sudova, autori rada postavili su pitanje je li moguće drugačije pristupiti ispitivanju valjanosti jednog od dva ključna instituta: valutne klauzule u CHF. Konkretno, postavljeno je pitanje je li ugovaranje valutne klauzule u CHF pod okolnostima slučaja „Franak“ bilo suprotno ZOO, tj. načelu zabrane zlouporabe prava. Iscrpnom analizom relevantnih odredbi ZOO i njihovom primjenom na dokazane činjenice slučaja, izvodi se zaključak kako bi valutna klauzula u CHF bila proglašena nevaljanom.

Tek nakon cjelokupne analize i sinteze te sagledavanja slučaja „Franak“ s druge pravne osnove, može se izložiti njegov nastavak pred međunarodnim pravosudnim tijelima. Točnije, riječ je o odgovornosti Republike Hrvatske u međunarodnoj zajednici zbog donesenih presuda hrvatskih sudova. Obje stranke slučaja „Franak“ poduzele su mjere potrebne za pokretanje postupka protiv Republike Hrvatske. Prema svemu iznesenom, čini se sasvim izglednim da će protiv Republike Hrvatske biti pokrenut postupak zbog kršenja međunarodnih obveza kako pred Sudom EU tako i pred Međunarodnim centrom za rješavanje investicijskih sporova.

Kada se slučaj „Franak“ uzme u obzir kao cjelina, mogu se izvesti sljedeći zaključci. U Republici Hrvatskoj okončan je jedan od najznačajnijih postupaka do sada. U njemu su učinjene mnoge greške čije posljedice će tek početi nastupati u svjetlu odgovornosti Republike Hrvatske u međunarodnoj zajednici. Zbog tih posljedica, akademska rasprava nameće se kao nužnost kako bi se utvrdilo zašto su greške učinjene i kako se Republika Hrvatska našla u situaciji kršenja međunarodnih obveza. Upravo to bila je ideja autora rada pri pisanju- potaknuti analizu i konstruktivnu raspravu o slučaju „Franak“, a sve kako bi se izvukle korisne lekcije za buduće slučajeve.

# VI. ZAHVALE

Pri istraživanju, prikupljanju, analizi materijala i prenošenju svega u smislenu cjelinu, autorima rada pomagali su i bili velika podrška nekolicina ljudi. Bez njihove stručnosti, pristupačnosti, dobre volje pri pomaganju i uloženom trudu, ovaj rad bio bi velikim dijelom zakinut u kvaliteti. Stoga autori rada koriste ovu priliku zahvaliti se:

odvjetniku Branku Pižeti, koji je od početka ideje stvaranja i pisanja ovoga rada pa do samog kraja bio neprocjenjiva podrška autorima; kako u pogledu upućivanja u temu i početnog usmjeravanja pri pribavljanju materije, tako i davanjem utemeljenih kritika pojedinim stavovima autora. Njegova istančana pravna logika i način razmišljanja, a koji su plod godina iskustva u struci, pomogao je autorima pri argumentiranju vlastitih stavova,

prof. dr. sc. Tamari Ćapeti, koja je autore rada srdačno primila i pronašla vremena za sastanak u iznimno kratkom roku, pri čemu ih je uputila na relevantnu sudsku praksu i ukazala na moguća prijeporna pitanja u njihovim razmišljanjima. Također, profesorica je u više navrata upućivala autore u kojem smjeru da prikupljaju potrebnu građu za određene dijelove rada,

prof. dr. sc. Marku Baretiću, jer je bio spreman izdvojiti svoje vrijeme kako bi autorima pojasnio određene nedoumice vezane uz materiju obveznog prava i dao svoju kritiku na određene stavove, a što je uvelike pomoglo pri konačnom strukturiranju misli i stavova,

prof. Albertu Henkeu, profesoru Pravnog fakulteta Sveučilišta u Milanu (*Giurisprudenza- Universita degli Studi di Milano*) na spremnosti za sastanak s jednim od autora radi obrazlaganja složene materije vezane uz ICSID. Točnije, profesor Henke je u vrlo zanimljivoj diskusiji ukazao autorima na drugačije načine pristupa temi, uputio ih je na bogatu bazu arbitražnih pravorijeka te im pomagao s iznimnim zadovoljstvom, /*Authors of this paper would like to thank to prof. Albert Henke, professor at the Universita degli Studi di Milano- Giurisprudenza for his willingness to meet with one of the authors in the purpose of introduction to the relevant subject regarding ICSID. To be more specific, professor Henke, in a very interesting discussion, pointed out to the authors various possible approaches to the relevant matter, directed them to the very exhaustive database of arbitral awards and did all of that with pleasure./*

Draženu Dujmoviću i cjelokupnom timu Knjižnice Pravnog fakulteta, Odjel knjiga, koji su uvijek bili voljni pomoći autorima u prikupljanju literature i istraživačke građe,

na kraju, autori rada najveću zahvalu upućuju mentoru prof. dr. sc. Siniši Petroviću. Profesor je na samom početku pisanja rada bio spreman pomoći autorima pri odabiru teme. Kroz cijeli proces pisanja profesor je, uvijek u najkraćem roku, dio po dio rada pregledavao i ukazivao na pogreške te upućivao konstruktivne kritike kako bi rad dosegao stupanj izvrsnosti. Kako je kritizirao, tako se nije ni ustručavao zaista srdačno pohvaliti pojedine dijelove što nam je bila potvrda da razmišljamo u dobrom smjeru i davalo nam iznimnu motivaciju. Od važnosti za rad bilo je i što nas je profesor upućivao stručnjacima iz relevantnog područja koji su, zbog njegove preporuke, bili spremni odvojiti vrijeme iz svojeg zatrpanog rasporeda te nam pomoći pri istraživanju. Takav pristup mentora učinio je pisanje rada veoma zanimljivim i iskustvo studiranja bogatijim.

# VII. POPIS LITERATURE

**KNJIGE**

1. Albors-Llorens, A., Judicial Protection before the Court of Justice of the European Union, u: Barnard, C., Peers, C. (ur.), European Union Law, Oxford, 2014.
2. Bahtijarević- Šiber, F. (ur.); Sikavica, P. (ur.), Leksikon menadžmenta, Zagreb, 2001.
3. Baretić M., Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima: s posebnim osvrtom na ugovore banaka i osiguravajućih društava, u: Dika, M., Pogarčić, Z. (ur.), Obveze trgovaca u sustavu zaštite potrošača, Zagreb, 2003.
4. Baretić, M., Zaštita potrošača u Europskoj zajednici, u: Gavella, Nikola i dr. (ur.), Europsko privatno pravo, Zagreb, 2002.
5. Blagojević, B., Krulj, V., Komentar Zakona o obligacionim odnosima I, Beograd, 1983.
6. Chalmers, D., Davies, G., Monti, G., European Union Law, Cambridge, 2014.
7. Čavlek, N., Vukonić, B. (ur.), Rječnik turizma, Zagreb, 2001.
8. Ćapeta, T., Rodin, S., Osnove prava EU, Zagreb, 2011.
9. Gold, J., Legal Effects of Fluctuating Exchange Rates, Washington, 1990.
10. Gorenc, V. (ur.), Rječnik trgovačkog prava, Zagreb, 1997.
11. Gorenc, V., Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2005.
12. Klarić, P., Vedriš, M., Građansko pravo: opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo, Zagreb, 2008.
13. Leko, V. (ur.), Rječnik bankarstva, Zagreb, 1998.
14. Mann, F., A., The Legal Aspect of Money: With Special Reference to Comparative Private and Public International Law, Oxford, 1992.
15. Misita, N., Osnove prava zaštite potrošača Evropske zajednice, Sarajevo, 1997.
16. Miščenić, E., Nepoštene odredbe u ugovorima o kreditu, u: Tomljenović, V., Petrić, S., Mišćenić, E. (ur.), Nepoštene ugovorne odredbe: europski standardi i hrvatska provedba, Rijeka, 2013.
17. Petrić, S., Koncept nepoštenih ugovornih odredbi s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore, u: Tomljenović, V., Petrić, S., Mišćenić, E. (ur.), Nepoštene ugovorne odredbe: europski standardi i hrvatska provedba, Rijeka, 2013.
18. Pezo, V. (ur.), Pravni leksikon, Zagreb, 2007.
19. Rocco, F. (ur.), Rječnik marketinga, Zagreb, 1993.
20. Rosenberg, Lj., Pravo međunarodnih plaćanja, Zagreb, 1972.
21. Rosenn, K., S., Law and Inflation, Philadelphia, 1982.
22. Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004.
23. Vilus, J., Opšti uslovi formularnih ugovora, Beograd, 1976.
24. Vizner, B., Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Zagreb, 1978.
25. Weathrill, S., EC Consumer Law and Policy, London, 1977.
26. Willett, C., Fairness in Consumer Contract: The Case of Unfair Terms, Burlington, 2007.

**ČLANCI**

1. Amon, F., Pojam i funkcija tečaja u valutnim klauzulama, Pravo i porezi, (2), Zagreb, 2000.
2. Babić, D., Pravičan i pošten tretman ulaganja u međunarodnom investicijskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, (1-2), Zagreb, 2012.
3. Baretić, M., Implementacija prava EU o zaštiti potrošača u hrvatsko pravo, u: Giunio, M. (ur.), Pravo u gospodarstvu, (4), Zagreb, 2003.
4. Baretić, M., Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, (1), Rijeka, 2003.
5. Baretić, M., Zaštita potrošača u Europskoj zajednici I. dio, Hrvatska pravna revija, (7), Zagreb, 2002.
6. Baretić, M., Zaštita potrošača u Europskoj zajednici II. dio, Hrvatska pravna revija, (8), Zagreb, 2002.
7. Čehić, D., Pravo zaštite potrošača i načelo savjesnosti i poštenja, Odvjetnik, 3-4, Zagreb, 2009.
8. Ćapeta, T., Interpretativni učinak europskog prava u članstvu i prije članstva u EU, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, (5), Zagreb, 2006.
9. Deković, Ž., Primjena nacionalne referentne kamatne stope u hrvatskom bankarstvu, Računovodstvo i financije, (10), 2015.
10. Eilmansberger, T., Bilateral Investment Treaties and EU Law, Common Market Law Review, (46), 2009.
11. Giunio, M., Novi zakon o obveznim odnosima i kamate u trima kamatnim režimima, Pravo i porezi, Zagreb, (6), Zagreb, 2005.
12. Giunio, M., Ugovorne kamate u režimu staroga i novoga ZOO-a, Hrvatska pravna revija, (11), Zagreb, 2007.
13. Giunio, M., Valutne klauzule i monetarni nominalizam, Zbornik 49. susreta pravnika Opatija, Zagreb, 2011.
14. Gulin, D., Računovodstvo valutne klauzule kao ugrađenog derivativa, Računovodstvo i financije, (5), Zagreb, 2006.
15. Klasiček, D., Zlouporaba prava u građanskom pravu, Pravni vjesnik, (1-2), Osijek, 2006.
16. Misita, N., Uz desetogodišnjicu Direktive 93/13/EEC o nepravičnim ugovornim odredbama, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, (1), Rijeka, 2004.
17. Perović, S., Sloboda uređivanja obveznih odnosa i javni poredak, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, poseban broj, Zagreb, 2006.
18. Poščić, A., Nepoštena klauzula u potrošačkim ugovorima, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, (2)., Split, 2006.
19. Pranjić, S., (Ne)dopuštenost odobravanja kredita u CHF - ugovaranja valutne klauzule u CHF i jednostranog mijenjanja ugovorenog režima upravljanja promjenjljivom kamatnom stopom, Tranzicija, (34), Tuzla, 2014.
20. Radolović, A., Načelo zabrane prouzročenja štete kao (moguće) jamstvo stvarne (realne) naknade štete, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, (1), 2013.
21. Sikirić, H., Javni poredak kao razlog za poništaj pravorijeka, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, (2-3), Zagreb, 2009., str. 225. - 268.
22. Slakoper, Z., Nevaljanost pojedinih odredbi općih uvjeta ugovora s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, (1), Rijeka, 2001.
23. Slakoper, Z., Posebna obilježja novčanih obveza, Hrvatska pravna revija, (2), Zagreb, 2007.
24. Slakoper, Z., Savjesnost i poštenje i zlouporaba prava kod samostalnih i apstraktnih pravnih poslova, Hrvatska pravna revija, (2), Zagreb, 2014.
25. Tepuš, M., Analiza poslovanja stambenih štedionica u Republici Hrvatskoj, dostupno na: http://www.hnb.hr/documents/20182/121903/p-011.pdf/b5205402-ca98-4bb0-a643-6e75ba24d382, 2002.
26. Tomić, A., Eurizacija u Republici Hrvatskoj, dostupno na: http://finance.hr/wp-content/uploads/2009/11/ateurh.pdf, 2009.
27. Vukmir, B., Valutne zaštitne klauzule, Pravo i porezi, (7), Zagreb, 1999.
28. Zollers, F., E., Hurd, S., N., Shears, P., Consumer Protection in the European Union: An Analysis of the Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, vol. 20., Philadelphia, 1999.

**PROPISI I DOKUMENTI**

**Domaći propisi:**

1. Naredba o vođenju nadzorne knjige o tekućim i kapitalnim poslovima s inozemstvom, NN 145/03
2. Odluka o prikupljanju podataka za potrebe sastavljanja platne bilance, stanja inozemnog duga i stanja međunarodnih ulaganja, NN 145/03
3. Ugovor između Republike Hrvatske i Republike Austrije o poticanju i zaštiti ulaganja, NN-MU 19/97
4. Ugovor između Republike Hrvatske i Republike Mađarske o poticanju i zaštiti ulaganja, NN-MU 01/97
5. Ugovor između Vlade Republike Hrvatske i Vlade Francuske Republike o poticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja NN-MU 01/97
6. Ugovor između Vlade Republike Hrvatske i Vlade Republike Italije o poticanju i zaštiti ulaganja NN-MU 04/97
7. Uredba o visini najviših dopuštenih ugovornih kamatnih stopa, NN 153-2673/2004
8. Zakon o arbitraži, NN 88/01
9. Zakon o deviznom poslovanju, NN 96/03
10. Zakon o Hrvatskoj narodnoj banci, NN 36/01
11. Zakon o Hrvatskoj narodnoj banci, NN 75/08
12. Zakon o izmjeni i dopunama Zakona o kreditnim institucijama, NN 102/15
13. Zakon o izmjeni i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju, NN 102/15
14. Zakon o kamatama, NN 94/04
15. Zakon o obveznim odnosima, NN 35/05.
16. Zakon o potvrđiva­nju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživa­nju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica NN MU 14/01
17. Zakon o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima, NN 53/91
18. Zakon o stambenoj štednji i državnom poticanju stambene štednje, NN 109/97
19. Zakon o zaštiti potrošača NN 41/14
20. Zakon o zaštiti potrošača NN 79/07
21. Zakon o zaštiti potrošača, NN 96/03

**Strani propisi:**

1. Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit
2. Direktiva 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. rujna 2002. o trgovanju na daljinu financijskim uslugama koje su namijenjene potrošačima i o izmjeni Direktive Vijeća 90/619/EEZ i direktiva 97/7/EZ i 98/27/EZ
3. Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima
4. Direktiva 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 1997. o zaštiti potrošača s obzirom na sklapanje ugovora na daljinu
5. Treaty establishing the European Community (Consolidated version 2002), Official Journal of the European Communities, vol. 45., 1975. dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:12002E/TXT
6. Treaty on the European Union, Official Journal of the European Union, C 326, vol. 55., 2012., dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2012:326:TOC.
7. Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union, C 326, vol. 55., 2012., dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2012:326:TOC.

**Dokumenti:**

1. Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora, NN-MU 12/93
2. Council Resolution of 14 April 1975 on a preliminary programme of the European Economic Community for a consumer protection and information policy, Official Journal of the European Communities, vol. 18., 1975. str. 2., dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1975:092:FULL&from=HR
3. Izvješće o problematici zaduženja građana kreditima u švicarskim francima i prijedlozima mjera za olakšavanje pozicije dužnika u švicarskim francima temeljem zaključka Odbora za financije i državni proračun Hrvatskog sabora, Hrvatska narodna banka, Zagreb, 2015.
4. Konvencija o rješavanju ulagačkih sporova između država i državljana drugih država, NN-MU 002/1998
5. Laxton, D., Prasad, E., Possible effects of European Monetary Union on Switzerland: A Case Study of Policy Dilemmas Caused by Low Inflation and the Nominal Interest Rate Flows, Working Paper of the International Monetary Fund, Washington, 1997.
6. Preliminary Programme of the European Economic Community for a Consumer Protection and Information Policy, Official Journal of the European Communities, vol. 18., Versailles, 1975. str. 3. et seq., dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/legal content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1975:092:FULL&from=HR
7. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, NN 14/01

**SUDSKA PRAKSA**

**Domaća sudska praksa:**

1. Ogs Zg, 99 P-5222/13-42 od 3. veljače 2015. godine, izvorno
2. Ts Zg, 26.P-1401/2012 od 4. srpnja 2013. godine
3. Ts Zg, P-2157/96 od 14. studenog 1996. godine, izvorno
4. Ustavni sud RH, U-III - 1410/2007 od 13. veljače 2008. godine, izvorno
5. Ustavni sud RH, U-III - 2934/2011 od 23. svibnja 2014. godine, izvorno
6. Ustavni sud RH, U-III - 4082/2010 od 17. veljače 2011. godine, izvorno
7. VSRH, Revt 249/14-2 od 9. travnja 2015. godine, izvorno
8. VTS Zg, 43. Pž-7129/13-4 od 13. lipnja 2014. godine

**Strana sudska praksa:**

1. International Centre for Settlement of Investment Disputes, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania,* ICSID Case No. ARB/05/20
2. Sud EU, presuda Amministrazione delle Finanze v Srl Meridionale Industria Salumi, Fratelli Vasanelli and Fratelli Ultrocchi, Joined cases 66, 127 and 128/79 EU:C:1980:101
3. Sud EU, presuda Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic, Joined cases C-6/90 and C-9/90, EU:C:1991:428
4. Sud EU, presuda Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt, C-26/13, EU:C:2014:282.
5. Sud EU, presuda Bogdan Matei i Ioana Ofelia Matei protiv SC Volksbank România SA, C-143/13, EU:C:2015:127
6. Sud EU, presuda Brasserie du Pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland and The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others, Joined cases C-46/93 and C-48/93, EU:C:1996:79
7. Sud EU, presuda Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), C-484/08, EU:C:2010:309.
8. Sud EU, presuda Commission of the European Communities v Kingdom of Spain, C-154/08, EU:C:2009:695
9. Sud EU, presuda Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV v Administration fiscale néerlandaise, joined cases 28 to 30-62, EU:C:1963:6
10. Sud EU, presuda Flaminio Costa protiv E.N.E.L., C-6/64, EU:C:1964:66
11. Sud EU, presuda Jean-Claude Van Hove protiv CNP Assurances SA, C-96/14, EU:C:2015:262
12. Sud EU, presuda Komisija Europskih zajednica protiv Kraljevine Nizozemske, C-144/99, EU:C:2001:257
13. Sud EU, presuda Maribel Dominguez protiv Centre informatique du Centre Ouest Atlantique i Préfet de la région Centre, C-282/10, EU:C:2012:33
14. Sud EU, presuda Rheinmühlen-Düsseldorf protiv Einfuhr - und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, C-166/73, EU:C:1974:3
15. Sud EU, presuda RWE Vertrieb AG protiv Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV C-92/11, EU:C:2013:180
16. Sud EU, presuda Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen, 14/83, EU:C:1984:153
17. Sud EU, presuda Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministère de la santé, C-283/81, EU:C:1982:335

**OSTALO**

1. http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/51.
2. http://www.mvep.hr/hr/vanjska-politika/bilateralni-odnosi/pregled-bilateralnih medunarodnih-ugovora/italija,53.html.
3. June infringements package: key decisions, IP/15/5198, Brussels, 2015.
4. Priopćenje za tisak – Europska komisija, IP/15/5198, Brisel, 2015.

# 

# VIII. SAŽETAK/SUMMARY

Sažetak

Ivan Branimir Pavičić, Ivan Pižeta

SLUČAJ „FRANAK“ – Analiza slučaja, novi pristup ispitivanju valjanosti ugovora o kreditu i nastavak slučaja pred međunarodnim tijelima

U prvom dijelu rada autori izlažu teorijsku pozadinu dva ključna instituta ugovora o kreditu, čija valjanost je bila ispitivana u slučaju„Franak“: valutna klauzula i promjenjiva kamatna stopa. Drugi dio odnosi se na analizu i sintezu cjelokupnog slučaja „Franak“ kroz tri presude hrvatskih sudova: Trgovački sud u Zagrebu, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske i Vrhovni sud Republike Hrvatske. Posebno je analiziran svaki od dva ključna instituta kroz svaku presudu te su kritizirana upitna stajališta sudova. Svaka kritika stajališta suda potkrjepljena je logičnim argumentom iz relevantnih pravnih propisa, stajalištima drugih sudova i sličnim mišljenjima uglednih pravnih stručnjaka. U trećem dijelu rada, autori predlažu novi pristup ispitivanja valjanosti valutne klauzule temeljem ZOO. Konačno, ističe se kako će slučaj „Franak“ tek dobiti svoj epilog pred međunarodnim pravosudnim tijelima kao posljedica kršenja međunarodnih obveza od strane Republike Hrvatske.

Ključne riječi: valutna klauzula, promjenjiva kamatna stopa, švicarski franak, nepoštene ugovorne odredbe, zlouporaba prava

*Summary*

Ivan Branimir Pavičić, Ivan Pižeta

*The case „Franak“ – Case analysis, new method of questioning the validity of loan contract and sequel of the case before the international authorities*

*In the first part of the paper authors give a theoretical background of the two key institutes in loan contracts, which validity was examined in the case „Franak“: currency clause and variable interest rate. Second part refers to analysis and synthesis of the overall case „Franak“ through three judgements of Croatian courts: Commercial court in Zagreb, High Commercial Court of the Republic of Croatia and Supreme Court of the Republic of Croatia. During the analysis, each of the two key institutes was separately reviewed through every judgement and doubtful opinions of the courts were criticised. Each critique aimed to certain court opinion is supported with logical arguments derived from relevant provisions, opinions from other courts and similar opinions of distinguished legal scholars. In the third part, authors give new and alternative method of questioning the validity of currency clause on the basis of the Croatian Obligations Act. Finally, it is emphasized that case „Franak“ is yet to receive its epilogue before international judicial authorities as a consequence of breaching international obligations of the Republic of Croatia.*

*Keywords: currency clause, variable interest rate, swiss franc, unfair contract terms, misuse of rights*

1. Gulin, D., Računovodstvo valutne klauzule kao ugrađenog derivativa, Računovodstvo i financije, (5), Zagreb, 2006., str. 5-7. [↑](#footnote-ref-1)
2. To je složenica od tal. *valuta* (vrijednost) i lat. *clausula* (zatvaranje). [↑](#footnote-ref-2)
3. Vukmir, B., Valutne zaštitne klauzule, Pravo i porezi, (7), Zagreb, 1999., str. 6. - 12. [↑](#footnote-ref-3)
4. Klarić, P., Vedriš, M., Građansko pravo: opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo, Zagreb, 2008., str. 396. [↑](#footnote-ref-4)
5. Zakon o obveznim odnosima, NN 35/05, čl. 21.: „*Kad obveza ima za činidbu iznos novca, dužnik je dužan isplatiti onaj broj novčanih jedinica na koji obveza glasi, osim kad zakon određuje što drugo.“* [↑](#footnote-ref-5)
6. Slakoper, Z., Posebna obilježja novčanih obveza, Hrvatska pravna revija, (2), Zagreb, 2007., str. 11. *et seq.* [↑](#footnote-ref-6)
7. Kako je činidba objekt obveze, *arg. a cohaerentia* vrijednost činidbe je ujedno i vrijednost obveze. V. više Klarić, Vedriš, *op. cit.* u bilj. 4., str. 90. *et* 383. [↑](#footnote-ref-7)
8. Klarić, Vedriš, *op. cit.* u bilj. 4., str. 396. [↑](#footnote-ref-8)
9. ZOO, čl. 21. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ovisno o elementu uz koji se veže visina obveze, ZOO poznaje više vrsta zaštitnih klauzula: valutne (monetarne), zlatne i robne (indeksna klauzula, klizna skala). V. više ZOO, čl. 22., st. 1., čl. 23. *et* čl. 24. [↑](#footnote-ref-10)
11. Giunio, M., Valutne klauzule i monetarni nominalizam, Zbornik 49. susreta pravnika Opatija, Zagreb, 2011., str. 200.; Bitno je ovdje napomenuti da je u pravnom poretku SFRJ materiju valutne klauzule uređivao savezni Zakon o deviznom poslovanju. Prema navedenom zakonu njena uporaba je bila dopuštena, ali samo u ugovorima između domaćih osoba i stranih fizičkih i pravnih osoba. No, bila je zabranjena u ugovorima između domaćih osoba međusobno, te u ugovorima između građana i stranih osoba kada se takvi ugovori zaključuju na području Jugoslavije. Drugim riječima, ona je bila zabranjena u tzv. domaćim odnosima. Godine 1990. saveznim Zakonom o privremenim mjerama je ukinuta navedena zabrana. Od tada se javlja primjena valutne klauzule i u domaćim odnosima, te je i hrvatska sudska praksa smatra dopuštenom. Iz navedenog proizlazi da je i prije novele iz 1994. godine valutna klauzula bila dopuštena i primjenjivana u domaćim odnosima. No, službeno je u pravni poredak RH uvedena tek navedenom novelom. V. više Rosenberg, Lj., Pravo međunarodnih plaćanja, Zagreb, 1972., str. 79. *et seq.*; Giunio, M., *op.cit.* u bilj. 11., str. 199. [↑](#footnote-ref-11)
12. Amon, F., Pojam i funkcija tečaja u valutnim klauzulama, Pravo i porezi, (2), Zagreb, 2000., str. 28. [↑](#footnote-ref-12)
13. *Arg. ex*. ZOO, čl. 22., st. 1.: *„Dopuštena je odredba ugovora prema kojoj se vrijednost ugovorne obveze u valuti Republike Hrvatske izračunava na temelju cijene zlata ili tečaja valute Republike Hrvatske u odnosu prema stranoj valuti.“* [↑](#footnote-ref-13)
14. Zakon o Hrvatskoj narodnoj banci, NN 75/08, čl. 21., st. 2.; ZOO, čl. 22., st. 3. [↑](#footnote-ref-14)
15. Zakon o stambenoj štednji i državnom poticanju stambene štednje, NN 109/97, čl. 7. [↑](#footnote-ref-15)
16. Tepuš, M., Analiza poslovanja stambenih štedionica u Republici Hrvatskoj, dostupno na: http://www.hnb.hr/documents/20182/121903/p-011.pdf/b5205402-ca98-4bb0-a643-6e75ba24d382 , 2002., str. 1.; Valja istaknuti da je u razdoblju od 31. 12. 1999. do 31. 12. 2000. tada najveća štedionica povećala vrijednost ugovorene štednje čak devet puta. [↑](#footnote-ref-16)
17. Tomić, A., Eurizacija u Republici Hrvatskoj, dostupno na: http://finance.hr/wp-content/uploads/2009/11/ateurh.pdf, 2009., str. 8. [↑](#footnote-ref-17)
18. V. više Rosenberg, Lj., *op.cit.* u bilj. 11., str. 65. *et seq*.; Tako Rosenberg kao podvrste valutne klauzule navodi: klauzulu garancije kursa (tečaja), klauzulu obračunske valute, te klauzulu izbora više valuta i više mjesta plaćanja. [↑](#footnote-ref-18)
19. Npr. ako vrijednost kune padne za 10% (pa je potrebno izdvojiti više novčanih jedinica HRK za isti iznos CHF), povećat će se i ugovorena glavnica za 10%, i obrnuto. Bitno je primijetiti da vrijednost novčane obveze ostaje nepromijenjena, jer se za povećani iznos kuna može dobiti isti iznos franaka kao i u trenutku sklapanja ugovora. [↑](#footnote-ref-19)
20. Rosenberg, Lj., *op. cit*. u bilj. 11., str. 67. [↑](#footnote-ref-20)
21. V. više Klarić, Vedriš, *op.cit.* u bilj. 4., str. 92. *et* 143.; ZOO, čl. 270., st.1. [↑](#footnote-ref-21)
22. Prema čl. 12. st. 2. ZOO, u trgovačkim ugovorima se primjenjuju i trgovački običaji koje trgovci redovito primjenjuju u istim takvim odnosima, ako nije izrijekom ili prešutno isključena njihova primjena. To znači da će se takav običaj primijeniti i kada nije izričito ugovorena njegova primjena, naravno pod uvjetom da primjena istoga nije isključena. Ukoliko bi postojao takav običaj, a prema kojemu se redovito primjenjuje neki tečaj u trgovačkim ugovorima, onda bi primjenom navedenog običaja bio riješen propust ugovornih strana. [↑](#footnote-ref-22)
23. Prema čl. 12. st. 4. ZOO, u ove dvije vrste ugovora nije moguća gore navedena situacija, osim u slučaju ako se izrijekom ugovori primjena običaja ili ako zakon propisuje njihovu primjenu. Kako u konkretnom slučaju valutne klauzule zakon ne propisuje primjenu običaja, ako stranke ne ugovore primjenu odgovarajućeg običaja propust ugovornih strana u pogledu tečaja se ne bi mogao sanirati. [↑](#footnote-ref-23)
24. ZOO, čl. 22., st. 2.: *„U tom slučaju, ako strane nisu ugovorile drugi tečaj, obveza se ispunjava u valuti Republike Hrvatske prema prodajnom tečaju koji objavi devizna burza, odnosno Hrvatska narodna banka i koji vrijedi na dan dospjelosti, odnosno, po zahtjevu vjerovnika, na dan plaćanja.“* Bitno je napomenuti da iako ZOO spominje prodajni tečaj relevantan ponajprije na deviznoj burzi, navedeni pojam je relikt iz čl. 12. Zakona o osnovama deviznog sustava iz 1991. godine, a kojim je bila predviđena mogućnost osnivanja iste. Ova mogućnost je napuštena u Zakonu o deviznom poslovanju iz 2003. godine, tako da je relevantan tečaj HNB- a. [↑](#footnote-ref-24)
25. Rosenberg, Lj., *op. cit.* u bilj. 11., str. 58. [↑](#footnote-ref-25)
26. Radi se o sljedećim bankama, i to redom: Zagrebačka banka, PBZ, Erste bank, Raiffeisenbank Austria, Hypo Alpe-Adria-Bank, OTP banka, Societe generale- Splitska banka i Sberbank. [↑](#footnote-ref-26)
27. Trgovački sud u Zagrebu, 26.P-1401/2012 od 4. srpnja 2013. godine, izvorno [↑](#footnote-ref-27)
28. Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, 43. Pž-7129/13-4 od 13. lipnja 2014. godine, izvorno [↑](#footnote-ref-28)
29. Pezo, V. (ur.), Pravni leksikon, Zagreb, 2007., str. 555. [↑](#footnote-ref-29)
30. Klarić, Vedriš, *op.cit.* u bilj.4., str. 398. [↑](#footnote-ref-30)
31. Uz odgovarajuću iznimku kod trgovačkog ugovora o zajmu. V. više ZOO, čl. 500. [↑](#footnote-ref-31)
32. Giunio, M., Ugovorne kamate u režimu staroga i novoga ZOO-a, Hrvatska pravna revija, (11), Zagreb, 2007., str. 34.; Naime, autor navodi da definicija kamata u smislu naknade za korištenje tuđih zamjenjivih stvari ne odgovara svim vrstama kamata. Pritom kao primjer navodi *zatezne* kamate koje imaju odštetnu i kaznenu funkciju. [↑](#footnote-ref-32)
33. *Ibid.,* str. 34. [↑](#footnote-ref-33)
34. *Ibid.* [↑](#footnote-ref-34)
35. Bahtijarević- Šiber, F., Sikavica, P. (ur.), Leksikon menadžmenta, Zagreb, 2001., str. 198. [↑](#footnote-ref-35)
36. Pojam ugovorne kamate kao „cijene“ novca definiraju i domaći autori.; V. više Giunio, M., Novi zakon o obveznim odnosima i kamate u trima kamatnim režimima, Pravo i porezi, (6), Zagreb, 2005., str. 23. [↑](#footnote-ref-36)
37. U tom razdoblju su najveće domaće poslovne banke odobravale potrošačke kredite sa spornim odredbama o promjenjivim kamatnim stopama. Također, navedeno razdoblje je obuhvaćeno tužbom saveza „Potrošač“. [↑](#footnote-ref-37)
38. Različiti propisi su uređivali kamatnu problematiku u pojedinim kamatno-normativnim razdobljima. Kako se kreditno razdoblje preklapa sa različitim kamatno-normativnim razdobljima, autori su kreditno razdoblje podijelili u tri dijela radi lakšeg praćenja koji su propisi bili na snazi. [↑](#footnote-ref-38)
39. Zakon o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima, NN 53/91 [↑](#footnote-ref-39)
40. ZOO/91, čl. 399. [↑](#footnote-ref-40)
41. Zakon o kamatama, NN 94/04; Naime, Zakon u čl. 1. st. 3. navodi da se njime određuju najviše dopuštene stope ugovorne kamate u novčanim obvezama između pravnih, te pravnih i fizičkih osoba koje stupaju u vjerovničko-dužničke odnose. [↑](#footnote-ref-41)
42. ZOK, čl. 5. [↑](#footnote-ref-42)
43. Uredba o visini najviših dopuštenih ugovornih kamatnih stopa, NN 153-2673/2004 [↑](#footnote-ref-43)
44. V. više ZOO, čl. 1165. [↑](#footnote-ref-44)
45. U kontekstu ugovornih kamata relevantne su odredbe čl. 5 *et* 6. ZOK o najvišoj dopuštenoj stopi ugovornih kamata. Iste su bile derogirane odredbama čl. 26. st. 1. - 3. ZOO, a koje su stupile na snagu tek 1. siječnja 2008. godine. [↑](#footnote-ref-45)
46. ZOO, čl. 26., st. 1.: *„Stopa ugovornih kamata između osoba od kojih barem jedna nije trgovac ne može biti viša od stope zakonskih zateznih kamata koja je vrijedila na dan sklapanja ugovora, odnosno na dan promjene ugovorne kamatne stope, ako je ugovorena promjenjiva kamatna stopa.“*; Inače, ovo je jedina odredba ZOO koja spominje pojam promjenjive kamatne stope. [↑](#footnote-ref-46)
47. V. više ZOO/91, čl. 399.; ZOK, čl. 5.; ZOO čl. 26. [↑](#footnote-ref-47)
48. V. više ZOO/91, čl. 10.; ZOO, čl. 2. [↑](#footnote-ref-48)
49. *Arg. ex.* ZOO, čl. 1021. [↑](#footnote-ref-49)
50. Parametri mogu biti različiti, tako npr. referentne kamatne stope, indeks potrošačkih cijena, premija na kreditni rizik zemlje (CDS) i sl. O parametrima će biti više riječi u daljnjim izlaganjima. [↑](#footnote-ref-50)
51. Neke od referentnih stopa jesu LIBOR, EURIBOR, itd.; V. više Gorenc, V. (ur.), Rječnik trgovačkog prava, Zagreb, 1997., str. 120. [↑](#footnote-ref-51)
52. Banke se zadužuju kod drugih banaka ili radi ostvarivanja novčanih sredstava potrebnih za obavljanje kreditnih poslova ili za likvidnost.; V. više Leko, V. (ur.), Rječnik bankarstva, Zagreb, 1998., str. 302. [↑](#footnote-ref-52)
53. Deković, Ž., Primjena nacionalne referentne kamatne stope u hrvatskom bankarstvu, Računovodstvo i financije, (10), Zagreb, 2015., str. 209. [↑](#footnote-ref-53)
54. V. više ZOO, čl. 272.; Klarić, Vedriš, *op.cit.* u bilj. 4., str. 146. [↑](#footnote-ref-54)
55. Tipski ugovori su takvi ugovori čiji je sadržaj, izuzev bitnih elemenata, unaprijed pripremljen od strane jednog ugovaratelja, te ih on nudi svojim suugovarateljima u obliku standardiziranog obrasca. O pojedinim odredbama takvog ugovora moguće je pojedinačno pregovarati, te na taj način odstupiti od ponuđenih uvjeta. Od navedenih treba razlikovati tzv. adhezijske ugovore (*take it or leave it*) koji su također unaprijed pripremljeni uvjeti ugovora na standardiziranom obrascu, ali kod kojih ne postoji mogućnost izmjene ponuđenih uvjeta. [↑](#footnote-ref-55)
56. Misli se na gore navedeno razdoblje potrošačkog kreditiranja od 1.1. 2004. godine do 31.12. 2008. godine. [↑](#footnote-ref-56)
57. Ukupan broj izdanih kredita s valutnom klauzulom u CHF bio je 73 700, a prosječna vrijednost svakog kredita iznosila je 82 000 CHF. Prema tečaju CHF i HRK prije aprecijacije CHF (1.10.2008.) to bi bilo oko 27,2 milijardi HRK, a dana (1.4.2016.) iznosilo bi približno 41,5 milijardi HRK. Pritom treba imati na umu da je 90% tih kredita izdano u razdoblju od 2004. - 2007. godine koje je relevantno za slučaj „Franak“. Na kraju 2014. godine iznos neotplaćene glavnice kredita s valutnom klauzulom u CHF bio je 20,2 milijardi HRK.; V. više

    Izvješće o problematici zaduženja građana kreditima u švicarskim francima i prijedlozima mjera za olakšavanje pozicije dužnika u švicarskim francima temeljem zaključka Odbora za financije i državni proračun Hrvatskog sabora, Hrvatska narodna banka, Zagreb, 2015., str. 9. *et seq*. [↑](#footnote-ref-57)
58. Zakon o zaštiti potrošača NN 96/03; Zakon o zaštiti potrošača NN 79/07. [↑](#footnote-ref-58)
59. Klarić, Vedriš, *op. cit.* u bilj. 4., str. 8. [↑](#footnote-ref-59)
60. ZOO, čl. 2.: „*Sudionici u prometu slobodno uređuju obvezne odnose, a ne mogu ih uređivati suprotno Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima i moralu društva.*“ [↑](#footnote-ref-60)
61. Standardizirani ugovori unaprijed formulirani od strane trgovca spadaju pod sklapanje ugovora pristupanjem (adhezija). Pritom se takav ugovor smatra pravnim poslom koji nastaje tako što jedna ugovorna strana prihvati već unaprijed utvrđene i objavljene uvjete poslovanja drugog ugovaratelja. ZOO se koristi terminom „opći uvjeti ugovora.“; V. više Klarić, Vedriš, *op. cit.* u bilj. 4., str. 406. *et seq.* [↑](#footnote-ref-61)
62. Čehić, D., Pravo zaštite potrošača i načelo savjesnosti i poštenja, Odvjetnik, (3-4)., Zagreb, 2009., str. 32. [↑](#footnote-ref-62)
63. Postoji stav kako je načelo autonomije stranaka u potrošačkim ugovorima, s obzirom na današnje uvjete tržišta, samo mit. V. više Weathrill, S., EC Consumer Law and Policy, London, 1977., str. 77. [↑](#footnote-ref-63)
64. „*Potrošački ugovor je onaj koji naravna (fizička) osoba kao kupac sklapa, izvan svoje gospodarske ili profesionalne djelatnosti s naravnom ili pravnom osobom koja, kao prodavatelj, djeluje u okviru svoje gospodarske ili profesionalne djelatnosti.*“; V. više Klarić, Vedriš, *op. cit.* u bilj. 4., str. 417. [↑](#footnote-ref-64)
65. Čehić, D., *op. cit.* u bilj. 62., str. 32. [↑](#footnote-ref-65)
66. „Čitavo pravo zaštite potrošača počiva upravo na ideji zaštite potrošača kao slabijeg partnera na tržištu.“; V. više Baretić M., Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima: s posebnim osvrtom na ugovore banaka i osiguravajućih društava, u: Dika, M., Pogarčić, Z. (ur.), Obveze trgovaca u sustavu zaštite potrošača, Zagreb, 2003., str. 71. [↑](#footnote-ref-66)
67. Zanimljivo je teoretsko obrazlaganje koje u sukob stavlja načelo autonomije te poštenost ugovornih odredaba. V. više Willett, C., Fairness in Consumer Contract: The Case of Unfair Terms, Burlington, 2007., str. 17. *et seq.* [↑](#footnote-ref-67)
68. Poščić, A., Nepoštena klauzula u potrošačkim ugovorima, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, (2), Split, 2006., str. 167. [↑](#footnote-ref-68)
69. ZZP/03, glava „Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima“, čl. 81. - 88. [↑](#footnote-ref-69)
70. ZZP/07, glava „Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima“, čl. 96. - 106. [↑](#footnote-ref-70)
71. Čehić, D., *op. cit.* u bilj. 62., str. 34. *et* 35. [↑](#footnote-ref-71)
72. Zakon o zaštiti potrošača NN 41/14, glava „Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima“, čl. 49. - 56. [↑](#footnote-ref-72)
73. Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 66., str. 75. [↑](#footnote-ref-73)
74. ZZP/03, čl. 84. st. 1. [↑](#footnote-ref-74)
75. Direktiva (smjernica) je jedan od pravnih akata tijela EU koja obvezuje države članice s obzirom na cilj koji se želi njome postići. Države članice mogu same izabrati oblik i metodu implementacije direktive radi postizanja njenog cilja. V. više Chalmers, D., Davies, G., Monti, G., European Union Law, Cambridge, 2014., str. 111. *et seq.* [↑](#footnote-ref-75)
76. Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 66., str. 57. *et* 58. [↑](#footnote-ref-76)
77. ZZP/03, čl. 81., st. 1.: „*Ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo smatra se nepoštenom ako, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, uzrokuje značajnu neravnotežu u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu potrošača.“* [↑](#footnote-ref-77)
78. Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima, čl. 3., st. 1.: „U*govorna odredba o kojoj se nisu vodili pojedinačni pregovori smatra se nepoštenom ako u suprotnosti s uvjetom o dobroj vjeri, na štetu potrošača prouzroči znatniju neravnotežu u pravima i obvezama stranaka, proizašlih iz ugovora*.“ [↑](#footnote-ref-78)
79. Poščić, A., *op. cit.* u bilj. 68., str. 167. *et* 168. [↑](#footnote-ref-79)
80. Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 66., str. 75. *et seq.* [↑](#footnote-ref-80)
81. Zanimljivo je stajalište Lorda Denninga izraženo u presudi *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd.* o upoznavanju potrošača s odredbom ugovora ovisno o njenoj važnosti i značaju za ugovor. V. više Court of Appeal, *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd.*, 1971., t. 169., prema Poščić, A., *op. cit.* u bilj. 68., str. 167. *et seq.* [↑](#footnote-ref-81)
82. Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 66., str. 69. *et* 71. [↑](#footnote-ref-82)
83. Misita, N., Osnove prava zaštite potrošača Evropske zajednice, Sarajevo, 1997., str. 266. [↑](#footnote-ref-83)
84. Poščić, A., *op. cit.* u bilj. 68., str. 170. [↑](#footnote-ref-84)
85. ZZP/03, čl. 81. st. 2.: „*Smatra se da se o pojedinoj ugovornoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo ako je ta odredba bila unaprijed formulirana od strane trgovca te zbog toga potrošač nije imao utjecaja na njezin sadržaj, poglavito ako se radi o odredbi unaprijed formuliranoga standardnog ugovora trgovca*.“ [↑](#footnote-ref-85)
86. V. više Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 66., str. 70. [↑](#footnote-ref-86)
87. Zakonske presumpcije ili predmnjeve jesu pravne činjenice koje se smatraju dokazanim dok se ne dokaže suprotno. Dijele se na oborive presumpcije (lat. *praesumptio juris tantum*) i neoborive (lat. *praesumptio juris et de jure*). Oborive presumpcije jesu one kod kojih se može dokazivati suprotno od onoga što se predmnjeva. U propisima se za oborive presumpcije obično koristi izraz „smatra se.“ V. više Klarić, Vedriš, *op. cit.* u bilj. 4., str. 30. [↑](#footnote-ref-87)
88. V. više Poščić, A., *op. cit.* u bilj. 68., str. 171.; Dodatna zaštita potrošača prebacivanjem tereta dokaza na trgovca prisutna je i u drugim direktivama prava EU. Tako: *Direktiva 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 1997. o zaštiti potrošača s obzirom na sklapanje ugovora na daljinu* i *Direktiva 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. rujna 2002. o trgovanju na daljinu financijskim uslugama koje su namijenjene potrošačima i o izmjeni Direktive Vijeća 90/619/EEZ i direktiva 97/7/EZ i 98/27/EZ*. V. više Baretić, M., Implementacija prava EU o zaštiti potrošača u hrvatsko pravo, u: Giunio, M. (ur.), Pravo u gospodarstvu, (4), Zagreb, 2003., str. 240. [↑](#footnote-ref-88)
89. V. više Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 66., str. 76. *et seq.* [↑](#footnote-ref-89)
90. V. više Petrić, S., Koncept nepoštenih ugovornih odredbi s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore, u: Tomljenović, V., Petrić, S., Mišćenić, E. (ur.), Nepoštene ugovorne odredbe: europski standardi i hrvatska provedba, Rijeka, 2013., str. 45. *et* 46.; O sudskoj praksi v. više Poščić, A., *op. cit.* u bilj. 68., str. 176. *et seq.* [↑](#footnote-ref-90)
91. ZOO, čl. 4., st. 1.: „U zasnivanju obveznih odnosa i ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa sudionici su dužni pridržavati se načela savjesnosti i poštenja.“; V. više Klarić, Vedriš, *op. cit.* u bilj. 4., str. 380. [↑](#footnote-ref-91)
92. Baretić, M., Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, (1), Rijeka, 2003., str. 579. *et seq.* [↑](#footnote-ref-92)
93. *Ibid.*, str. 594. - 602. [↑](#footnote-ref-93)
94. Važno je napomenuti kako Direktiva 93/13 ne spominje načelo savjesnosti i poštenja već „uvjet dobre vjere“ (eng. *requirement of good faith*). Ipak, radi se o istom načelu, a hrvatski zakonodavac odlučio se za naziv načelo savjesnosti i poštenja. Također, isto načelo postoji u drugim pravnim porecima pod drugačijim nazivljem. V. više Baretić, M., Zaštita potrošača u Europskoj zajednici, u: Gavella, Nikola i dr. (ur.), Europsko privatno pravo, Zagreb, 2002., str. 169.; Poščić, A., *op. cit.* u bilj. 68., str. 180. *et seq.* [↑](#footnote-ref-94)
95. Direktive 93/13, Preambula toč. 16. [↑](#footnote-ref-95)
96. Radi jednostavnijeg izlaganja materije, autori ovoga rada u daljnjem izlaganju koristit će naziv *test nepoštenosti*. V. više Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 66., str. 80. [↑](#footnote-ref-96)
97. U čl. 82., st. 1. ZZP/03 iscrpno je navedeno 19 različitih odredaba koje se smatraju nepoštenim odredbama. [↑](#footnote-ref-97)
98. V. više Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 66., str. 79. *et seq.* [↑](#footnote-ref-98)
99. Poščić, A., *op. cit.* u bilj. 68., str. 168.; Petrić, S., *op. cit.* u bilj. 90., str. 52. [↑](#footnote-ref-99)
100. Direktiva 93/13, čl. 3., st. 3.: „*Prilog sadrži indikativan i netaksativan popis odredaba koje se mogu smatrati nepoštenima.*“ [↑](#footnote-ref-100)
101. Pri implementaciji Direktive 93/13 u svoj pravni poredak, države članice mogu propisati jaču zaštitu potrošača i tako utvrditi crnu listu nepoštenih odredaba. To su učinile Austrija, Španjolska, Belgija, Luxemburg i Grčka. V. više Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 66., str. 79. [↑](#footnote-ref-101)
102. ZZP/03, čl. 83.: „*Prilikom ocjene je li određena ugovorna odredba poštena uzimat će se u obzir narav robe ili usluge koji predstavljaju predmet ugovora, sve okolnosti prije i prilikom sklapanja ugovora, ostale ugovorne odredbe, kao i neki drugi ugovor koji, u odnosu na ugovor koji se ocjenjuje, predstavlja glavni ugovor.*“ [↑](#footnote-ref-102)
103. Direktiva 93/13, čl. 4. st. 1.: „*Ne dovodeći u pitanje članak 7., nepoštenost ugovorne odredbe procjenjuje se tako da se u obzir uzimaju priroda robe ili usluga na koje se ugovor odnosi u vrijeme kada je ugovor sklopljen, sve popratne okolnosti sklapanja ugovora i sve ostale odredbe tog ugovora ili nekog drugog ugovora o kojem on ovisi.*“ [↑](#footnote-ref-103)
104. Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 66., str. 80. [↑](#footnote-ref-104)
105. Direktiva 93/13, čl. 6., st. 1.: „*Države članice utvrđuju da u ugovoru koji je prodavatelj robe ili pružatelj usluge sklopio s potrošačem prema nacionalnom pravu nepoštene odredbe nisu obvezujuće za potrošača, a da ugovor u tim uvjetima i dalje obvezuje stranke ako je u stanju nastaviti važiti i bez tih nepoštenih odredaba.*“ [↑](#footnote-ref-105)
106. V. više Misita, N., Uz desetogodišnjicu Direktive 93/13/EEC o nepravičnim ugovornim odredbama, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, (1) Rijeka, 2004., str. 40 *et seq.*; Slakoper, Z., Nevaljanost pojedinih odredbi općih uvjeta ugovora s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, (1) Rijeka, 2001., str. 193. *et* 194. [↑](#footnote-ref-106)
107. ZZP/03, čl 87.: „*(1) Nepoštena ugovorna odredba je ništava. (2) Ništavost pojedine odredbe ugovora ne povlači ništavost i samog ugovora ako on može opstati bez ništave odredbe.*“ [↑](#footnote-ref-107)
108. Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 66., str. 84. *et* 85.; Isto rješenje zadržano je u ZZP/07 i ZZP/14. [↑](#footnote-ref-108)
109. ZZP/03, čl. 84., st. 1.: „*Nije dopušteno ocjenjivati jesu li poštene ugovorne odredbe o predmetu ugovora i cijeni ako su te odredbe jasne, lako razumljive i lako uočljive.*“ [↑](#footnote-ref-109)
110. Petrić, S., *op. cit.* u bilj. 90., str. 58. *et seq.* [↑](#footnote-ref-110)
111. O načelu transparentnosti v. više Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 88., str. 225. - 226. *et* 236. - 237. [↑](#footnote-ref-111)
112. Usporedbom čl. 84., st. 1. ZZP/03 te čl. 5., st. 1. Direktive 93/13 jasno je da je hrvatski zakonodavac proširio nedopuštenost ocjene poštenosti odredaba o cijeni i predmetu ugovora ubacujući riječ „uočljive“ pored zahtjeva da odredbe budu jasne i razumljive. [↑](#footnote-ref-112)
113. Misita, N., *op. cit.* u bilj. 106., str. 38. *et seq.* [↑](#footnote-ref-113)
114. *Council Resolution of 14 April 1975 on a preliminary programme of the European Economic Community for a consumer protection and information policy*, Official Journal of the European Communities, vol. 18., Versailles, 1975., str. 2., dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1975:092:FULL&from=HR. [↑](#footnote-ref-114)
115. *Preliminary Programme of the European Economic Community for a Consumer Protection and Information Policy*, Official Journal of the European Communities, vol. 18., Versailles, 1975., str. 3. *et seq.*, dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1975:092:FULL&from=HR;O cijelom postupku donošenja Preliminarnog programa, Rezolucije iz 1975. godine te daljnjem razvoju prava zaštite u EU v. više Zollers, F., E., Hurd, S., N., Shears, P., Consumer Protection in the European Union: An Analysis of the Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, vol. 20., Philadelphia, 1999., str. 98. *et seq.*; Baretić, M., Zaštita potrošača u Europskoj zajednici I. dio, Hrvatska pravna revija, (7), Zagreb, 2002., str. 2. *et seq.* [↑](#footnote-ref-115)
116. Pravo potrošača na obavijest je jedan od pojavnih oblika načela transparentnosti. V. više Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 88., str. 226. [↑](#footnote-ref-116)
117. *Preliminary Programme of the European Economic Community for a Consumer Protection and Information Policy*, toč. 34.: „*Sufficient information should be made available to the purchaser of goods or services to enable him to:*

     *- assess the basic features of the goods and services offered such as the nature, quality, quantity and price;*

     *- make a rational choice between competing products and services;*

     *- use these products and services safely and to his satisfaction;*

     *- claim redress for any injury or damage resulting from the product supplied or service received.*“ [↑](#footnote-ref-117)
118. Tako Baretić, M., Zaštita potrošača u Europskoj zajednici II. dio, Hrvatska pravna revija, (8), Zagreb, 2002., str. 11. [↑](#footnote-ref-118)
119. *Nota bene* u nekim direktivama spominje se dužnost trgovca na obavijest, a u nekima pravo potrošača na obavijest. Riječ je o istom pojmu sagledanog s dvije različite strane, trgovca ili potrošača. Neke od Direktiva jesu: *Direktiva 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 1997. o zaštiti potrošača s obzirom na sklapanje ugovora na daljinu, Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit*, itd.; V. više Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 88., str. 236. *et seq.* [↑](#footnote-ref-119)
120. Prethodno pitanje (eng. *Preliminary reference*) je instrument kojim se nacionalni sud države članice ima pravo, ali u određenim situacijama i dužnost, poslužiti. Prethodnim pitanjem nacionalni sud traži od Suda EU da interpretira ili ocijeni valjanost određenog propisa prava EU relevantnog za slučaj pred nacionalnim sudom. V. više Albors-Llorens, A., Judicial Protection before the Court of Justice of the European Union, u: Barnard, C., Peers, C. (ur.), European Union Law, Oxford, 2014., str. 284. *et seq.* [↑](#footnote-ref-120)
121. Za nacionalne sudove država članica postoji obveza tumačenja domaćih propisa u skladu s ciljem i svrhom pojedine direktive. Ta obveza proizlazi iz čl. 249. st. 3. Ugovora o osnivanju Europske zajednice (pročišćena verzija iz Nice), a potvrđena je u presudi C-144/99 Suda EU V. više *Treaty establishing the European Community (Consolidated version 2002)*, Official Journal of the European Communities, vol. 45., 1975., dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:12002E/TXT; Sud EU, presuda Komisija Europskih zajednica protiv Kraljevine Nizozemske, C-144/99, EU:C:2001:257. [↑](#footnote-ref-121)
122. Republika Hrvatska postala je članicom Europske unije 1. srpnja 2013. godine. [↑](#footnote-ref-122)
123. Isto vrijedi i za druge odredbe ZZP/03, a ne samo čl. 81. i čl. 82. ZZP/03 kojima se na općenit i konkretan način određuje pojam nepoštenih odredaba u potrošačkim ugovorima. Tako npr. odredba kojom se propisuje nedopuštenost ocjene poštenosti pojedinih odredaba (čl. 84.), odredba o okolnostima koje se uzimaju u obzir pri ocjeni poštenosti (čl. 83.), odredba o posljedicama nepoštenosti ugovornih odredaba (čl. 87.). [↑](#footnote-ref-123)
124. O razvoju prava zaštite potrošača u okviru zakonodavne djelatnosti tijela EU i važnosti zaštite potrošača za stvaranje i funkcioniranje zajedničkog tržišta kao prvenstvenog cilja EU v. više. Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 118., str. 15. *et seq.*; Misita, N., *op. cit.* u bilj. 106., str. 22. *et seq.* [↑](#footnote-ref-124)
125. V. više Petrić, S., *op. cit.* u bilj. 90., str. 28. *et seq.* [↑](#footnote-ref-125)
126. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, NN 14/01 str. 5. - 48. [↑](#footnote-ref-126)
127. Zakon o potvrđiva­nju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživa­nju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, NN MU 14/01. [↑](#footnote-ref-127)
128. SSP, čl. 1., st. 2.: „*Ciljevi su ovoga pridruživanja:..., poduprijeti napore Hrvatske u razvijanju gospodarske i međunarodne suradnje, među ostalim, i usklađivanjem njezina zakonodavstva sa zakonodavstvom Zajednice,...*“ [↑](#footnote-ref-128)
129. SSP, čl. 74., st. 2.: „*U tu će svrhu i u njihovu zajedničkom interesu stranke poticati i osigurati: usklađivanje zakonodavstva i prilagođavanje zaštite potrošača u Hrvatskoj zaštiti koja je na snazi u Zajednici; politiku aktivne zaštite potrošača, uključujući veću informiranost i razvoj neovisnih organizacija; učinkovitu pravnu zaštitu potrošača radi poboljšanja kakvoće potrošačke robe i održavanja odgovarajućih sigurnosnih standarda.*“ [↑](#footnote-ref-129)
130. Republika Hrvatska je tu obvezu velikim dijelom i ispunila 2003. godine donošenjem ZZP/03. V. više Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 66., str. 57. *et seq.* [↑](#footnote-ref-130)
131. *Treaty establishing the European Community (Consolidated version 2002)*, , Official Journal of the European Communities, vol. 45., 1975., dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:12002E/TXT. [↑](#footnote-ref-131)
132. Tako Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 66., str. 59. *et seq.* [↑](#footnote-ref-132)
133. Takvo mišljenje autora rada može se potrkjepiti sličnim mišljenjima pravnih stručnjaka u doktrini. Tako Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 66., str. 60. [↑](#footnote-ref-133)
134. VSRH, Revt 249/14-2 od 9. travnja 2015. godine, izvorno, str. 23.; Ustavni sud RH, U-III - 1410/2007 od 13. veljače 2008. godine, izvorno, str. 4.; Ustavni sud RH, U-III - 4082/2010 od 17. veljače 2011. godine, izvorno, str. 4.; Ustavni sud RH, U-III - 2934/2011 od 23. svibnja 2014. godine, izvorno, str. 5.; O političkoj i pravnoj obvezi interpretativnog učinka prava EU i mogućoj odgovornosti države za kršenje prava EU v. više Ćapeta, T., Interpretativni učinak europskog prava u članstvu i prije članstva u EU, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, (5), Zagreb, 2006., str. 1475. *et seq.* [↑](#footnote-ref-134)
135. Ts Zg, 26.P-1401/2012 od 04. srpnja 2013. godine, izvorno, str. 168. [↑](#footnote-ref-135)
136. Bitno je napomenuti da su neke banke nudile potrošačima valutnu klauzulu kojom se glavnica vezala uz tečaj valute EUR, ali to je tada bio drugi ugovor s drugačijim ostalim ugovornim odredbama. Drugim riječima, tada je to predstavljalo drugi bankarski „proizvod“, a ne mogućnost potrošača da izmjeni sadržaj ugovorne odredbe o valutnoj klauzuli kojom se glavnica vezala za CHF. V. više Ts Zg, 26.P-1401/2012 od 04. srpnja 2013. godine, izvorno, str. 97. *et* 104. [↑](#footnote-ref-136)
137. ZZP/03, čl. 81., st. 4.: „*Ako trgovac tvrdi da se o pojedinoj ugovornoj odredbi u unaprijed sastavljenom standardnom ugovoru pojedinačno pregovaralo, dužan je to dokazati.*“ [↑](#footnote-ref-137)
138. Prema odredbi čl. 81., st. 2. ZZP/03 smatra se da se o ugovornim odredbama nije pojedinačno pregovaralo ako je riječ o unaprijed formuliranom standardnom ugovoru trgovca. Naravno, trgovac može dokazati suprotno, da se ipak pojedinačno pregovaralo o ugovornoj odredbi. Dakle, teret dokaza je na trgovcu, odnosno tuženim bankama. Banke nisu uspjele dokazati suprotno. V. više Ts Zg, 26.P-1401/2012 od 04. srpnja 2013. godine, izvorno, str. 170. *et* 175. [↑](#footnote-ref-138)
139. Ts Zg, 26.P-1401/2012 od 04. srpnja 2013. godine, izvorno, str. 175. [↑](#footnote-ref-139)
140. *Ibid.*, str. 138. *et* 145. [↑](#footnote-ref-140)
141. *Ibid.*, str. 151. [↑](#footnote-ref-141)
142. *Ibid.*, str. 173. [↑](#footnote-ref-142)
143. Drugi naziv za pojam *duty of disclosure* jest tzv. zavaravajuća poslovna praksa što je bilo uređeno tek ZZP/07. Trgovački sud je utvrdio kako je pojam zavaravajuće poslovne prakse zapravo zakonska konkretizacija načela savjesnosti i poštenja, a samim time i pojma *duty of disclosure*. Stoga, ono što spada pod pojam zavaravajuće poslovne prakse može se primijeniti i na pravne odnose prije stupanja na snagu ZZP/07.; V. više Ts Zg, 26.P-1401/2012 od 04. srpnja 2013. godine, izvorno, str. 171. *et seq*. [↑](#footnote-ref-143)
144. *Preliminary Programme of the European Economic Community for a Consumer Protection and Information Policy*, *op. cit.* u bilj. 115., toč. 3. [↑](#footnote-ref-144)
145. *Preliminary Programme of the European Economic Community for a Consumer Protection and Information Policy*, *op. cit.* u bilj. 115., toč. 34. [↑](#footnote-ref-145)
146. Ts Zg, 26.P-1401/2012 od 04. srpnja 2013. godine, izvorno, str. 171. [↑](#footnote-ref-146)
147. Plivajući tečaj (engl. *floating exchange rate*, njem. *flexibler Wechselkurs*) je flotirajući, fleksibilni ili slobodni tečaj, oblikuje se na tržištu na osnovi djelovanja mehanizma ponude i potražnje koji formira njegovu realnu cijenu.; V. više Leko, V. (ur.), *op.cit.* u bilj. 52., str. 405. [↑](#footnote-ref-147)
148. Gold, J., Legal Effects of Fluctuating Exchange Rates, Washington, 1990., str. 31. *et seq*. [↑](#footnote-ref-148)
149. Prije sustava „plivajućih“ tečajeva, prisutan je bio tzv. Bretton Woods „par value“ sustav u kojem je tečaj valute bio vezan za neki drugi standard koji je najčešće bio zlato, ali mogla je biti i druga valuta. No, bitno je obilježje tog sustava bilo da je taj drugi standard, uz koji se vezao tečaj valute, zadržavao svoju vrijednost intervencijama monetarne vlasti. Dokle god je standard zadržavao vrijednost, tečaj valute, odnosno njena kupovna moć bila je fiksna. To je glavna razlika sa sustavom „plivajućih“ tečajeva.; V. više Mann, F., A., The Legal Aspect of Money**:**With Special Reference to Comparative Private and Public International Law, Oxford, 1992., str. 60. [↑](#footnote-ref-149)
150. Ts Zg, 26.P-1401/2012 od 04. srpnja 2013. godine, izvorno, str. 145. [↑](#footnote-ref-150)
151. *Ibid*., str. 97. *et* 104. [↑](#footnote-ref-151)
152. Potvrda HNB od 7. lipnja 2013. godine, ur. br. 417-810-ŽI/MK-2013 iz presude Ts Zg, 26.P-1401/2012 od 04. srpnja 2013. godine.:„*Tečajna politika Hrvatske narodne banke temelji se na održavanju stabilnog nominalnog tečaja kune prema euru. Pritom je tečajni režim HNB-a definiran kao upravljajuće fluktuirajući, što znači da se vrijednost kune prema euru slobodno formira na deviznom tržištu u Republici Hrvatskoj te da tečaj nije fiksiran na određenoj razini. No, ovisno o tržišnim kretanjima, odnosno uvjetima u kojima je prisutna naglašena varijabilnost tečaja, središnja banka uključuje se na devizno tržište te izravno intervenira kupnjom ili prodajom deviza s ciljem stabiliziranja prekomjerne kolebljivosti tečaja kune prema euru...Provođenje politike stabilnog tečaja kune prema euru istodobno znači da tečaj kune prema svim drugim svjetskim valutama ne može po definiciji bit pod kontrolom HNB-a.*“ [↑](#footnote-ref-152)
153. Ts Zg, 26.P-1401/2012 od 04. srpnja 2013. godine, izvorno, str. 145. [↑](#footnote-ref-153)
154. V. više Laxton, D., Prasad, E., Possible effects of European Monetary Union on Switzerland: A Case Study of Policy Dilemmas Caused by Low Inflation and the Nominal Interest Rate Flows, Working Paper of the International Monetary Fund, Washington, 1997. [↑](#footnote-ref-154)
155. Ts Zg, 26.P-1401/2012 od 04. srpnja 2013. godine, izvorno, str. 138. *et seq.* [↑](#footnote-ref-155)
156. *Ibid.*, str. 140. [↑](#footnote-ref-156)
157. *Ibid*., str. 1. - 7. *et* 178. [↑](#footnote-ref-157)
158. Sud EU, presuda Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt, C-26/13, EU:C:2014:282. Navedena odluka Suda EU donesena je 30. travnja 2014. godine, dok je VTS presudu, kojom je odlučivao o žalbi podnesenoj protiv prvostupanjske odluke, donio 13. lipnja 2014. godine. [↑](#footnote-ref-158)
159. ZZP/03 čl. 84., st. 1.: „*Nije dopušteno ocjenjivati jesu li poštene ugovorne odredbe o predmetu ugovora i cijeni ako su te odredbe jasne, lako razumljive i lako uočljive.*“ [↑](#footnote-ref-159)
160. VTS, 43. Pž-7129/13-4 od 13. lipnja 2014. godine, izvorno, str. 50 [↑](#footnote-ref-160)
161. Pojam „uočljiva“ odredba nije izvorno propisan u čl. 4. st. 2. Direktive 93/13., već ga je hrvatski zakonodavac unio kao dodatan kriterij, podižući razinu zaštite potrošača. V. više Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 88., str. 225. - 226. *et* 236. - 237. [↑](#footnote-ref-161)
162. VTS, 43. Pž-7129/13-4 od 13. lipnja 2014. godine, izvorno, str. 52. [↑](#footnote-ref-162)
163. Za shvaćanje valutne klauzule u CHF u ekonomskom smislu i njezinih posljedica, bitno je da je potrošač raspolagao svim informacijama koje je prvostupanjski sud ispitivao u okviru pojma *duty of disclosure*. Jesu li banke objasnile što znači valutna klauzula u CHF u okviru sustava „plivajućih“ tečajeva, jesu li obavijestile potrošače da HNB ne vodi politiku stabilnog tečaja kune prema CHF, da je umjerena aprecijacija CHF bila razumno predvidiva prema studiji MMF-a i da u kombinaciji s promjenjivom kamatnom stopom valutna klauzula u CHF predstavlja znatno povećan rizik. [↑](#footnote-ref-163)
164. VTS, 43. Pž-7129/13-4 od 13. lipnja 2014. godine, izvorno, str. 53. [↑](#footnote-ref-164)
165. Sud EU, presuda Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt, C-26/13, EU:C:2014:282, t. 39.; Sud EU, presuda Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), C-484/08, EU:C:2010:309. [↑](#footnote-ref-165)
166. Sud EU, presuda Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt, C-26/13, EU:C:2014:282, t. 71. *et* 72. [↑](#footnote-ref-166)
167. *Ibid.*, t. 75. [↑](#footnote-ref-167)
168. Sud EU donio je odluku *C-26/13* 30. travnja 2014. godine, dok je VTS drugostupanjsku presudu 43. Pž-7129/13-4 donio 13. lipnja 2014. godine. [↑](#footnote-ref-168)
169. Usporedi presudu VTS, 43. Pž-7129/13-4 od 13. lipnja 2014. godine, izvorno, str. 52. *et* 53. s odlukom Suda EU, presuda Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt, C-26/13, EU:C:2014:282, t. 71. - 75. [↑](#footnote-ref-169)
170. VTS, 43. Pž-7129/13-4 od 13. lipnja 2014. godine, izvorno, str. 52. [↑](#footnote-ref-170)
171. *Ibid*., str. 53. [↑](#footnote-ref-171)
172. VSRH, Revt 249/14-2 od 9. travnja 2015. godine, izvorno, str. 1. *et seq*. [↑](#footnote-ref-172)
173. *Ibid*., str. 17. *et* 18. [↑](#footnote-ref-173)
174. *Ibid*., str. 18. [↑](#footnote-ref-174)
175. *Ibid*., str. 19. [↑](#footnote-ref-175)
176. *Ibid*., str. 19. *et seq.* [↑](#footnote-ref-176)
177. *Ibid*., str. 20. *et* 21. [↑](#footnote-ref-177)
178. VSRH, Revt 249/14-2 od 9. travnja 2015. godine, izvorno, str. 23.: „*Takvo zakonsko rješenje kao dopušteno predviđeno je i odredbom čl. 4. st. 2. Direktive 93/13 EEZ, a prema kojoj ugovorne odredbe ako su jasne i razumljivo sastavljene ne podliježu ocjeni poštenosti, a od čega je i polazio Sud Europske unije u obrazlaganju razloga svog stajališta izraženog u presudi C-26/13. Očito je dakle da je primjena i tumačenje odredbe čl. 84. ZZP/03 odnosno odredbe čl. 99. ZZP a kako je to učinjeno od strane drugostupanjskog suda je u skladu sa onim Suda Europske unije.*“ [↑](#footnote-ref-178)
179. Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union, C 326, vol. 55., 2012., dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2012:326:TOC.; Za potrebe rada koristit će se skraćenica hrvatskog naziva: UFEU. [↑](#footnote-ref-179)
180. UFEU čl. 267., st. 3.: „*Ako se takvo pitanje pojavi u predmetu koji je u tijeku pred sudom neke države članice, protiv čijih odluka prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka, taj je sud dužan uputiti to pitanje Sudu*.“ [↑](#footnote-ref-180)
181. Treaty on the European Union, Official Journal of the European Union, C 326, vol. 55., 2012., dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2012:326:TOC.; Za potrebe rada koristit će se skraćenica hrvatskog naziva: UEU. [↑](#footnote-ref-181)
182. Visoki trgovački sud nije potvrdio prvostupanjsku presudu u dijelu ništetnosti odredbe o promjenjivosti kamatne stope samo prema jednoj od osam tuženih banaka, Sberbank d.d. VTS je utvrdio da dotična odredba u ugovorima o kreditu koje je sklapala Sberbank d.d. nije bila podložna *testu poštenosti* temeljem odredbe čl. 84., st. 1. ZZP/03. Zbog toga što je bila dovoljno razumljiva, jasna i uočljiva stoga se njena poštenost nije mogla uopće ocjenjivati. V. više VTS, 43. Pž-7129/13-4 od 13. lipnja 2014. godine, izvorno, str. 2. *et* 53. - 54. [↑](#footnote-ref-182)
183. VSRH, Revt 249/14-2 od 9. travnja 2015. godine, izvorno, str. 1 *et* 2. [↑](#footnote-ref-183)
184. Ts Zg, 26.P-1401/2012 od 04. srpnja 2013. godine, izvorno, str. 147. [↑](#footnote-ref-184)
185. Miščenić, E., Nepoštene odredbe u ugovorima o kreditu, u: Tomljenović, V., Petrić, S., Mišćenić, E. (ur.), Nepoštene ugovorne odredbe: europski standardi i hrvatska provedba, Rijeka, 2013, str. 155., prema Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 66., str. 91. [↑](#footnote-ref-185)
186. Zanimljiv je princip povjerenja (njem. *Vertrauen*) u švicarskom pravu prema kojem nije bitno da je druga ugovorna strana upoznata sa sadržajem općih uvjeta, već da ima povjerenje u sastavljača općih uvjeta, a da sastavljač pritom ne izigra to povjerenje. V. više Vilus, J., Opšti uslovi formularnih ugovora, Beograd, 1976., str. 135. [↑](#footnote-ref-186)
187. Ts Zg, 26.P-1401/2012 od 04. srpnja 2013. godine, izvorno, str. 148. [↑](#footnote-ref-187)
188. ZOO je propisano da obveza mora biti određena ili barem odrediva. Kada je obveza odrediva znači da su ugovorne strane ili prepustile trećoj strani da ju odredi ili su postavile objektivne kriterije temeljem kojih se obveza može odrediti. [↑](#footnote-ref-188)
189. Ts Zg, 26.P-1401/2012 od 04. srpnja 2013. godine, izvorno, str. 150. *et seq*. [↑](#footnote-ref-189)
190. Ts Zg, 26.P-1401/2012 od 04. srpnja 2013. godine, izvorno, str. 154. [↑](#footnote-ref-190)
191. LIBOR (engl. *London Interbank Offered Rate*) je londonska međubankovna ponudbena kamatna stopa, promjenjiva kamatna stopa koja se obračunava na međusobne kredite banaka koje posluju na londonskom tržištu kapitala. V. više Leko, V. (ur.), *op.cit.* u bilj. 52., str. 287. [↑](#footnote-ref-191)
192. V. više Ts Zg, 26.P-1401/2012 od 04. srpnja 2013. godine, izvorno, str. 153. *et* 158. [↑](#footnote-ref-192)
193. *Ibid.*, str. 153. *et* 159. [↑](#footnote-ref-193)
194. V. više Ts Zg, 26.P-1401/2012 od 04. srpnja 2013. godine, izvorno, str. 153. *et* 159. [↑](#footnote-ref-194)
195. *Ibid*., str. 157. [↑](#footnote-ref-195)
196. Trgovački sud se već u svojoj prijašnjoj praksi osvrnuo na pitanje promjenjivosti kamatnih stopa te je jasno izrazio stajalište kako se promjenjivost mora ugovoriti na način da bude dovoljno objektivizirana te dovoljno određena. V. više Ts Zg, P-2157/96 od 14. studenog 1996. godine, izvorno. [↑](#footnote-ref-196)
197. Ts Zg, 26.P-1401/2012 od 04. srpnja 2013. godine, izvorno, str. 148. *et* 152. [↑](#footnote-ref-197)
198. *Ibid*., str. 158. *et seq*. [↑](#footnote-ref-198)
199. *Ibid*., str. 161. [↑](#footnote-ref-199)
200. Radi se o tuženoj Sberbank d.d. koju VTS u svojoj presudi naziva skraćenicom S2. V. više Vts, 43. Pž-7129/13-4 od 13. lipnja 2014. godine, izvorno, str. 53. *et* 54. [↑](#footnote-ref-200)
201. Vts, 43. Pž-7129/13-4 od 13. lipnja 2014. godine, izvorno, str. 56. [↑](#footnote-ref-201)
202. *Ibid*., str. 62. [↑](#footnote-ref-202)
203. Odlukom *C-26/13* Sud EU je, između ostalog, dao tumačenje odredbe čl. 4., st. 2. Direktive 93/13, a koja je inkorporirana u hrvatski pravni poredak čl. 84., st. 1. ZZP/03. Odnosno, iznio je stajalište što se smatra pod razumljivošću i jasnoćom ugovorne odredbe. [↑](#footnote-ref-203)
204. Vts, 43. Pž-7129/13-4 od 13. lipnja 2014. godine, izvorno, str. 57.: „*Prema presudi Europskog suda pravde od 30. travnja. 2014. u predmetu poslovni broj C-26/13 navodi se da članak 4. stavak 2. Direktive 93/13 treba tumačiti na način da ugovorna odredba potrošaču ne mora biti samo gramatički razumljiva, što u ovom konkretnom slučaju znači da u ugovoru moraju na transparentan način potrošaču biti objašnjeni razlozi i pojedinosti mehanizma promjene kamatne stope kao i odnos s drugim odredbama ugovora odnosno općih uvjeta poslovanja koje se na to odnose tako da potrošač na temelju točnih i razumljivih kriterija može predvidjeti ekonomske posljedice koje iz toga za njega proizlaze.*“ [↑](#footnote-ref-204)
205. VSRH, Revt 249/14-2 od 9. travnja 2015. godine, izvorno, str. 24. *et* 25. [↑](#footnote-ref-205)
206. Sudovi su prosuđivali poštenost ugovornih odredbi prema dva zakona: ZZP/03 i ZZP/07.; V. više Ts ZG, 26.P-1401/2012 od 4. srpnja 2013., izvorno, str. 2. *et seq.* [↑](#footnote-ref-206)
207. ZOO, čl. 6.: „*Zabranjeno je ostvarivanje prava iz obveznog odnosa suprotno svrsi zbog koje je ono propisom ustanovljeno ili priznato.*“ [↑](#footnote-ref-207)
208. Klasiček, D., Zlouporaba prava u građanskom pravu, Pravni vjesnik, (1-2), Osijek, 2006., str. 173. [↑](#footnote-ref-208)
209. Radolović, A., Načelo zabrane prouzročenja štete kao(moguće) jamstvo stvarne (realne) naknade štete, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, (1), 2013., str. 321. [↑](#footnote-ref-209)
210. Gorenc, V., Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2005., str. 15. [↑](#footnote-ref-210)
211. V. više Pezo, V. (ur.), *op. cit.* u bilj. 29., str. 1850.; Gorenc, V., *op. cit.* u bilj. 210., str. 15.; Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 92., str. 599. [↑](#footnote-ref-211)
212. V. više Blagojević, B., Krulj, V., Komentar Zakona o obligacionim odnosima I, Beograd, 1983., str. 69. [↑](#footnote-ref-212)
213. Klasiček, D., *op. cit.* u bilj. 208., str. 177. [↑](#footnote-ref-213)
214. Vizner, B., Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Zagreb, 1978., str. 84. [↑](#footnote-ref-214)
215. Naime, takav kazuistički pristup je nužan jer određeno postupanje koje se može ocijeniti kao zlouporaba u jednom slučaju ne mora biti tako kvalificirano u nekom drugom sličnom slučaju. Dakle, potrebno je uzeti u obzir sve okolnosti slučaja. [↑](#footnote-ref-215)
216. V. više Gorenc, V., *op. cit.* u bilj. 210., str. 15.; Vizner, B., *op. cit.* u bilj. 214., str. 84. [↑](#footnote-ref-216)
217. Vizner, B., *op. cit.* u bilj. 214., str. 84. [↑](#footnote-ref-217)
218. Slakoper, Z., Savjesnost i poštenje i zlouporaba prava kod samostalnih i apstraktnih pravnih poslova, Hrvatska pravna revija, (2), Zagreb, 2014., str. 14.; Tako Vizner, *op. cit.* u bilj. 214., str. 25. i Baretić, *op. cit.* u bilj. 92., str. 578. [↑](#footnote-ref-218)
219. V. više Vizner, B., *op. cit.* u bilj. 214., str. 25. *et. seq.* [↑](#footnote-ref-219)
220. Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 92., str. 590.; V. više Blagojević, Krulj, *op.cit.* u bilj. 212., str. 67. *et seq.* [↑](#footnote-ref-220)
221. Baretić, M., *op. cit.* u bilj. 92., str. 580.; V. više Vizner, *op. cit.* u bilj. 214., str. 69.; Putem načela savjesnosti i poštenja se omogućava da pravo prati društvenu dinamiku, odnosno da se statični propis prilagođava konkretnoj društvenoj stvarnosti. [↑](#footnote-ref-221)
222. ZOO, čl. 2.: *„Sudionici u prometu slobodno uređuju obvezne odnose, a ne mogu ih uređivati suprotno Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima i moralu društva.“*; V. više Klarić, Vedriš, *op. cit.* u bilj. 4., str. 8. [↑](#footnote-ref-222)
223. ZOO, čl. 322., st. 1.; V. više Slakoper, Z., *op. cit.* u bilj. 218., str. 14..; Naime, svrha samog instituta ništetnosti je prvenstveno zaštita javnih interesa, a koji su izraženi i u navedenim kogentnim i moralnim normama. V. više Klarić, Vedriš, *op .cit.* u bilj. 4., str. 137. [↑](#footnote-ref-223)
224. Rocco, F. (ur.), Rječnik marketinga, Zagreb, 1993., str. 493.; Čavlek, N., Vukonić, B. (ur.), Rječnik turizma, Zagreb, 2001., str. 437.; V. više Rosenberg, Lj., *op. cit.* u bilj. 11.; Vukmir, B., *op. cit.* u bilj. 3.; Također, u literaturi se navodi da se valutna klauzula koristi i radi anuliranja učinaka inflacije. V. više o tome u Tomić, A., *op. cit.* u bilj. 17., str. 6.; Pezo, V. (ur.), *op. cit.* u bilj. 29., str. 1838.; Inflacija označava proces rasta razine cijena, a to dovodi do pada kupovne moći odnosno vrijednosti novca. Rizik inflacije postoji kod dugoročnih poslovnih odnosa, a među iste se ubrajaju i kreditni poslovi. Naime, kod kreditnih poslova inflacija, uzrokujući pad vrijednosti novca, može dovesti do obezvrjeđivanja glavnice. U tome slučaju moguće je zaštiti se valutnom klauzulom tako da se „slabija valuta“ (domaća valuta izložena utjecaju inflacije- valuta ugovora) veže za neku „sigurniju“ valutu (strana valuta- valorimetar) u čiju postojanost ugovorne strane imaju više povjerenja. Ako padne vrijednost „slabije“ valute zbog inflacije glavnica će ostati očuvana, jer će se vrijednost glavnice izračunati s obzirom na tečaj „slabije“ valute u odnosu na „sigurniju“ valutu. U ovom slučaju bitna pretpostavka očuvanja vrijednosti je stabilnost „sigurne“ valute. No, postavlja se pitanje što ako dođe do narušavanja stabilnosti „sigurne“ valute? Naime, moguća je situacija da je inflacija umjerena, što bitno ne utječe na vrijednost „slabije“ valute, a da dođe do poremećaja u tečaju „sigurnije“ valute tako da ona snažno deprecira ili aprecira. U tom slučaju valutna klauzula ne bi trebala djelovati, jer postoji opasnost da neka od ugovornih strana bude oštećena. Kod kreditnih poslova u slučaju nagle aprecijacije, oštećen bi bio dužnik. Zašto? On bi u tom slučaju morao vratiti veći broj novčanih jedinica upravo zbog aprecijacije. Na prvi pogled to se čini opravdanim, jer će banci trebati veći broj novčanih jedinica „slabije“ domaće valute za isti iznos „sigurnije“ strane valute. Međutim, kako je inflacija bila umjerena, „slabija“ valuta je zadržala svoju realnu vrijednost odnosno kupovnu moć. Stoga će dužnik, plaćajući veći broj novčanih jedinica, vratiti banci realno veću vrijednost „slabije“ valute. Ovo nipošto nije ekonomski opravdano. Nadalje nije opravdano niti sa stajalište svrhe same valutne klauzule. Naime, njena svrha je zaštitna, a ne profitna. U navedenoj situaciji banka nesumnjivo ostvaruje profit, jer prima realno veću protuvrijednost „slabije“ valute. Ona dobiva veći broj novčanih jedinica a koje imaju istu kupovnu moć kao i u trenutku sklapanja ugovora. Zbog ovakvog scenarija, preporučljivije se osigurati od rizika inflacije ugovaranjem indeksne klauzule.; Rosenn, K., S., Law and Inflation, Philadelphia, 1982., str. 139. *et seq.* [↑](#footnote-ref-224)
225. Rocco, F. (ur.), *op. cit.* u bilj. 224., str. 493. [↑](#footnote-ref-225)
226. V. više Gorenc, V., *op. cit.* u bilj. 51., str. 611.; Vukmir, B., *op. cit.* u bilj. 3.; Rosenberg, Lj., *op. cit.* u bilj. 11., str. 57. [↑](#footnote-ref-226)
227. Pranjić, S., (Ne)dopuštenost odobravanja kredita u CHF - ugovaranja valutne klauzule u CHF i jednostranog mijenjanja ugovorenog režima upravljanja promjenjljivom kamatnom stopom, Tranzicija, (34), Tuzla, 2014., str. 33. [↑](#footnote-ref-227)
228. *Ibid.*, str. 27. [↑](#footnote-ref-228)
229. Ts Zg, 26.P-1401/2012 od 4. srpnja 2013. godine, izvorno, str. 16. *et* 55*.*; Zanimljivo je da i u postupcima po pojedinačnim tužbama korisnika kredita s valutnom klauzulom u CHF banke nisu dokazale tvrdnju – da su se, kao izvorom financiranja, kreditno zaduživale u CHF kod ino-kreditora. V. više Ogs Zg, 99 P-5222/13-42 od 3. veljače 2015. godine, izvorno, str. 3. *et* 10. [↑](#footnote-ref-229)
230. Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004., str. 500. [↑](#footnote-ref-230)
231. Zakon o deviznom poslovanju, NN 96/03, čl. 50., st. 1. [↑](#footnote-ref-231)
232. Naredba o vođenju nadzorne knjige o tekućim i kapitalnim poslovima s inozemstvom, NN 145/03 [↑](#footnote-ref-232)
233. V. više Naredba, čl. 2, st. 4., čl. 4., čl 7. *et* čl. 14. [↑](#footnote-ref-233)
234. Zakon o Hrvatskoj narodnoj banci, NN 36/01, čl. 62., st. 1. [↑](#footnote-ref-234)
235. *Ibid.*, čl. 62., st. 4. [↑](#footnote-ref-235)
236. Odluka o prikupljanju podataka za potrebe sastavljanja platne bilance, stanja inozemnog duga i stanja međunarodnih ulaganja, NN 145/03 [↑](#footnote-ref-236)
237. V. više Odluka, čl. 3., čl. 35., st. 1.; Odluka u čl. 30. upućuje na čl. 11. Zakona o deviznom poslovanju po pitanju pojma kreditnih poslova. [↑](#footnote-ref-237)
238. *Ibid*., čl. 36., st. 1., t. 1. [↑](#footnote-ref-238)
239. *Ibid.*, čl. 37. [↑](#footnote-ref-239)
240. *Ibid*., čl. 40., st. 1. [↑](#footnote-ref-240)
241. Klarić, Vedriš, *op.cit.* u bilj. 4., str. 379. [↑](#footnote-ref-241)
242. *Ibid.*, str. 8. [↑](#footnote-ref-242)
243. V. više Perović, S., Sloboda uređivanja obveznih odnosa i javni poredak, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, poseban broj, Zagreb, 2006., str. 414. [↑](#footnote-ref-243)
244. ZOO, čl. 2.; V. više Klarić, Vedriš, *op. cit.* u bilj. 4., str. 8. [↑](#footnote-ref-244)
245. Sud EU, presuda Árpád Kásler i Hajnalka Káslerné Rábai protiv OTP Jelzálogbank Zrt, C-26/13,EU:C:2014:282, toč. 39.: „*Osim toga, prema ustaljenoj sudskoj praksi Suda, sustav zaštite uspostavljen Direktivom 93/13 temelji se na ideji da se potrošač nalazi u slabijem položaju u odnosu na poslovni subjekt kako u pogledu pregovaračke snage tako i u pogledu razine obaviještenosti – položaju koji vodi do pristanka na uvjete koje je poslovni subjekt prethodno sastavio, bez mogućnosti utjecaja na njihov sadržaj.*“ [↑](#footnote-ref-245)
246. *Arg. ex.* ZOO, čl. 324., st. 2. [↑](#footnote-ref-246)
247. Naime, Udruga Franak uputila je Prijavu Europskoj komisiji za kršenje prava EU od strane Republike Hrvatske. Na Prijavu je dostavljen odgovor Europske komisije, točnije Vere Jourove – povjerenice za pravosuđe, zaštitu potrošača i ravnopravnost spolova. Također, banke su se očitovale u izjavama u medijima da su poduzele potrebne mjere za pokretanje arbitražnog postupka pred ICSID. [↑](#footnote-ref-247)
248. Pri daljnjoj analizi kršenja prava EU od strane hrvatskih sudova autorima je, za usmjerenje pri istraživanju, od pomoći bila Prijava Europskoj komisiji koju je poslala Udruga Franak. [↑](#footnote-ref-248)
249. S obzirom da se čl. 84., st. 1. ZZP/03 implementirala odredba čl. 4., st. 2. Direktive 93/13, tumačenje tog članka Direktive 93/13 od strane Suda EU je relevantno za nacionalni sud kada primjenjuje čl. 84., st. 1. ZZP/03. Odnosno, pomaže nacionalnom sudu da primjenom nacionalnog prava kojim se implementirala europska norma postigne cilj implementirane Direktive 93/13. [↑](#footnote-ref-249)
250. VTS, 43. Pž-7129/13-4 od 13. lipnja 2014. godine, izvorno, str. 57. [↑](#footnote-ref-250)
251. *Ibid*., str. 52. [↑](#footnote-ref-251)
252. Riječ je o doktrini posrednog ili interpretativnog učinka koja stvara obvezu za nacionalni sud da nacionalno pravo interpretira u skladu s europskom normom. Odnosno, nacionalni sud je dužan dati normi značenje kojim se ostvaruje cilj koji se želi postići normom EU. V. više Ćapeta, T., Rodin, S., Osnove prava Europske unije, Zagreb, 2011., str. 75. *et seq.*; Doktrina posrednog ili interpretativnog učinka ustanovljena je odlukom Suda EU u predmetu *14/83 Von Colson i Kamman v. LNW*. V. više Sud EU, presuda Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen, 14/83, EU:C:1984:153. [↑](#footnote-ref-252)
253. Ta obveza prisutna je kontinuirano od potpisivanja SSP 29. listopada 2001. godine, odnosno stupanja na snagu 1. veljače 2005. godine. U međuvremenu je potvrđena i dobila na važnosti ratifikacijom Ugovora o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji 9. prosinca 2011. godine. Konačno. Republika Hrvatska postala je potpuno obvezana pravom EU postajanjem punopravnom članicom EU 1. srpnja 2013. godine.; V. više Ćapeta, T, *op. cit.* u bilj. 134., str. 1474. [↑](#footnote-ref-253)
254. Riječ je o predmetu *GPJ 2/2014* koji se našao pred mađarskim sudom najviše instance, *Kuriom*. *Kuria* je uputila prethodno pitanje Sudu EU što je rezultiralo donošenjem odluke *C-26/13*. [↑](#footnote-ref-254)
255. VSRH, Revt 249/14-2, od 9. travnja 2015. godine, izvorno, str. 23.: *„Spor pred mađarskim sudom vođen je vezano za pitanje dopuštenosti odredbi o valutnoj klauzuli vezanih za švicarski franak sadržanih u ugovoru o kreditu, a na temelju kojih su banke iznos odobrene glavnice kredita obračunavale i isplaćivale potrošaču na temelju kupovnog tečaja švicarskog franaka, dok su obračun otplatnih obroka kredita vršile na temelju prodajnog tečaja švicarskog franaka, dakle bitno različitih tečaja, svaljujući tečajnu razliku na teret potrošača. Iz navedenog je jasno da činjenični supstrat opisanog mađarskog i ovog predmeta nije istovjetan, te se međusobno i ne mogu uspoređivati niti dovoditi u vezu.*“ [↑](#footnote-ref-255)
256. V. više Ćapeta, T., *op. cit.* u bilj. 252., str. 121.; To pravilo ustanovljeno je odlukama Suda EU u spojenim predmetima *C 66/127* i *C 128/79 Salumi*. V. više Sud EU, presuda Amministrazione delle Finanze v Srl Meridionale Industria Salumi, Fratelli Vasanelli and Fratelli Ultrocchi,Joined cases 66, 127 and 128/79 EU:C:1980:101. [↑](#footnote-ref-256)
257. Sud EU, presuda Bogdan Matei i Ioana Ofelia Matei protiv SC Volksbank România SA, C-143/13,EU:C:2015:127, t. 49. *et* 73. [↑](#footnote-ref-257)
258. *Ibid.*, t. 74. [↑](#footnote-ref-258)
259. Sud EU, presuda RWE Vertrieb AG protiv Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV,C-92/11,EU:C:2013:180,t. 41. - 44., 49. *et* 53. [↑](#footnote-ref-259)
260. Sud EU, presuda Árpád Kásler i Hajnalka Káslerné Rábai protiv OTP Jelzálogbank Zrt, C-26/13,EU:C:2014:282, t. 39. - 42. *et* 71. - 72. [↑](#footnote-ref-260)
261. Cilj Direktive 93/13 jest uspostava mehanizma zaštite potrošača koji se temelji na ideji da se potrošač nalazi u slabijem položaju naspram trgovca, kako u pogledu pregovaračke snage tako i u pogledu razine obavještenosti. V. više Sud EU, presuda Árpád Kásler i Hajnalka Káslerné Rábai protiv OTP Jelzálogbank Zrt, C-26/13,EU:C:2014:282, t. 39. [↑](#footnote-ref-261)
262. Sud EU, presuda Jean-Claude Van Hove protiv CNP Assurances SA,C-96/14, EU:C:2015:262. [↑](#footnote-ref-262)
263. UFEU čl. 267., st. 3.: „*Ako se takvo pitanje pojavi u predmetu koji je u tijeku pred sudom neke države članice, protiv čijih odluka prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka, taj je sud dužan uputiti to pitanje Sudu*.“ [↑](#footnote-ref-263)
264. Sud EU, presuda Rheinmühlen-Düsseldorf protiv Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*,* C-166/73, EU:C:1974:3; Sud EU, presuda Flaminio Costa protiv E.N.E.L., C-6/64, EU:C:1964:66. [↑](#footnote-ref-264)
265. Ova iznimka utemeljena je odlukom Suda EU u spojenim predmetima *28-30/62 Da Costa en schaake, Jacob Meijer and Hoechst-Holland v Netherlandse Belastingadministratie*. V. više Sud EU, presuda Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV v Administration fiscale néerlandaise, joined cases 28 to 30-62, EU:C:1963:6. [↑](#footnote-ref-265)
266. Ova iznimka ustanovljena je odlukom Suda EU u predmetu *283/81 Srl CLIFIT and Lanficio di Gavardo SpA v Ministry of Health*. V. više Sud EU, presuda Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministère de la santé, C-283/81, EU:C:1982:335.; V. više Ćapeta, *op. cit.* u bilj. 252., str. 135. *et seq.* [↑](#footnote-ref-266)
267. Sud EU, presuda Maribel Dominguez protiv Centre informatique du Centre Ouest Atlantique i Préfet de la région Centre,C-282/10, EU:C:2012:33. [↑](#footnote-ref-267)
268. UFEU, čl. 288., st. 3.: „*Direktiva je obvezujuća, u pogledu rezultata koji je potrebno postići, za svaku državu članicu kojoj je upućena, a odabir oblika i metoda postizanja tog rezultata prepušten je nacionalnim tijelima*.“ [↑](#footnote-ref-268)
269. Načelo lojalne suradnje, čl. 4. UEU: „*Na temelju načela lojalne suradnje i uz puno uzajamno poštovanje, Unija i države članice međusobno si pomažu pri obavljanju zadaća koje proizlaze iz Ugovora*.“; V. više Ćapeta, T., *op. cit.* u bilj. 252., str. 76. [↑](#footnote-ref-269)
270. UFEU, čl. 267., st. 3.: „*Ako se takvo pitanje pojavi u predmetu koji je u tijeku pred sudom neke države članice, protiv čijih odluka prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka, taj je sud dužan uputiti to pitanje Sudu.*“; UEU, čl. 19., st. 3.: „*Sud Europske unije, u skladu s Ugovorima:... (b) odlučuje o prethodnim pitanjima, na zahtjev sudova država članica, o tumačenju prava Unije ili valjanosti akata koje su usvojile institucije...*“ [↑](#footnote-ref-270)
271. UFEU čl. 288., st. 3.: „*Direktiva je obvezujuća, u pogledu rezultata koji je potrebno postići, za svaku državu članicu kojoj je upućena, a odabir oblika i metoda postizanja tog rezultata prepušten je nacionalnim tijelima*.“ [↑](#footnote-ref-271)
272. *Treaty on the Functioning of the European Union*, Official Journal of the European Union, C 326, vol. 55., 2012., str. 158. *et* 159., dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2012:326:TOC [↑](#footnote-ref-272)
273. Sud EU, presuda Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic, Joined cases C-6/90 and C-9/90, EU:C:1991:428.; Sud EU, presuda Brasserie du Pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland and The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others, Joined cases C-46/93 and C-48/93, EU:C:1996:79. [↑](#footnote-ref-273)
274. Zanimljivo je da je Sud EU u predmetu *C-154/08 COMMISION v. SPAIN* utvrdio povredu prava EU od strane Španjolske nakon što je španjolski sud zadnje instance, *Tribunalo Supremo,* zauzeo pravno shvaćanje bez upućivanja prethodnog pitanja.; V. više Sud EU, presuda Commission of the European Communities v Kingdom of Spain, C-154/08, EU:C:2009:695. [↑](#footnote-ref-274)
275. Zakon o izmjeni i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju, NN 102/15; Zakon o izmjeni i dopunama Zakona o kreditnim institucijama, NN 102/15.; Oba zakona stupila su na snagu 30. rujna 2015. godine. [↑](#footnote-ref-275)
276. čl. 19.a - čl.19.i. ZID ZPK. [↑](#footnote-ref-276)
277. Društva majke jesu: UniCredit Bank Austria AG (Zagrebačka banka d.d.), Intesa Sanpaolo Holding International (Privredna banka Zagreb d.d.), ESB Holding GmbH (Erste & Steiermarkische Bank d.d.), Raiffeisen SEE Region Holding GmbH (Raiffeisen Bank Austria d.d.), Hypo Group Alpe Adria AG (Hypo Alpe-Adria-Bank d.d.), OTP Bank Nyrt (OTP bank Hrvatska d.d.), Societe Generale SA (Societe Generale – Splitska banka d.d.), Sberbank Europe AG (Sberbank d.d.). [↑](#footnote-ref-277)
278. Društva majke imaju pripadnost Italije, Austrije, Mađarske i Francuske.; Ugovor između Vlade Republike Hrvatske i Vlade Republike Italije o poticanju i zaštiti ulaganja NN-MU 04/97; Ugovor između Republike Hrvatske i Republike Austrije o poticanju i zaštiti ulaganja, NN-MU 19/97; Ugovor između Republike Hrvatske i Republike Mađarske o poticanju i zaštiti ulaganja, NN-MU 01/97; Ugovor između Vlade Republike Hrvatske i Vlade Francuske Republike o poticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja NN-MU 01/97 [↑](#footnote-ref-278)
279. Ulaganja se potiču i štite tako da se bilateralnim sporazumima propišu materijalnopravni standardi zaštite ulaganja te procesnopravni mehanizmi ostvarenja te zaštite. U pravnoj literaturi ti se sporazumi često nazivaju skraćeno BIT's (eng. *Bilateral Investment Treaties*). V. više Babić, D., Pravičan i pošten tretman ulaganja u međunarodnom investicijskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, (1-2), Zagreb, 2012., str. 399. *et seq*. [↑](#footnote-ref-279)
280. Međunarodni centar za rješavanje investicijskih sporova (eng. *International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID*) jest međunarodna ustanova koja djeluje u okrilju Svjetske banke, a osnovana je Konvencijom o rješavanju ulagačkih sporova između država i državljana drugih država (tzv. ICSID Konvencija). V. više *Ibid*., str. 400. *et* 401. [↑](#footnote-ref-280)
281. Konvencija o rješavanju ulagačkih sporova između država i državljana drugih država, NN-MU 002/1998 [↑](#footnote-ref-281)
282. ICSID Konvencija, čl. 25., st. 1. [↑](#footnote-ref-282)
283. Jedino su Italija i Irska ukinule svoje bilateralne sporazume s drugim državama članicama. V. više Priopćenje za tisak – Europska komisija, IP/15/5198, Brisel, 2015. [↑](#footnote-ref-283)
284. June infringements package: key decisions, IP/15/5198, Brussels, 2015. [↑](#footnote-ref-284)
285. Dostupno na: http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/51. [↑](#footnote-ref-285)
286. Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora, NN-MU 12/93, čl. 54., st. 1. [↑](#footnote-ref-286)
287. Ugovor RH-IT, NN-MU 04/97, čl. 13. [↑](#footnote-ref-287)
288. Dostupno na: http://www.mvep.hr/hr/vanjska-politika/bilateralni-odnosi/pregled-bilateralnih-medunarodnih-ugovora/italija,53.html. [↑](#footnote-ref-288)
289. Ugovor između Republike Hrvatske i Republike Austrije o poticanju i zaštiti ulaganja, NN-MU 19/97, čl. 9., st. 2., t. a [↑](#footnote-ref-289)
290. Ugovor RH-AU, čl. 11., st. 2.: „*Ugovorne stranke nisu vezane ovim Ugovorom u mjeri u kojoj je inkompatibilan s pravnim propisima Europske unije (EU), koji su na snazi u bilo koje dano vrijeme.“* [↑](#footnote-ref-290)
291. UFEU, čl. 18., st. 1.:„*Unutar područja primjene Ugovora i ne dovodeći u pitanje bilo koju njegovu posebnu*

     *odredbu, zabranjena je svaka diskriminacija na temelju državljanstva.*“ [↑](#footnote-ref-291)
292. Eilmansberger, T., Bilateral Investment Treaties and EU Law, Common Market Law Review, (46), 2009., str. 402. [↑](#footnote-ref-292)
293. Andrassy, J., Bakotić, B., Seršić, M., Vukas, B., Međunarodno pravo 1, Zagreb, 2010., str. 117. *et seq*. [↑](#footnote-ref-293)
294. TFEU, čl. 49. *et* čl. 63. [↑](#footnote-ref-294)
295. Zakon o arbitraži, NN 88/01, čl. 36., st. 2., t. 2.: „*ako sud nađe, i kad se stranka nije pozvala na taj razlog: a) da predmet spora nije arbitrabilan prema zakonima Republike Hrvatske, b) da je pravorijek u suprotnosti s javnim poretkom Repub­like Hrvatske.*“ [↑](#footnote-ref-295)
296. O pojmu javnog poretka u kontekstu Zakona o arbitraži v. više Sikirić, H., Javni poredak kao razlog za poništaj pravorijeka, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, (2-3), Zagreb, 2009., str. 244. *et seq.* [↑](#footnote-ref-296)
297. International Centre for Settlement of Investment Disputes, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania,* ICSID Case No. ARB/05/20. [↑](#footnote-ref-297)