

KAR JE BILO PRED DESETLETJEM POVSEM NORMALNO, JE DANES »NEPOŠTENO«

Oskar Škulj,

študent 3. letnika Pravne fakultete Univerze v Ljubljani

Kaja Mele,

študentka 2. letnika Pravne fakultete Univerze v Ljubljani

1. UVOD

V Sloveniji so banke sklepale take kreditne pogodbe z valutno klavzulo v švicarskih frankih (CHF), kot jih je zakon dopuščal oziroma zahteval. »Nekaj, kar je bilo pred 10 leti povsem zakonito, je zdaj nepošteno.« Pri sedanjem urejanju teh kreditov pa imamo težave z retroaktivnostjo in z načelom zaupanja v pravo, saj je pravo EU pojasnilno dolžnost opredelilo na splošno, Sodišče EU pa je za nazaj nekako »po ovinkih« postavilo zelo natančna in stroga pravila pojasnilne dolžnosti, je bila ena od ključnih ugotovitev posveta pravnikov, ki je konec oktobra potekal na Bledu. Med množico udeležencev, večinoma pravnikov, sta posebno pozornost pritegnila predavanje profesorja s Pravne fakultete Univerze v Ljubljani dr. Damjana Možine – z naslovom »Kam gre evropsko pravo varstva potrošnikov?« – in okrogla miza o poštenosti pogodbenih pogojev pri poslovanju s potrošniki, na kateri je sodelovalo šest strokovnjakov: pomočnica direktorja pravnega oddelka pri Banki Slovenije Ana Štiherl, docentka na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru dr. Petra Weingerl, že omenjeni dr. Možina, odvetnica Branka Sedmak in vodja pravne službe pri UniCredit Banka Slovenija d.d. Marta Koželj Lakner.

2. KAJ JE NAMEN ODVRAČILNEGA UČINKA IN KOGA SODIŠČE EU ODVRAČA?

Dr. Možina je najprej predstavil določbe Direktive 93/13/EGS (v nadaljevanju: Direktiva) in določbe ZVPot oziroma ZVPot-1. V skladu z Direktivo je ne-

pošten pogodbeni pogoj za potrošnika nezavezujoč. Pogodba lahko ostane v veljavi, če je to mogoče brez nepoštenega pogodbenega pogoja in če tako določa nacionalno pravo. Namen 6. člena Direktive je, da se ravnotežje s pogodbo zamenja z dejanskim ravnotežjem tako, da se vzpostavi enakopravnost oziroma vzpostavi položaj, kot da nepoštenega pogodbenega pogoja za potrošnika ne bi bilo. V skladu z ZVPot oziroma ZVPot-1 je nepošten pogodbeni pogoj ničen. ZVPot oziroma ZVPot-1 pa ne določa, ali lahko pogodba velja tudi vnaprej brez nepoštenega pogodbenega pogoja. Prvi odstavek 88. člena OZ, ki opredeljuje pravilo o delni ničnosti, določa, da zaradi ničnosti dela ni nična cela pogodba, če lahko obstane brez ničnega dela (tj. če ni bil bistven del pogodbe). To pravilo zasleduje eno temeljnih načel pogodbenega prava, tj. *pacta sunt servanda*, ki določa, da se pogodba, h kateri sta se pogodbeni stranki zavezali, spoštuje.

Možina je predstavil sodno prakso Sodišča EU s tega področja, na primer zadeve C-453/10 z dne 15. marca 2012 (*Pereničová*), C-154/15 z dne 21. decembra 2016 (*Gutiérrez Naranjo*), C-618/10 z dne 14. junija 2012 (*Banco Español de Crédito*), C-26/13 z dne 30. aprila 2014 (*Kásler*), C-260/18 z dne 3. oktobra 2019 (*Dziubak*), C-472/11 z dne 21. februarja 2013 (*Banco Banif*) in C-269/19 z dne 25. novembra 2020 (*Banco B*). V zadevi *Dziubak* je Sodišče EU odločilo, da morajo nacionalna sodišča le zavrniti uporabo nepoštenega pogodbenega pogoja tako, da nima zavezujočih učinkov za potrošnika, ne smejo pa spremeniti njegove vsebine. Pogodba mora torej načeloma še naprej obstajati brez kakršnekoli drugačne spremembe, kot je ta, ki izhaja iz izbrisa nepoštenega pogoja, če je v skladu s pravili nacionalnega prava pravno mogoča kontinuiteta pogodbe.

V zadevi *Kásler* je Sodišče EU odločilo, da lahko sodišče nadomesti nepošten pogoj z določbo dispozitivnega prava, če bi ničnost celotne pogodbe za potrošnika pomenila škodljive posledice (na primer takojšnjo zapadlost). V zadevi *Dziubak* pa je Sodišče EU odločilo, da sodišče ne sme spreminjati nepoštenega pogoja, na primer na podlagi temeljnih načel ali običajev, lahko ga nadomesti le z dispozitivno zakonsko določbo. V tej zadevi je Sodišče EU med drugim obrazložilo, da **za nacionalne zakone velja domneva, da so pošteni, saj so prestali zahtevne in dolgotrajne zakonodajne postopke, za sodno prakso pa to ne velja**. V zadevah *Banco Banif* in *Banco B* pa je Sodišče EU poudarilo dolžnost sodišča, da stranke pozove k pogajanjem.

Je pa po mnenju dr. Možine iz sodne prakse Sodišča EU razvidno, da **slednje sodi čedalje bolj konkretno, »v nasprotju s svojim izhodiščem, da se omejuje na podajanje smernic, presojo poštenosti v konkretnih zadevah pa opravljajo nacionalna sodišča«**.

Glede vprašanja restitucije v primeru ničnosti pogodbe je dr. Možina obrazložil, da tega vprašanja pravo EU (tako tudi Direktiva 93/13/EGS) ne ureja,

ampak ga ureja nacionalno pravo. Po tradiciji evropskih pravnih redov velja ničnost za nazaj in morata stranki vrniti vse, kar sta na podlagi nične pogodbe prejeli. Predstavil je dve s strokovnega vidika nenavadni odločitvi Sodišča EU, prva je C-395/21 z dne 12. januarja 2023 (*D.V.*) in druga C-520/21 z dne 15. junija 2023 (*Bank M*).

V zadevi *D.V.* je Sodišče EU odločilo, da Direktivi 93/13/EGS ne nasprotuje vzpostavljane položaja, v katerem bi bil potrošnik, če pogodbenega pogoja ne bi bilo, tudi če to povzroči, da ponudnik ne prejme nobenega plačila za opravljene storitve. Slednje pa ne velja, če bi bil tak rezultat lahko za potrošnika škodljiv. **Sodišče EU ne vidi težave v tem, da ponudnik ostane brez plačila, če bi to načeloma koristilo potrošniku.**

V zadevi *Bank M* pa je Sodišče EU sprva odločilo, da je pogodba v celoti nična, nato pa je obravnavalo vrnitvene zahtevke potrošnika in banke, ne glede na to, da Direktiva ne določa posledic ničnosti.

Sodišče EU je s tem »raztegnilo« svojo pristojnost, saj države članice nanj niso prenesle pooblastila za odločanje o posledicah ničnosti. Sodišče EU je svojo odločitev utemeljilo z odvrčalnim učinkom. Ker pa takih kreditov banke ne ponujajo več, se postavlja vprašanje namena in utemeljenosti odvrčalnega učinka. Kako lahko dosežemo odvrčalni učinek, če urejamo razmerja, ki se danes ne sklepajo več, za nazaj?

Glede vrnitvenih zahtevkov potrošnika, ki presegajo vrnitev plačanih zneskov, je Sodišče EU odločilo, da ima potrošnik po nacionalnem pravu pravico do povrnitve nadomestila (obresti) v okviru neupravičene obogatitve. Banka pa poleg vračila glavnice ni upravičena do povrnitve nobenega drugega nadomestila, niti obresti. Pri tem je Sodišče EU obrazložilo, da banka ne sme pridobivati gospodarskih koristi na račun lastnega nezakonitega ravnanja, saj bi se s tem odvzel odvrčalni učinek Direktive. Dr. Možina je pri tem poudaril, da je Sodišče EU spregledalo oziroma ni upoštevalo, da nihče ne bi smel obdržati koristi, če je posel ničen. V pravu EU je splošno sprejeto načelo, da se v primeru odsotnosti (kreditne) pogodbe (potrošnikov odstop, učinek *ex tunc*) povrnejo koristi od uporabe. Nadalje je poudaril, da je **dejanska posledica odločitve Sodišča EU brezplačen kredit**, kar za Sodišče EU sicer ni težava, saj **navaja tudi, da stabilnost finančnih trgov ni relevantna, ko gre za varstvo potrošnikov.** Po mnenju Sodišča EU bi težava nastala le, če bi moral potrošnik plačati za uporabo glavnice, saj se morda ne bi odločil za uveljavljanje varstva po Direktivi 93/13/EGS. **Sodišče EU se je oddaljilo od svojega izhodiščnega stališča, da je treba vzpostaviti pravni in dejanski položaj potrošnika, kakršen bi bil brez nepoštenega pogoja (kar je doslej ponavljalo v sodbah o posledicah nepoštenosti), ampak je potrošniku naklonilo poseben dobiček,**

ki ga na nobenem trgu ne bi mogel doseči (brezobresten kredit). Kredit za 30 let brez obresti ob upoštevanju inflacije in povišanja vrednosti nepremičnin (v višini dvakratne vrednosti inflacije) pomeni, da **potrošnik dobi nepremičnino za ceno v višini približno 25 do 30 odstotkov njene vrednosti.** Toda pravo vprašanje je, kdo bo ta kredit resnično plačal. Kdo plača preostanek? Preostanek bodo plačali najmanj vsi tisti, ki bodo vzeli kredit v evrih, saj bo morala banka prenesti dodatne stroške v svoje produkte. Ali je tako prenašanje bremena pošteno in ali je v skladu z našimi ustavnimi vrednotami? Ali to sploh želimo, ali je to pošteno za kreditorejmalce kreditov v evrih? Gre za vprašljivo prerazporejanje premoženja, ki ima »malo zveze« s pogodbenim pravom, je še poudaril dr. Možina.

Sodišče EU je v preteklosti res štelo, da je namen Direktive 93/13/EGS vzpostavitev pravne in dejanske enakosti med strankama, ampak po stališču Sodišča EU to ne velja več ter je namen Direktive 93/13/EGS preprečiti nastanek neravnotežja v pravicah in obveznostih v breme potrošnika. V predmetni zadevi Sodišče EU tudi ni opravilo testa sorazmernosti, ali je cilj mogoče doseči z milejšimi sredstvi, ki ga sicer nalaga nacionalnim sodiščem. Prav tako se ni opredelilo do kaznovalnega učinka te sodbe. Kaznovalni učinek asimetrične restitucije po ničnosti pogodbe ne pomeni poštene izravnave položajev, temveč gre po mnenju dr. Možine za izrazito nagnjenost na stran potrošnika. O združljivosti nove sodne prakse Sodišča EU glede restitucijskih posledic ničnosti potrošniške kreditne pogodbe s slovenskim pravom bo tako treba po besedah dr. Možine še premisliti.

3. UPORABE PRAVA EU SE ŠELE UČIMO¹

Moderator okrogle mize dr. Matevž Zgaga je za začetek v zvezi z zadnjimi sodbami, v katerih so sodišča (prevečkrat) označila bančne pogodbene pogoje za nepošteno, postavil vprašanje, ali banke ne razumejo potrošnikov ali potrošniki ne razumejo bank. So banke res žarišča nepoštenosti ali se za sodbami o nepoštenosti v resnici skriva prikriti razlastitveni namen, nekakšen »kvazi« davek, ker imajo banke pač dovolj denarja?

Po mnenju dr. Weingerlove je pravo orodje za uveljavljanje politike: »Ali si želimo varstva šibkejši strani? To je temeljno vprašanje.« Gre torej za proces na poti k večji varnosti šibkejši stranke, ki utemeljeno potrebuje varstvo. Varstvo potrošnikov se daje na pedestal. Gre za visoko raven varstva potrošnikov v

¹ Ta del besedila je bil pripravljen na podlagi članka Oskar Škulj: Uporabe prava EU se šele učimo, v: TFL Glasnik, št. 30/2023, 7. november 2023, na voljo je na <<https://www.tax-fin-lex.si/Dokument/Podrobnosti?rootEntityId=3fe57480-a033-46e3-92a2-d4b-c07909df8>> (14. 11. 2023).

horizontalnih razmerjih kot varstvo ranljivejših strank. Pravo varstva potrošnikov ni napad ali *kvazi* davek, temveč proces, da se vzpostavi ravnotežje v asimetriji informacij, in normalni proces uveljavljanja Direktive 93/13/EGS v praksi, ki terja svoj čas.

Ana Štiherl je poudarila, da do nerazumevanja prihaja, ker potrošniki pogodb ne preberejo ali ne razumejo. Ob tem, da je izrazje že sicer težje razumljivo, tudi sami potrošniki ne vložijo dovolj truda v to, da bi besedilo razumeli; slepo sledijo svojemu cilju, denimo nakupu nepremičnine, ne glede na posledice in ne glede na opozorila na tveganja. Potrošniki so za dosego cilja, da dobijo denar, pripravljeni v nekem trenutku narediti skoraj vse, v realizaciji pa padejo na trda tla. Pri tem nekateri potrošniki zadev in okoliščin res ne razumejo, nekateri pa to izrabijo za svoje koristi.

Marta Koželj Lakner je postavila vprašanje, kako bi bilo lahko bančništvo žarišče nepoštenosti, saj gre za enega najbolj reguliranih sektorjev. Strinja se, da morajo biti potrošniki varovani, vendar je treba obravnavati tudi vprašanje odgovornosti. Potrošniki so v celoti poslovno sposobne osebe. Veliko jih, tako Koželj Laknerjeva, zelo dobro pozna bančno ponudbo in tveganja:

»Ali bodo odločitve sodišč pripeljale do tega, da bodo morale banke potrošniku povedati tudi, da se lahko poroči, dobi otroka, izgubi službo in podobno, kar vse lahko vpliva na njegovo zmožnost odplačevanja kredita v celotni kreditni dobi. A kdo nosi odgovornost za posledice nastopa teh okoliščin, še zlasti če je banka spoštovala vse, kar je zakon in regulator od nje zahteval v času sklenitve pogodbe? Naj banka zdaj nosi vse to tveganje potrošnika?«

Kakorkoli gledamo, banke nedvomno niso socialne ustanove; so gospodarske družbe, katerih namen je ustvarjanje dobička.

Dr. Možina je povedal, da se v Sloveniji uporabe prava EU in prava varstva potrošnikov šele učimo. Množične tožbe v zvezi s krediti v CHF so pravzaprav prvi resen preizkus. Glede na zelo pomanjkljivo pripravljeno zakonodajo so nekakšna nihanja razumljiva. Tudi znanje sodnikov o teh področjih ni najboljše, številni so študirali pravo dolgo pred članstvom v EU, v sodniškem izobraževanju in tudi na programu za pravosodni izpit, pa te teme niso dovolj zastopane. Zato je precej zmede.

Vsi sodelujoči so se strinjali, da bi bilo treba bančne posle vključiti v sodniško šolo, da bi jih sodniki bolje razumeli. Civilni sodniki ne poznajo dovolj bančnega prava, česar jim ne moremo zameriti, saj morajo zaradi prereguliranosti poznati ogromno zakonov. Med slušatelji se je slišal poziv regulatorju k aktivnemu izobraževanju sodnikov, saj da civilni sodniki niso dovolj seznanjeni z gospodarskopravnimi vidiki, ki so potrebni za razumevanje materije.

Dr. Zgaga je nato predstavil tezo nemškega profesorja Hansa Bernarda Schaferja, ki se ne strinja s prevladujočim mnenjem, da je pravo varstva potrošnikov igra z ničelno vsoto. Kar zakonodajalec vzame podjetjem, to da potrošnikom. Strožje norme varstva potrošnikov kot torej imamo, bolje gre potrošnikom. Shafer meni, da gre pri številnih normah potrošniškega prava za nekakšno prisilno kolektivno zavarovalno polico, ki pa jo je smiselno uvesti le v primeru ekscesnih situacij na trgu, v katerih bi bili potrošniki brez takih zavarovalnih polic v izrazito slabem položaju. Glede tega je moderator sodelujočim postavil vprašanje, ali je prepoved nesimetričnih klavzul v pogodbah s spremenljivo ceno dolgoročna zмага za potrošnike, ali pa je to prisilna zavarovalna polica, ki bo za banke dolgoročno nevtralna, nekaterim potrošnikom pa bo zaradi manjše ponudbe škodovala.

Po mnenju dr. Weingerlove dolgoročno to nikakor ni v korist potrošnika:

»Priprava zakonodaje ni skrbna in ekonomske analize kažejo, da zakonodaja ni dobra. Pogosto grede nekateri predpisi na področju varstva potrošnikov v korist le ožje skupine, na drugi strani pa v škodo širše skupine potrošnikov.«

Dr. Možina je dodal, da imata regulacija in varstvo ene stranke svojo ceno, ta pa se nato prenese naprej. Varstvo je v osnovi upravičeno, vendar mora biti uravnoteženo.

Marta Koželj Lakner je pri tem poudarila, da je težava predvsem v tem, da se danes ne ve, kaj se bo v prihodnosti odločilo ali uzakonilo, tudi za nazaj, kar ni mogoče upoštevati pri uvedbi produkta. Dolgoročno pa to pomeni, da bodo produkti omejeni in dragi oziroma celo nedostopni za potrošnike.

4. SKLEP

Dejstvo je, da so banke sklepale (kreditne) pogodbe, ki jih je pravo dopuščalo. Večina bank v Sloveniji je izpolnila svojo pojasnilno dolžnost v skladu s takratno zakonodajo, če dodamo še vlogo notarja in izrecno opozorilo v kreditnih pogodbah, večina kreditnih pogodb v CHF v Sloveniji izpolnjuje pogoje oziroma odgovarja standardu, da te pogodbe ne vsebujejo nepoštenega pogoja. Pri kreditih v CHF je težava v retroaktivnosti in vprašanju zaupanja v pravo, ko se odloča za nazaj. Nekaj, kar je bilo pred 10 leti povsem normalno, je danes nepošteno.