

УДК: 347.447.63:336.717.5 ; 366.2

SERIF: S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP\_22305A

**Бојан ТЕРЗИЋ\***

директор Сектора за заштиту корисника финансијских услуга  
у Народној банци Србије

## **ПРАВНА ПРИРОДА КРЕДИТНИХ НАКНАДА – САЖЕТА УПОРЕДНА РАЗМАТРАЊА**

### **Сажетак**

*Пре евенјуалне процене правичности уговорних одредби о кредитним накнадама, неопходно је разумети њихову економску суштинску и следствено томе њихову правну природу. Упоредна судска пракса показује да судови, који се примењујући широке правне стандарде редовно позивају на циљно тумачење прописа о заштити потрошача, истовремено избегавају (уз одређене изузетке) да разматрају економску позадину тих накнада и могуће последице које забрана тих накнада може да има по потрошаче у целини. Недореченост Суда правде ЕУ у погледу сврхе кредитних накнада, уз специфичности националних прописа о заштити потрошача, узрокује различито третирање ових накнада на јединственом тржишту ЕУ – од њихове потпуне забране, до потпуне слободе њиховој уоварања. Уместо процене ценовних механизма банкарских услуга искључиво са аспекта доктринарних ставова судова, интерес потрошача у тржишним економијама захтева пре свега интензивну конкуренцију и обликовање банкарских услуга више сјрам потреба њихових корисника.*

---

\* Електронска адреса аутора: [bojan.terzic@nbs.rs](mailto:bojan.terzic@nbs.rs).

**Кључне речи:** *Кредитне накнаде. – Нејравичне уговорне одредбе. – Директива 93/13. Кључне и помоћне уговорне одредбе. – Суд правде ЕУ.*

## I Увод

Питање дозвољености уговарања и наплате кредитних накнада<sup>1</sup> у Србији бива актуелизовано након доношења две правоснажне пресуде Вишег суда у Сомбору, у марту 2017. године.<sup>2</sup> Тим пресудама је први пут правоснажно заузет став да је ништава уговорна одредба којом се корисник кредита обавезује да плати банци једнократну накнаду по основу трошкова обраде кредита. Следило је прогресивно увећање броја ових спорова. Процене показују да је у тренутку доношења Правног става о дозвољености уговарања трошкова кредита (мај 2018.) пред првостепеним судовима било од четири до пет хиљада оваквих спорова, док је у септембру 2021. године, када је Врховни суд *морао* поново да интервенише, било више од 200.000 спорова.<sup>3</sup>

Питање (не)правичности кредитних накнада у појединим земљама ЕУ отворено је знатно раније. Тако у Немачкој ово питање постаје посебно актуелно од 2008. године, а дефинитивно је (у погледу потрошача) решено у мају (и октобру) 2014. године. Оспоравање једнократне кредитне накнаде прелило се из Немачке на околне државе, као што су Чешка, Аустрија, Мађарска, док Пољска има свој специфични историјат настанка ових спорова.<sup>4</sup> Поједини трошкови и накнаде оспоравају се и у Шпанији.

Правна природа (једнократне) кредитне накнаде у контексту утврђивања њене (не)правичности представља претходно правно питање и своди се заправо на процену да ли је та накнада део цене кре-

1 Под кредитном накнадом у овом раду подразумевамо једнократну накнаду најчешће познату под називом „накнада за обраду кредита“, која се наплаћује приликом исплате кредита, као и накнаду за праћење отплате кредита, која се најчешће плаћа током периода отплате кредита (у фиксном износу или процентуално од износа кредита, односно остатка дуга).

2 Гж. 310/17 и Гж. 320/17 од 15. 3. 2017. године.

3 Процене су дате на основу података Удружења банака Србије (УБС). Према овим подацима, у првој половини 2021. године пред првостепеним судовима је било 200.878, а на крају те године 292.728 спорова.

4 У Пољској је измена Грађанског законика уведено ограничење каматне стопе (двоструки износ законских камата). Кредитне институције су покушале да заобиђу ово правило високим накнадама и провизијама, што је узроковало спорове у којима су оспораване ове накнаде.

дита. Наиме, у свим поменутич чланицама ЕУ, спорови у вези са кредитним накнадама воде се с позивом на националне прописе којима је имплементирана Директива о неправичним уговорним одредбама.<sup>5</sup> Наведена Директива у чл. 4 ст. 2 и национални прописи многих држава чланица не дозвољавају контролу правичности одредби уговора којима је дефинисан предмет уговора (*main subject matter*), односно контролу адекватности цене и накнаде у односу на испоручена добра и услуге (*main price objection*), под условом да су те одредбе дефинисане јасним и разумљивим језиком.<sup>6</sup>

С тим у вези, упоредно посматрано уочили смо неколико различитих приступа. Судска пракса у Немачкој је става да једнократна процесна банкарска накнада не може бити део цене кредита, а затим је оцењено да је та накнада неправична *per se*, без обзира на околности конкретног случаја. Потпуно супротан приступ у погледу правне природе одређених кредитних накнада заузео је Врховни суд Уједињеног Краљевства, схватајући сваку монетарну обавезу корисника као део цене кредитног производа, те као такву изузету од контроле.<sup>7</sup> Трећи приступ, који можемо назвати *средњи њуш*, има Суд правде ЕУ, који није заузео јасан став у погледу правичности кредитне накнаде, али ни у погледу њене правне природе, већ је углавном давао тумачења одређених правних стандарда указујући на критеријуме значајне за процену спорних одредби.

Циљ овог рада је да укратко прикаже ова три различита схватања, дајући критички осврт и износећи сопствено разумевање, те да подстакне критичко разматрање овог питања. Иако чл. 4 ст. 2 Директиве није преузет у домаће прописе о заштити потрошача, (што не значи да је сврха тих прописа и без те одредбе контроле цена од стране суда), правна природа накнаде свеједно може бити значајна за домаћу судску праксу, имајући притом у виду да домаћи судови своје одлуке и нису заснивали на тим прописима, већ на одређеним начелима општег уговорног права. Због актуелности ове теме, нисмо могли да изоставимо различите резултате у процени правичности кредитних накнада код ова три приступа, па су и они укратко наведени и коментарисани.

---

5 Директива о неправичним уговорним одредбама у потрошачким уговорима (*Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts*, OJ L 95/29, 21. 4. 1993; даље у тексту и фуснотама: Директива 93/13).

6 Чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13: Процена неправичности одредбе не односи се на дефиницију главног предмета уговора нити на адекватност цене и накнаде на једној страни и заузврат испоручених добара и услуга на другој, *ако су те одредбе формулисане јасним и разумљивим језиком*.

7 Потпуно супротан став у односу на немачку судску праксу заузео је и Врховни суд Аустрије. Вид. Supreme Court Decision 6Ob13/16d, 30. 3. 2016.

## II Правна природа кредитних накнада у упоредној судској пракси

### 1. Пресуде Савезног суда СР Немачке

Пресудама од 13. маја 2014. године (BGH XI ZR 405/12 и BGH XI ZR 170/13) Савезни суд СР Немачке (*Bundesgerichtshof* – Савезни суд) је, за разлику од свог дотадашњег става,<sup>8</sup> пресудио да је ништава одредба општих услова пословања којом је уговорена једнократна процесна накнада у уговору о кредиту закљученом између кредитне институције (банке) и потрошача. Сматра се да је оспоравање кредитних накнада изазвало предавање председника грађанског већа тог суда, судије Герда Ноба (*Gerd Nobbe*), на конференцији у новембру 2007. године, посвећеној банкарском праву и дозвољености кредитних накнада (објављено почетком 2008. године), у којем је изнео чврст став против дотадашње судске праксе, указавши притом на неколико основних принципа којима се треба руководити приликом разматрања овог питања.<sup>9</sup>

Мишљења и ставови Савезног суда из ових пресуда суда могу се поделити у два дела. Први део чине разматрања у вези са правном природом једнократне кредитне накнаде, а други део објашњење процене овог суда да се ради о неправичној одредби.

#### *а) Мишљење о природи једнократне кредитне накнаде*

Пре упуштања у процену правичности одредбе о накнади, Савезни суд је најпре морао да провери да ли та одредба уопште подлеже таквој процени. За разлику од Директиве 93/13 која у чл. 4 ст. 2 уско дефинише одредбе које не могу бити предмет контроле правичности, Немачки грађански законик у одредби § 307 ст. 3 широко дефинише одредбе које могу бити предмет те контроле правичности, а то су одредбе у општим (стандардним) условима пословања на основу којих је договорено одступање од диспозитивних одредби прописа, или допуна тих диспозитивних одредби.<sup>10</sup> Такође, и одредба која не одступа

8 Последњи пут се Савезни суд о овом питању изјаснио у пресудама XI ZR 11/04 и 10/04 од 14. септембра 2004. године, када је процесну накнаду од 4% доводио у питање због тога што је била неуобичајено висока, али право да се кредитна накнада наплаћује није оспорено. Такође је у ранијим пресудама, од 1979. године закључно са пресудом XI ZR 11/04 из 2004. потврђивао право на наплату уобичајене кредитне накнаде до 2%.

9 Вид. Gerd Nobbe, „Zulässigkeit von Bankentgelten“, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, Nr. 5/2008, 187–194; BGH – XI ZR 348/13, 28. 10. 2014, Rn. 42(c) и 58.

10 Немачки грађански законик (*Bürgerliches Gesetzbuch*; даље у тексту и фуснотама: BGB).

од диспозитивне одредбе прописа, зато што такве одредбе нема, може бити предмет процене ако није довољно јасна и разумљива.<sup>11</sup> С друге стране, главна уговорна обавеза и цена која се плаћа за то директно представљају израз принципа аутономије воља и стога не подлежу контроли материјалног садржаја, већ само са аспекта општих правила из одредби § 134 и § 138 BGB.<sup>12</sup>

Зато је најпре било потребно утврдити да ли је одредба о накнади део тих општих услова пословања, и ако јесте – да ли представља одступање или допуну диспозитивних одредби прописа који регулишу уговор о кредиту.<sup>13</sup> Савезни суд је најпре успео да докаже да ова одредба јесте уговорена као део стандардних услова. Наиме, по мишљењу овог суда, да би се нека одредба сматрала унапред формулисаном, она не мора бити записана, већ је довољно да је на други начин фиксирана за виšekратну употребу. Довољно је да је уговорна одредба похрањена „у глави“ онога ко ту одредбу користи ради будуће и редовне употребе у уговорима. Није неопходно да процесна накнада буде део приказа структуре цене, а одредба о накнади се може сматрати унапред формулисаном иако номинални износ накнаде није одређен у уговору о кредиту, ако банка за ту накнаду редовно задужује кориснике у унапред одређеном фиксном проценту, односно обрачунава је на бази појединачних података за сваког корисника.<sup>14</sup> Заправо, уговорне одредбе се сматрају делом општих услова ако се о њима није индивидуално преговарало, при чему је доцнија судска пракса тај стандард преговора схватила врло строго.<sup>15</sup>

Након што је претходно недвосмислено утврдио да је одредба о једнократној накнади део стандардних (општих) услова пословања банке, Савезни суд најпре констатује да треба разликовати главну уговорену услугу од специјалне услуге која се нуди као додатак, и даље ситуацију

11 У Немачкој није директно транспонована Директива 93/13 (осим што су унете одредбе које дефинишу појам потрошача и привредног субјекта), будући да је оцењено да домаће право пружа већи степен заштите потрошача у односу на ту директиву. До 2002. године неправичне уговорне одредбе биле су регулисане посебним законом који је уређивао опште услове пословања (*AGB-Gesetz*).

12 Roman Jordans, „Zur (Un-)Zulässigkeit von Bankentgelten“, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht*, Nr. 5/2015, 203.

13 Додатни разлог је и тај што износ једнократне накнаде није био утврђен у тексту уговора нити у било ком другом документу, већ је постојала одредница само да се накнада наплаћује у одређеном проценту, док је посебним прописима предвиђено да у уговору о кредиту морају бити наведени и сви *групи ти рошкови који произлазе из уговора о кредиту*. То је могло довести до тога да одредба заправо уопште није уговорена, што би онемогућило процену њене правичности.

14 BGH XI ZR 170/13, Rn. 20–21.

15 BGH XI ZR 233/16, 4. 7. 2017, Rn. 23.

у којој банка пребацује на корисника генералне оперативне трошкове и трошкове у вези са испуњавањем својих законских и уговорних обавеза, а затим заузима став да једнократна накнада, која се углавном одређује линеарно, служи за покриће управо тих генералних оперативних трошкова банке у вези са одобравањем кредита, при чему не постоје било какве додатне, пратеће услуге које банка заузврат пружа кориснику.

Када је реч о могућности да кредитна накнада буде схваћена као део цене кредита, Савезни суд констатује да је каматна стопа цена за коришћење капитала.<sup>16</sup> Суд начелно дозвољава двокомпонентну цену, наводећи да попуст у каматној стопи банка може да компензује кроз једнократну накнаду, али је с друге стране децидан да је *каматиа у ираву, само она накнада која је заснована на времену коришћења (іреостіалоі) кайишјала (Zeit überlassenen Kapitals)*, те да се за разлику од накнаде за помоћне и додатне услуге, кредитна накнада може разумети као део камате само ако њен износ зависи од рока отплате.<sup>17</sup> Другим речима, ово би значило да банка трошкове које наплаћује кроз једнократну накнаду, теоријски може да наплаћује кроз авансни део камате, под условом да је укупна камата, па и тај део који се плаћа унапред, утврђен спрам рочности кредита. Дакле, Савезни суд је „код зајма стао на становиште да трошкови обраде, пошто се не плаћају оброчно него одједном, подлежу контроли садржаја (док тзв. *disagio*, који се плаћа оброчно, тј. на рате, не подлеже јер је саставни део камате као главне обавезе из уговора о кредиту).“<sup>18</sup>

Пре него што покажемо како је спроведена та контрола, важно је указати на да је овај суд још 1999. године заузео став да одредба о накнади трошкова није у складу са фундаменталним принципом правног поретка, ако се том накнадом трошкови активности банке које она врши зато што је на то обавезана прописима или их врши у свом интересу – преваљују на корисника.<sup>19</sup> Логично се одмах намеће питање како је онда могуће да тај став тако дуго није примењен на кредитне накнаде. То је образлагано тиме што би једноставан пренос овог правила на једнократне накнаде за обраду био у супротности са изричитим одобравањем таквих накнада (последњи пут 2004. године), као и да је наведено правило у конкретним случајевима успостављено у вези са трошковима извршења, а не закључења уговора.<sup>20</sup>

16 BGH XI ZR 170/13, Rn. 33, 40, 42. Слична реченица постоји у пресуди Вишег суда у Сомбору Гж. 310/17, 4.

17 BGH XI ZR 170/13, Rn. 51–52.

18 Милош Живковић, „О дозвољености уговарања трошкова обраде кредита у праву Србије“, *Банкарство*, бр. 2/2018, 20.

19 Вид. BGH XI ZR 8/99, 19. 10. 1999, Rn. 7.

20 У конкретним случајевима радило се о трошковима праћења принудне наплате дуга, трошковима обавештавања о непостојању средстава за наплату рате путем

б) Процена правичности једнократне кредитне накнаде

Процену правичности одредбе о једнократној кредитној накнади Савезни суд је извршио на основу одредбе § 307 тач. 2 ст. 1 BGB којом се у случају сумње уводи законска претпоставка да постоји значајна неравнотежа (у правима и обавезама уговорних страна) ако одредба није у складу са битним принципима одредбе од које одступа. Ова одредба представља рефлексију раније судске праксе у вези са применом одредбе § 242 BGB, држећи да је одредба уговора која модификује „режијску слику“ (*Leitbild*) уговора која је дата диспозитивним правилима, супротна доброј вери.<sup>21</sup> Стартна претпоставка је та да је законодавац приликом формулисања диспозитивних правила настојао да подели права и обавезе између уговорних страна на начин који одговара идеалном (*Leitbild*), у смислу онога што је поштено и правично.<sup>22</sup> Међутим теоретичари и судови иду ка томе да праве разлику између диспозитивних правила која су базирана на захтеву једнакости (*Bestimmungen mit Gerechtigkeitsgehalt*), у којима се огледа потреба да се заштити слабија страна, и оних одредби које просто имају практичну употребу (*Bestimmungen mit Zweckmäßigkeitfunktion*), те само у случају неусклађености са овом првом групом може се проузроковати неправичност.<sup>23</sup>

Зато, Савезни суд код процене ове неравнотеже полази од структуре уговора о кредиту која је утврђена диспозитивним одредбама § 488 BGB (наслов овог параграфа гласи: *Типичне уговорне обавезе у уговору о кредити*). Будући, дакле, да то нису императивне одредбе, суд препознаје да накнаде које не зависе од рока отплате нису у сваком случају искључене као додатак на камату, али ипак одредбе општих услова које одступају од типичне уговорне структуре где је противчињидба за дат кредит камата која зависи од рочности кредита, мора бити процењивана са аспекта правичности.<sup>24</sup> С тим у вези, Савезни суд даље доказује да уговорна одредба о једнократној накнади није у складу са битним принципима одредбе § 488 ст. 1 тач. 2 BGB којом је прописана обавеза зајмодавца да плати камату и да отплати кредит на дан доспећа. Иако признаје да та законска одредба нема улогу да фиксира цену и да она дефинише типичне обавезе за уговор о кредиту, Савезни суд ипак тврди да „сврха нове верзије одредбе § 488 у контексту реформе обли-

---

трајног налога и сл. Вид. BGH XI ZR 348/13, Rn. 70–71.

21 Paolisa Nebbia, *Unfair Contract Terms in European Law (A Study in Comparative and EC Law)*, Oxford – Portland – Oregon, 2007, 26.

22 Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018, 942.

23 P. Nebbia, 26.

24 Вид. BGH XI ZR 170/13, Rn. 75.

гационог права (*Schuldrechtsreform*) није само да класификује кредит у складу са реалностима живота. Напротив, та одредба ставља посебан нагласак на главне обавезе које карактеришу кредит те зато одредбу § 488 BGB треба разумети као базичну норму кредитног права. Додатно, из природе уговора о кредиту као уговора са узајамним обавезама произлази да, у циљу обезбеђивања баланса између тих обавеза, цена за кредит мора у начелу да зависи од времена трајања уговора о кредиту.<sup>25</sup>

Дакле, у смислу претходно наведене поделе диспозитивних норми у оквиру *Leitbild* доктрине, Савезни суд овде заузима став да поменути диспозитивна одредба BGB (§ 488 ст. 1 тач. 2) која дефинише обавезе корисника кредита, нема само практичну употребу, тј. да она не произлази из захтева сврсисходности, већ да је то правило засновано на захтеву једнакости.

Међутим, с обзиром на то да је једну општу одредбу цивилног законика схватио као диспозитивну норму која успоставља идеалан однос уговорних страна, Савезни суд је морао да објасни сврху других одредби тог законика, али и других прописа који код уговора о кредиту поред камате препознају и друге трошкове, односно друге новчане обавезе корисника.<sup>26</sup> Савезни суд ту прилично лако констатује да је то препознавање накнада (у виду других трошкова уговора о кредиту) од стране закона којим је уређено предуговорно информисање и садржина уговора о кредиту (EGBGB) и правилника којим је уређено исказивање цене код уговора о кредиту са потрошачем (PAngV) – ирелевантно са аспекта оцене правичности одредбе о једнократној накнади држећи да је тим прописима, а будући да су се различити трошкови у пракси наплаћивали, законодавац хтео само да обезбеди транспарентност, односно информисаност корисника, али да се тиме није изјаснио о дозвољености наплате тих трошкова.<sup>27</sup> Другим речима, могло би се разумети да Савезни суд овде каже да је законодавац прописујући обавезне елементе уговора о кредиту са потрошачем и имплементирајући Директиву 2008/48<sup>28</sup> у посебан закон и подзаконски акт унео елемент уговора о кредиту („други трошкови“ – који може да укључује и једнократну

25 BGH XI ZR 170/13, Rn. 75.

26 Вид. BGB, § 491 ст. 3, § 491а ст. 1, § 501; Уводни закон за BGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*; даље у тексту и фуснотама: EGBGB), § 247, § 3 ст. 1 тач. 10 и ст. 2, § 6 ст. 1 тач. 1; Правилник о исказивању цена (*Preisangabenverordnung*; даље у тексту и фуснотама: PAngV), § 6.

27 Вид. XI ZR 170/13, Rn. 67–70 и 77–79.

28 Директива о уговорима о кредиту са потрошачима (*Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC*, OJ L 133/66, даље у тексту и фуснотама: Директива 2008/48).



накнаду, што у пракси јесте био случај дуги низ година) који је, *по себи* и без обзира на околности конкретног случаја, увек противан битним принципима једне диспозитивне одредбе општег закона. Чини се да заправо Савезни суд овде даје предност широком, циљном тумачењу генералне диспозитивне одредбе општег закона (BGB) у односу на стриктно, језичко тумачење специјалних одредаба општег (BGB) и посебног закона (EGBGB).

### *в) Критички осврт и мојће последице*

Може се закључити да се оцена о неправичности једнократне кредитне накнаде темељи на три става. Први је да једнократна кредитна накнада служи за покривање генералних оперативних трошкова, што је чињеница која се тешко може оспорити. Став раније судске праксе по којем није дозвољено да уговорна страна трошкове који настају у њеном пословању пренесе на другу уговорну страну – само је узгред поменут и заправо није директно примењен, очигледно зато што је Савезни суд био свестан да је такав закључак ипак био изведен у вези са трошковима који су неизвесни, па као такви нису били уговорени. У супротном, да је овај став директно примењен, процена значајне неравнотеже са аспекта одредбе §488 ст. 1 BGB била би сувишна. Тај ранији став би заправо могао да има више последица по тзв. стварне, доказиве трошкове (износе које банка превали на корисника у износу који сама сноси према трећим лицима).<sup>29</sup> Други кључни и преломни став је да је *камата у праву, само она накнада која је заснована на року оtplаће кредита*.

На крају, постојање значајне неравнотеже заснива се на одступању одредбе о једнократној накнади (која притом не може бити део камате) од „идеалног“ положаја потрошача успостављеног диспозитивном одредбом § 488 ст. 1 BGB – где се за коришћење капитала плаћа само камата.

Дакле, једнократна накнада (обрачуната у одређеном проценту од износа кредита) не може да буде камата јер се њом не покривају трошкови коришћења капитала, пре свега зато што није заснована на времену коришћења капитала. Пошто једнократна накнада не може да буде камата, значи да није изузета од контроле правичности, а у тој контроли је утврђено да она није у складу са битним принципима диспозитивне

---

29 Тако је још 2009. године Виши регионални суд у Дизелдорфу оспорио преваљивање трошкова процене вредности непокретности на корисника, али се за сада према нашем сазнању BGH о томе још увек није изјаснио. У Шпанији су судови такође оспоравали пуноважност обавезе да корисници директно плаћају ове трошкове. Вид. Oberlandesgericht Düsseldorf, Az. IU 17/09, 5. 11. 2009. и CJEU Judgement, Case C-224/19, *CY v CaixaBank SA* (ECLI:EU:C:2020:578), пара. 33.

одредбе закона, која предвиђа да се за коришћење капитала плаћа камата.

У вези са наведеним треба истаћи да „у тржишној економији у којој влада принцип слободе уговарања уговорне стране одлучују који догађај представља разлог за плаћање одређених обавеза, и од којих се све елемената састоји новчана противчинидба, која може да укључује више плаћања за укупни пакет услуга.“<sup>30</sup> Такође, „у принципу нема ничег погрешног у преносу на потрошача трошкова који су генерисани због законских обавеза пружаоца услуга.“<sup>31</sup> Чињеница, иначе, да су корисници ти који плаћају, директно или индиректно, за трошкове који настају у оквиру пословања једноставно представља економску реалност, будући да је тешко утврдити ко би други могао да их плаћа.<sup>32</sup> Другим речима, банка ће увек као и свако друго привредно друштво које је основано ради стицања профита превалити своје трошкове пословања на другу уговорну страну, урачунавањем тих трошкова у цену, без обзира на то да ли је та цена изражена у једној или више компоненти. Ако суд не дозвољава две компоненте, урачунаће их у оквиру једне компоненте.

Осим тога, банке би евентуално могле да одлуче да кредитну накнаду уговарају у одвојеном уговору, те да доказују да се о тој накнади као главној уговорној обавези у том уговору интензивно преговарало, што би могло да води закључку да се не може вршити материјална контрола таквог уговора.

У овој пресуди Савезни суд врши вештачку поделу компоненти које чине ефективну каматну стопу (ЕКС). Међутим, за потрошача, ЕКС репрезентује реални терет који је релевантан за његову одлуку. ЕКС представља вредност противуслуге за „укупан пакет“ кредита.<sup>33</sup>

Савезни суд изричито наводи да банка има право да једнократну накнаду наплати кроз камату уз ограничење у виду забране зеленаштва.<sup>34</sup> Међутим, ако би, држећи се легалистичког приступа Савезног

30 Claus-Wilhelm Canaris, „Wandlungen des Schuldvertragsrechts. Tendenzen zu seiner ‚Materialisierung‘“, *Archiv für die civilistische Praxis*, Nr. 3–4/2000, 335.

31 Michael Schillig, „The Contribution of Law and Economics as a Method of Interpretation in European Private Law“, *European Review of Private Law*, Vol. 17, Nr. 5/2009, 861.

32 Opinion of Advocate General Hogan, Case C-621/17, delivered on 15 May 2019, (ECLI:EU:C:2019:411), пара. 36.

33 David-Julien dos Santos Goncalves, „Unwirksamkeit eines Bearbeitungsentgelts bei Abschluss eines Privatkreditvertrages“, *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (GWR)*, 2014, 306.

34 Вид. XI ZR 170/13, Rn. 94. Савезни суд је претходно објаснио да евентуално постоји могућност да део камате који је претходно обрачунат у зависности од периода коришћења кредита, буде наплаћен једнократно, те да би само таква једнократна

суда, „терали мак на конач“, поставили бисмо питање како се упутство „наплати све кроз камату“, која опет мора да зависи од рока отплате, одражава на износ кредитне накнаде. Другим речима, да ли банка све што наплаћује кроз камату (па и генералне оперативне трошкове) мора да базира на року отплате иако у начелу има исте оперативне трошкове у вези са закључењем кредита, без обзира на његову рочност (чиме би пенализовала кориснике кредита дуже рочности). Ако би одговор на ово питање можда и могао бити прескочен, чињеница да банка не може једнократно да наплати трошкове који имају знатно краће доспеће у односу на приход (расход) од камата и рочност кредита, јасно води увећању те накнаде, због разлике у садашњој и будућој вредности новца, као и због неизвесности (ризика) у њеној наплати током периода коришћења капитала.<sup>35</sup>

Без намере да коментаришемо специфичност немачког права и њихове доктрине, заиста није јасно како је могуће вршити процену правичности неке одредбе уговора, те с тим у вези утврђивати и постојање знатне неравнотеже између уговорних страна, искључиво на основу диспозитивне норме која даје дефиницију једног именованог уговора (*essentialia negotii*), а да се притом не разматрају економска позадина спорне уговорне одредбе и последице које по потрошаче може да има забрана такве одредбе. Просто, никакав баланс у обавезама уговорних страна не може постојати по себи, на основу тога што ће корисник цену кредита (у коју су урачунати сви трошкови и код које не постоји административно ограничење) плаћати у једној уместо у две или више компоненти. То што ће корисник платити само камату (уговор у којем се не одступа од диспозитивне норме која је „темељ баланса обавеза уговорних страна“), уопште не значи да ће платити мање од оног корисника (код којег је уговорено одступање од „идеалне слике“) који уз (нижу) камату плаћа и једнократну накнаду.

## 2. Судска пракса у Уједињеном Краљевству

Врховни суд Уједињеног Краљевства (*United Kingdom Supreme Court* – Врховни суд) није се бавио питањем правичности једнократне накнаде код уговора о кредиту, али је у чувеној пресуди из 2009. године

---

накнада, која представљала део камате и тиме део цене кредита – била дозвољена, односно изузета од контроле правичности. С тим у вези вид. XI ZR 170/13, Rn. 52.

35 О економским последицама примене правила „наплати све кроз камату“, вид. Борис Беговић, „У име струке: анализа пресуде и дописа о банкарској накнади за обраду кредита и њихових последица“, *Ценџар за либерално – демократске ситуације*, Београд, 2018, 6–9.

(*The Office of Fair Trading v Abbey National plc & Others*)<sup>36</sup> веома детаљно разматрао питање правне природе накнада које су банке, поред камате, наплаћивале у случају недозвољеног прекорачења рачуна (*unnarranged overdraft charges*). С тим у вези, треба имати на уму да прекорачење по рачуну, по својој економској и правној природи, представља такође уговор о (револвинг) кредиту, због чега су ставови из ове пресуде у потпуности примењиви и код класичног уговора о кредиту.

#### а) Ставови нижестејених судова

Након што је пред окружним судовима иницирано неколико хиљада поступака у којима су корисници оспоравали накнаде у вези са недозвољеним прекорачењем, Канцеларија за поштену трговину (*Office of Fair Trading*) је иницирала поступак пред Привредним судом (*Commercial Court*), који је био ограничен управо на утврђивање правне природе накнаде, без захтева да се суд изјасни о њеној правичности. У пресуди на 120 страна,<sup>37</sup> судија Ендрју Смит (*Andrew Smith*) је детаљно образложио свој став да се предметне накнаде не могу подвести под изузетак из одредбе чл. 6 ст. 2 Уредбе о неправичним одредбама у уговорима са потрошачима,<sup>38</sup> која је пандан чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13.

Судија је нашао да у ситуацији када дође до недозвољеног прекорачења банка заправо извршава само платни налог и та услуга (која доводи до позајмљивања додатних средства од банке) није изван главних услуга у оквиру уговора. Међутим, ради исправног разумевања чл. 4. ст. 2 тач. б) Уредбе, судија Смит уводи концепт „препознатљиве размене“ између услуге коју корисник добија и онога што плаћа, коју треба сагледати из угла типичних уговорних страна, узимајући у обзир суштину уговора и праву природу новчане обавезе, а не како је та обавеза описана. Притом, судија прихвата аргумент да је мање вероватно да ће одређена новчана обавеза бити препозната као цена производа ако се плаћа само под одређеним условима који се можда неће догодити.<sup>39</sup> Судија, затим, износи став да се израз „адекватност цене и

36 Judgment, [2009] UKSC 6, *The Office of Fair Trading v Abbey National plc & Others*, given on 25 November 2009 (даље у фуснотама: SC Judgment).

37 Judgment [2008] EWHC 875 (Comm), given on 24 April 2008 (даље у фуснотама: AS Judgment).

38 Уредба о неправичним одредбама у уговорима са потрошачима (*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*, 1999 SI 1999/2083; даље у фуснотама: Уредба). Чл. 6 ст. 2 Уредбе: Ако је одредба написана јасним и разумљивим језиком, процена правичности се неће вршити у погледу: а) дефиниције предмета уговора; б) адекватности цене, односно накнаде за испоручена добра или услуге.

39 Вид. AS Judgment, пара. 385–389.

накнаде“ из одредбе чл. 6(2)б Уредбе, не може применити на предметну накнаду која се не наплаћује с позивом на стварну услугу (судија је прихватио да у случају недозвољеног прекорачења банка пружа услугу из уговора), већ због узгредних околности које настају након пружања те услуге (мисли се на недозвољени минус који настаје након што банка поступи по платном налогу).<sup>40</sup> Главну тврдњу на којој се заснивала одбрана банака, тзв. „аргумент целог пакета“ услуга (*whole package argument*), а који говори да банке пружају читав низ услуга у оквиру пакета текућег рачуна, те да се накнаде за све те услуге плаћају само у одређеним случајевима – првостепени суд није прихватио, јер судија није нашао да се може узети да се предметне накнаде плаћају и када је на рачуну позитиван салдо, као и зато што типични корисник те накнаде не би препознао као део цене приликом отварања рачуна, нити су му оне тако презентоване.<sup>41</sup>

Апелациони суд (*Court of Appeal*) је подржао одлуку првостепеног суда, с тим да је имао донекле другачији став када је реч о услугама које доводе до недозвољеног прекорачења и даље до наплате накнаде, сматрајући их, за разлику од судије Смита, помоћним услугама, па тиме и њихову противчинидбу – предметне накнаде, односно одредбе којим су оне уговорене, помоћним одредбама (*incidental or ancillary terms*).<sup>42</sup>

Треба рећи да се ово разликовање на којем је инсистирао Апелациони суд ослања на пресуду Дома лордова (*The Director General of Fair Trading v First National Bank PLC*) из 2001. године, када је утврђено да одредба о камати која се примењује у случају раскида због неиспуњења (*default provision*) не подлеже изузетку из чл. 6 ст. 2 Уредбе јер је оцењена као одредба која не изражава суштину погодбе, већ као успутна, односно помоћна одредба.<sup>43</sup> Одредба је ипак прошла тест правичности и није оцењена као неправична.

Укупно гледано, суштина образложења нижих судова је да се изузетак из одредбе чл. 6 ст. 2 Уредбе односи на суштински део погодбе уговорних страна, а да приликом одређивања шта представља тај суштински део треба кренути од позиције типичног корисника. Будући да се предметне накнаде не плаћају редовно у оквирима нормалне примене уговора, типичан потрошач их не би препознао као цену за услуге које банка пружа у оквиру пакета рачуна, те зато оне нису део те цене, односно

---

40 Вид. AS Judgment, пара. 394.

41 Вид. AS Judgment, пара. 398.

42 Judgment [2009], EWCA Civ 116, given on 26 February 2009, (даље у фуснотама: AC Judgment).

43 Вид. Judgment [2001] UKHL 52, *The Director General of Fair Trading v First National Bank PLC*, given on 25 October 2001, посебно Lord Bingham, пара. 11–12.

нису део суштинске погодбе и зато се не могу подвести под изузетак из чл. 6 ст. 2 тач. б) Уредбе.<sup>44</sup>

### б) Став Врховног суда

Врховни суд није прихватио ставове и образложења нижих судова, не нашавши да постоје разлози да се иде даље од језичког тумачења одредбе чл. 6 ст. 2 тач. б) Уредбе, која је јасна и језгровита и која не садржи било какве индикације да се односи искључиво на „суштинску“ цену и накнаду.<sup>45</sup> Члан 4(2) Директиве 93/13 и члан 6(2) Уредбе могли би се слободно описати као норме које се баве кључним одредбама (*core term*). Апелациони суд је погрешно када је успоставио додатну рестрикцију у смислу да би само суштински кључне одредбе (*essential core terms*) требало да уживају имунитет. Другим речима, Врховни суд није нашао основа у тој одредби да се прави разлика између главне цене и додатних накнада. Такође, у вези са сугестијама Апелационог суда да непостојање преговора или могућности да се преговара о одредби снажно говори против закључка да се у случају накнада ради о делу цене – Врховни суд подсећа да се Директива 93/13 и Уредба и баве само уговорним одредбама о којима се није преговарало.<sup>46</sup>

Врховни суд признаје да када је реч о испоруци добара (пружању услуга) могу постојати периферни додаци који се могу сматрати помоћним у смислу чл. 6 ст. 2 тач. а) Уредбе, али накнаде и за та периферна добра (услуге), које се плаћају у оквиру истог уговора, представљају део цене у смислу тач. б) тог става. Ипак, препознаје да не може свака одредба која је на неки начин везана за новчане обавезе бити изузета од контроле правичности, што показује случај *First National Bank*, али и тзв. „сива листа“ неправичних уговорних одредби.<sup>47</sup> Другим речима, Врховни суд овде наводи да свака одредба уговора која је у вези са новчаном обавезом не мора нужно бити изузета, али свако плаћање у оквиру пакета услуга јесте изузето јер представља део укупне новчане противчинидбе корисника за услугу банке.

На крају, Врховни суд заузима чврст став да су накнаде за недозвољено прекорачење новчана противчинидба за пакет банкарских услуга у оквиру личног текућег рачуна корисника. Те накнаде су важан део банкарске структуре накнада и чине више од 30% њиховог укупног прихода од текућих рачуна. Чињеница да се те накнаде наплаћују изу-

44 Вид. SC Judgment, *Lord Walker*, пара. 27–36, *Lord Phillips*, пара. 69–79.

45 Вид. SC Judgment, *Lord Walker*, пара. 32, 38, 41.

46 SC Judgment, *Lord Mance*, пара. 112, 108. С тим у вези вид. AC Judgment, пара. 109.

47 Вид. SC Judgment, *Lord Walker*, пара. 46, 43.

зетно, под одређеним околностима, те да их већина корисника не плаћа, је ирелевантна.<sup>48</sup> Овим је Врховни суд прихватио аргумент целог пакета услуга (*whole package argument*), што је била основа на којој се заснивала одбрана одредби о накнадама.

Уз то, највиши суд у Уједињеном Краљевству сматра да код процене ових одредби (да ли су део суштинске погодбе) не треба применити приступ типичног корисника, него објективан приступ, који треба да узме у обзир схватање хипотетичког, разумног корисника, али да нема основа да се то чини на начин да се покушава идентификовати типичан корисник или фокусирањем на ствари на које би се тај корисник вероватно фокусирао.<sup>49</sup>

Важно је истаћи да је Врховни суд ипак прихватио дистинкцију у вези тумачењем изузетка из чл. 6 ст. 2 тач. б) Уредбе, коју је препознао судија Смит, а која је могла да има значајне последице.<sup>50</sup> Наиме, судија је указао на то да се изузетак из те одредбе може разумети тако да се изузеће односи само на адекватност цене (*excluded assessment construction*), или тако да изузетак значи забрану било какве процене одредбе о цени (*excluded term construction*).<sup>51</sup> За судију ово разликовање није било значајно јер он накнаде није ни подвео под ту одредбу, али пошто је Врховни суд применио изузетак, то разликовање је могло да буде значајно, јер ако се није могла процењивати адекватност накнада спрам пакета услуга (*excluded assessment*) и даље је остала отворена могућност да се контролишу други аспекти тих накнада (*excluded term*). С тим у вези, Врховни суд је отворено указао на то да, иако се не може процењивати адекватност износа накнада спрам услуга које се пружају заузврат, може се процењивати правичност метода наплате тих накнада.<sup>52</sup> Да би се ово разумело, потребно је имати у виду да су ове накнаде наплаћиване искључиво корисницима који дођу у недозвољено прекорачење, док корисницима који имају позитиван салдо (*free if in credit*) већина банака није наплаћивала накнаду за одржавање рачуна, како је то иначе уобичајено у земљама континенталне Европе.<sup>53</sup> Овакав начин наплате предметних накнада доводи до интерног

---

48 Вид. SC Judgment, *Lord Walker*, пара. 47.

49 Вид. SC Judgment, *Lord Mance*, пара. 113.

50 Вид. SC Judgment, *Lord Walker*, пара. 29; *Lord Phillips*, пара. 60–61.

51 Вид. AS Judgment, пара. 391, 422.

52 Вид. SC Judgment, *Lord Walker*, пара. 52; *Lord Phillips*, пара. 64, 80.

53 *Free if in credit* као начин пружања услуга у вези са текућим рачуном уведен је средином осамдесетих, и значи да корисници који имају позитиван салдо не плаћају накнаду за одржавање рачуна, већ трошкове одржавања тих рачуна банке покривају из камата на дозвољено/недозвољено прекорачење и предметних накнада.

субвенционисања (*cross-subsidy*) оних који изузетно ретко долазе у позицију да плаћају те накнаде (42 милиона корисника) од стране оних који их редовно плаћају (12 милиона корисника).<sup>54</sup>

### в) Кријичке пресуде Врховног суда

Очекивано, одлука Врховног суда изазвала је бројне критике: да се суд сувише фокусирао на новац који банке зарађују од спорних накнада; да је суд пропустио да заузме сврсисходан приступ; да је требало упутити питање Суду правде ЕУ; да је суд пропустио да заштити кориснике од неправичног изненађења.<sup>55</sup>

У оквиру прве групе критика, чини се да је најоштрији био Витакер (*Whittaker*), који наводи да су овакви аргументи веома близу да кажу да чињеница да банке праве добру зараду од накнада уговорених спорним одредбама, значи да те накнаде представљају део цене, односно накнаду за пакет услуга. Додатно, уместо да примене објективни приступ у процени шта чини цену у смислу одредбе чл. 6(2)б Уредбе, они усвајају гледиште испоручилаца добара и услуга.<sup>56</sup>

С друге стране, неки аутори препознају да је овај приступ Врховног суда у складу са схватањем слободног тржишта и конкуренције. У смислу функционисања конкуренције, ирелевантно је да ли је цена садржана у једној одредби или је разасута кроз више одредби уговора, све док потрошач има на располагању неопходне информације да упореди одредбе различитих испоручилаца и да одлучи на бази тог упоређивања. Ипак, указује се на то да је Врховни суд пропустио да изнесе било који критеријум како да се идентификују и разликују одредбе које представљају новчану противчинидбу од осталих одредби.<sup>57</sup>

У погледу става Врховног суда да не прихвати процену природе кредитних накнада из угла типичног корисника, него да примени

54 Банке у Уједињеном Краљевству су у 2006. од предметних накнада приходовале 2,56 милијарди фунти, док су од камата на дозвољено прекорачење приходовале 4,1 милијарду. Другим речима, трошкови одржавања рачуна свих корисника великим делом су покривени из предметних накнада које је платило око 22% корисника, а које чине 38% укупних прихода од текућих рачуна. Вид. *SC Judgment, Lord Walker*, пара. 1, 36, 42.

55 The Law Commission and The Scottish Law Commission, „Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach?“, *Issues Paper*, 2012, доступно на адреси: [https://www.law-com.gov.uk/app/uploads/2015/06/unfair\\_terms\\_in\\_consumer\\_contracts\\_issues.pdf](https://www.law-com.gov.uk/app/uploads/2015/06/unfair_terms_in_consumer_contracts_issues.pdf), 10. 6. 2022, 60, пара. 6.10.

56 Simon Whittaker, „Unfair Contract Terms, Unfair Prices and Bank Charges“, *The Modern Law Review*, Vol. 74, Nr. 1/2011, 115–116.

57 James Devenney, Mel Kenny (eds.), *The Transformation of European Private Law: Harmonisation, Consolidation, Codification or Chaos?*, Cambridge, 2013, 269.



објективан приступ, наводи се да огромна већина корисника не сматра да је накнада због недовољно средстава на рачуну есенцијални елемент уговора који закључују с банком. Заштитом такве одредбе од теста правичности чини се мало у погледу вишег циља, заштите потрошача.<sup>58</sup>

У вези са избегавањем Врховног суда да упути захтев Суду правде ЕУ, неки аутори су гласно изнели оно што је, чини се ипак било очигледно, а то је да „се климави правни аргументи за необраћање Суду правде ЕУ појављују као покушај да се легализује прави разлог – да се избегне даље одлагање решавања спорног питања.“<sup>59</sup>

На крају, треба отворено рећи да је улог ипак био велики. Имајући у виду да је ранијим прецедентима прихваћен рок од шест година за плаћање без основа, рачунајући од дана сазнања да основ не постоји, те да су банке у 2006. од спорних накнада приходовале 2,56 милијарди фунти, био би то огроман финансијски терет за банке, али и за државу, која је била акционар неких од банака у спору, и то усред велике кризе финансијског сектора која је отпочела 2008. године.<sup>60</sup>

Иако је Врховни суд оставио отворена врата да се у другим поступцима оспорава начин наплате предметних накнада, Канцеларија за поштену трговину се изјаснила да неће настављати истрагу и чинило се да су њена очекивања окренута према законодавној интервенцији.<sup>61</sup> Ова очекивања су се брзо показала као исправна јер је Влада предузела одређене мере које су у наредним годинама омогућиле да се знатно унапреди ниво транспарентности, док су банке знатно умањиле предметне накнаде.<sup>62</sup>

---

58 Paul Davies, „Bank Charges in the Supreme Court“, *Cambridge Law Journal*, Vol. 69, Nr. 1/2010, 22.

59 Michael Schillig, „Directive 93/13 and the ‘Price term exemption’: A comparative analysis in the light of the ‘Market for Lemons’ rationale“, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 60, Nr. 4/2011, 963.

60 Вид. The Law Commission and The Scottish Law Commission, 43, пара. 5.25.

61 P. Davies, 23.

62 Ове интервенције су омогућиле да корисник добија СМС или имејл упозорење ако стање на његовом рачуну падне испод одређене границе, затим да има одређени грејс период у којем може да измири недозвољено прекорачење без наплате накнаде, као и да се накнаде не наплаћују за веома мале износе недозвољеног прекорачења (*buffer zone*). Велики број банака је независно од регулаторних интервенција већ наредне (2010.) године ревидирао структуру накнада код дозвољеног/недозвољеног прекорачења, тако да је просечна наплаћена накнада за недозвољено прекорачење пала са 34 фунти у 2007. години на 14 фунти у 2010. Детаљније о овоме вид. The Law Commission and The Scottish Law Commission, 51–52.

### і) Закључак

Дакле, може се рећи да је основна разлика између одлука нижих судова и Врховног суда у томе што је други прихватио *аргументи целой иакейша услуја*. С тим у вези, чини се да је и поред бриљантног образложења које је дато у првостепеној пресуди, део тог образложења у вези са неприхватањем овог главног аргумента банака био најслабији. Наиме, објашњење судије Смита да се не може прихватити да се накнаде за недозвољено прекорачење плаћају за те услуге када је на рачуну позитиван салдо, не узима у обзир објашњење банака да су ове накнаде тако структуриране да они корисници који имају позитиван салдо плаћају цену за услуге текућег рачуна кроз вишак средстава која држе на рачуну, а на која банка плаћа веома ниску камату или је не плаћа уопште. Такође, иако је објективан приступ у процени природне кредитне накнаде оштро нападан, пре свега због незграпног објашњења Врховног суда у погледу значајности удела предметних накнада у приходима банака, тај објективан приступ заправо мора да узме у обзир намеру и схватање тих накнада из угла обе уговорне стране, а не само типичног корисника. С тим у вези, разматрајући концепт „препознатљива размена“, судија Смит наводи да би та процена била сужена ако би се узела у обзир само позиција типичног потрошача без узимања у обзир позиције типичног продавца.<sup>63</sup> Осим тога, стандард „типичан корисник“ отвара бројна питања у вези са његовим тумачењем, како генерално – тако и у овом конкретном случају, на које нижи судови нису дали одговоре,<sup>64</sup> а питање је да ли стандард „просечног корисника“ (*average consumer*) који је развијен у европској судској пракси заиста може бити од великог значаја.<sup>65</sup>

Занимљиво је да нисмо наишли на значајније критике ставова нижих судова у погледу процене предметних одредби са аспекта клаузуле за случај неиспуњења.<sup>66</sup> Јер, да су одредбе о накнадама квалификоване као одредбе за случај неиспуњења (*default terms*), а не само (попут такве одредбе) као помоћне – став из случаја *First National Bank* онемогућио

63 AS Judgment, пара. 388.

64 Примера ради, како у пресуди наводи лорд Менс (*Lord Mance*), поставља се питање да ли треба посматрати све кориснике текућих рачуна или само оне на које би се те накнаде вероватно примењивале. Вид. Judgment, *Lord Mance*, пара. 113.

65 Вид. The Law Commission and The Scottish Law Commission, 57, пара. 5.96.

66 Апелациони суд, додуше, наводи да „предметне одредбе функционишу тако што се накнаде наплаћују у непредвиђеним околностима, те оне зато нагињу ка одредбама за случај неиспуњења које се примењују у случају повреде уговора...“ (AC Judgment, пара. 107), али се та њихова карактеристика помиње само у циљу доказивања да се и у овом случају ради о помоћним одредбама.

би или знатно отежао Врховном суду да примени изузетак из одредбе чл. 6(2)б Уредбе.<sup>67</sup> Додатно, да је Канцеларија за фер трговину као спорно питање изнела и процену правичности предметних одредби у целини, а не само да ли се може процењивати правичност висине накнада, а имајући у виду претходно наведену разлику (*excluded assessment/term*) коју је прихватио Врховни суд, тај суд би морао да се изјасни и о правичности метода наплате који доводи до интерног субвенционисања. Овако, спорно питање, сувише уско формулисано, омогућило је Врховном суду да се „извуче“ само са мишљењем о примени „кључног изузетка“.

Ипак својим образложењем у којем је указао на негативно интерно субвенционисање, ова пресуда је утицала на знатно умањење спорних накнада, с тим да начин наплате тих накнада до данас није значајније измењен и остаје контроверзан.<sup>68</sup>

У сваком случају, оно што се може извући као најзначајнији закључак из ове пресуде, а за сврхе овог рада, јесте да аргумент „сва плаћања за један пакет услуга“ још више важи у случају кредитних накнада код класичног уговора о кредиту, где се накнада плаћа увек (а не само у одређеним околностима) и где накнаду плаћају сви, тј. где нема негативног, већ напротив често постоји позитивно интерно субвенционисање (када износ кредитне накнаде зависи од износа кредита).<sup>69</sup>

### 3. Пракса Суда правде ЕУ

Суд правде ЕУ (*Court of Justice of the European Union* – Суд правде) је у последњих десетак година, изградио богату праксу у тумачењу Директиве 93/13, посебно у погледу кредитних производа банака. Иако у

---

67 С тим у вези, судија Смит сматра да за одговор на питање да ли се на неку одредбу уговора примењује изузетак из одредбе 6(2)б Уредбе није довољно утврдити да је та уговорна одредба клаузула за случај неиспуњења (*default provision*). Вид. AC Judgment, пара. 358.

68 У мају 2012. године, Ендру Бејли (*Andrew Bailey*), данас гувернер Централне банке Енглеске (*Bank of England*) је изјавио да је *free if in credit* банкарство опасан мит, који обмањује кориснике у вези с тим како заиста плаћају за банкарске услуге, док истовремено банке не могу адекватно да сагледају трошкове својих производа и услуга, те да је зато потребна регулаторна интервенција. BBC, *Free banking a dangerous myth, says Bank official*, доступно на адреси: <https://www.bbc.com/news/business-18186363>, 5. 7. 2022. Ипак, до данас *free if in banking* метод није укинут нити значајније модификован регулаторном интервенцијом, већ је до измена у финансирању одржавања текућег рачуна могло доћи због ниских, односно негативних каматних стопа, као и због смањене потрошње (смањеног коришћења прекорачења по рачуну) током пандемије.

69 О интерном субвенционисању код једнократне кредитне накнаде која се уговара процентуално у односу на износ кредита вид. Б. Беговић, 6–9.

досадашњој пракси није дао једнозначан одговор у погледу правне природе кредитних накнада, односно да ли су те накнаде део цене (накнаде) из чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13, Суд правде јесте дао бројна тумачења те и других одредби директиве (углавном се ради о правним стандардима) и успоставио одређене критеријуме који могу да се примењују у сваком појединачном случају. Притом се посебно бавио стандардом јасности и разумљивости, што показују и пресуде које су предмет наше анализе.

*а) Пресуда у случају C-621/17 и тумачења основних стандарда*<sup>70</sup>

Пре разматрања испуњености захтева транспарентности у овом конкретном случају, неопходно је да објаснимо основне ставове Суда правде у погледу испуњености услова за примену изузетка из чл. 4. ст. 2 Директиве 93/13 који се односи на цену (*main price objection*). Наиме, Суд правде најпре сматра да су од тестирања на неправичност изузете само оне одредбе које регулишу суштинске обавезе из уговора, и као такве карактеришу тај уговор, ограничавајући даље тај изузетак код одредбе о цени искључиво на процену односа цене и услуге (*price/quality ratio*), а објашњавајући то чињеницом да не постоји правна скала или критеријум који може да обезбеди оквир и упутство за такву врсту процене.<sup>71</sup> Суд ово додатно прецизира на начин да тај изузетак у начелу не обухвата (све) одредбе које дефинишу противчинидбе корисника кредита или утичу на „стварну цену кредита“, осим у делу који се односи на адекватност уговорене накнаде (цене) у односу на пружену услугу.<sup>72</sup> Дакле, користећи терминологију судова из Уједињеног Краљевства и Суд правде попут тих судова овај изузетак тумачи уже (*excluded assessment*).

Међутим, и код тако уже схваћеног изузетка, Суд правде препознаје и додатне услове за његову примену. Тако у вези са поменутом стварном ценом кредита појашњава да се „цена“ из чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13 не може поистоветити са појмом „укупни трошкови кредита“ из чл. 3 тач. г) Директиве 2008/48,<sup>73</sup> док је у доцнијој пресуди из 2020. године тај став прецизирао, указавши на то да то што су различити трошкови укључени у укупан трошак кредита – није одлучујуће са аспекта утврђивања да ли су ти трошкови обухваћени главним услугама из уговора о кредиту.<sup>74</sup>

70 Judgment C-621/17, *Gyula Kiss v CIB Bank Zrt.*, 3 10. 2019, ECLI:EU:C:2019:820.

71 Вид. Judgment C-26/1, *Kásler Rábai v OTP Jelzálogbank Zrt.*, 30. 4. 2014, ECLI:EU:C:2014:282, пара. 49–51, 54–55.

72 Judgment C-143/13, *Bogdan Matei, v SC Volksbank România SA*, 26 February 2015, ECLI:EU:C:2015:127, пара. 56.

73 Вид. Judgment, C-143/13, пара. 47.

74 Judgment in Joined Cases C-84/19, C-222/19 and C-252/19, 3. 9. 2020, ECLI:EU:C:2020:631, пара. 69.

Када је реч о захтеву јасности и разумљивости, којим је изузетак из чл. 4 ст. 2. Директиве 93/13 значајно ограничен, Суд правде је у оквиру спорова о валутној клаузули развио концепт по којем се захтев транспарентности из чл. 4 и 5 Директиве 93/13 не може свести само на језичко разумевање тих уговорних одредби, већ је потребно да корисник може да разуме, односно процени економске последице такве одредбе.<sup>75</sup> У складу с тим, ради усклађености са захтевом транспарентности из директиве, корисник мора бити стављен у позицију у којој је он способан да процени, на бази јасних и разумљивих критеријума, економске последице које за њега произлазе из уговора.<sup>76</sup>

У овом конкретном случају (C-621/17), примењујући наведене критеријуме јасности и разумљивости, Суд правде је оценио да су предметне одредбе о кредитним накнадама биле тако уговорене да су омогућавале кориснику да процени економске последице које за њега из тих одредби произлазе.<sup>77</sup> Другим речима, Суд правде је сматрао да су подаци о укупном износу спорних накнада, начину њиховом обрачуна, доспећу, као и то што су укључени у обрачун ЕКС која је такође била доступна кориснику, били довољни да би корисник могао да разуме економске последице тих накнада.

Међутим, будући да је питање националног суда захтевало да се захтев транспарентности размотри и са аспекта потребе описивања конкретних услуга које се заузврат кредитној накнади пружају кориснику, Суд правде даје следеће објашњење и одговор:

„С обзиром на заштиту коју Директива 93/13 настоји да пружи потрошачу јер се он налази у подређеном положају у односу на пружаоца услуга у погледу могућности преговарања и информација, важно је да се природа стварно пружених услуга може разумно схватити или извести из целокупног уговора. Осим тога, потрошач мора да има могућност да провери да ли постоји преклапање међу различитим накнадама и услугама за које се оне наплаћују.“<sup>78</sup>

Ипак, суд закључује да то не значи да захтев јавности и разумљивости одредбе о накнади (поред дефинисања износа, начина обрачуна и доспећа) мора да назначи све услуге које се пружају у замену за те накнаде.<sup>79</sup> Дакле, једноставно речено, Суд правде овде каже да је

---

75 Вид. Judgment C-26/13, para 71–75; Judgment C-186/16, *Andriciuc v Banca Românească SA*, 20. 9. 2017, ECLI:EU:C:2017:703, пара. 50.

76 Fernando Gómez Pomar, „Core versus Non-Core Terms and Legal Controls over Consumer Contract Terms: (Bad) Lessons from Europe?“, *European Review of Contract Law*, Vol. 15, Nr. 2/2019, 184.

77 Judgment C-621/17, пара. 39.

78 Judgment C-621/17, пара. 43.

79 Вид. Judgment, C-621/17, пара. 45, 57.

одредба о кредитној накнади јасна и разумљива ако иза тих накнада постоје одређене услуге банке, с тим да банка не мора да их спецификује. Међутим, ако на супрот кредитној накнади морају да постоје неке посебне услуге (примера ради, увид у податке из кредитног регистра у оквиру процене кредитне способности), онда одредбе које дефинишу накнаду за те услуге тешко могу бити схваћене као уговорне одредбе које дефинишу цену за услугу која је предмет уговора о кредиту и која карактерише тај уговор, те као такве и не могу бити изузете од контроле правичности у смислу чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13, колико год биле јасне и разумљиве. Другим речима, кредитне накнаде је у овом случају било довољно испитивати са аспекта јасности и разумљивости из чл. 5 Директиве 93/13 ради даље примене резултата тог испитивања приликом процене њихове правичности.

Друго питање мађарског суда се односило управо на процену правичности кредитних накнада (примена чл. 3 ст. 1 Директиве 93/13),<sup>80</sup> тј. да ли немогућност да се несумњиво из одредби о накнадама и уопште из целог уговора закључи за које се услуге плаћају те накнаде значи и неправичност тих одредби.<sup>81</sup> У вези са овим питањем, важно је најпре указати на то како је Суд правде у оквиру своје дотадашње праксе разумео стандард „добра вера“ и „значајна неравнотежа“ из поменуте одредбе директиве.

Језик чл. 3 ст. 1 и рецитала 16 сугеришу да је недостатак добре вере повезан са значајном неравнотежом у правима и обавезама успостављеним уговором.<sup>82</sup> Ипак, Суд правде је прихватио објашњење захтева добре вере независно од стандарда значајне неравнотеже. Суд правде објашњава да треба проверити да ли је пружалац услуге, под условом да је на правичан и поштен начин пословао са потрошачем, могао разумно да очекује да би у преговорима о тој одредби (чија се правичност испитује) потрошач ту одредбу прихватио.<sup>83</sup>

Када је реч о процени значајне неравнотеже, Суд правде наводи да приликом те процене посебну пажњу треба усмерити на правила

80 Чл. 3 ст. 1 Директиве 93/13 гласи: „Уговорна одредба о којој се није појединачно преговарало сматра се неправичном, ако супротно захтеву добре вере проузрокује знатнију неравнотежу у правима и обавезама уговорних страна на штету потрошача.“

81 Вид. Judgment C-621/17, пара. 29 (2).

82 Обавештење Европске комисије – Смернице за тумачење и примену Директиве о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима (*Commission notice – Guidance on the interpretation and application of Council Directive, 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts (Text with EEA relevance)*, OJ C 323/04, 27. 9. 2019; даље у фуснотама: Commission notice), 29.

83 Вид. Judgment C-415/11, *Mohamed Aziz v CatalunyaCaixa*, 14. 3. 2013, ECLI:EU:C:2013:164, пара. 69.

националног права која би се примењивала у одсуству спорне уговорне одредбе. Таква упоредна анализа треба да омогући суду да процени да ли и у којој мери уговор ставља потрошача у неравноправнији положај у односу на положај који је предвиђен националним правом. Притом, ту процену не треба ограничити на квантитативно економску процену која би била заснована на поређењу вредности престаџија, јер значајна неравнотежа може постојати зато што се спорним уговорним одредбама, правни положај потрошача успостављен одређеним нормама националних прописа, чини неповољнијим (ограничавање садржаја права, коришћења тих права или уговарање додатне обавезе које нису предвиђене тим нормама).<sup>84</sup>

Овакав приступ у процени знатне неравнотеже, а посебно начин на који га је Европска комисија разумела у свом Упутству за примену Директиве 93/13,<sup>85</sup> подсећа на приступ који је имао немачки Савезни суд и поменуто *Litebild* доктрину. С тим у вези, треба рећи да истакнути немачки аутор тврди да је овај оригинално немачки концепт постао елемент европске доктрине.<sup>86</sup> Такав став, посредно прихватају и неки домаћи аутори.<sup>87</sup> Ипак, морамо да укажемо да је бар у предметном случају (C-621/17), ценећи правни положај потрошача као корисника кредита који је уговором обавезан да плати две кредитне накнаде, Суд правде тај положај упоређивао са положајем који је успостављен императивним одредбама посебног прописа, а не са диспозитивним одредбама општег прописа (како је то учинио немачки Савезни суд), закључивши да су спорне накнаде предвиђене националним правом.<sup>88</sup>

На друго питање мађарског суда, Суд правде даје одговор у виду упутства које представља комбинацију примене стандарда значајне неравнотеже и захтева транспарентности у тумачењу члана 3 (1) Директиве

---

84 Вид. Judgment C-226/12, *Constructora Principado SA v José Ignacio Menéndez Álvarez*, 16. 1. 2014, ECLI:EU:C:2014:10, пара. 21–23.

85 Вид. Commission notice, 30–31.

86 N. Jansen, R. Zimmermann, 942.

87 Вид. Sloboda Midorović, „The Concept of Unfair Terms in Consumer Contracts in Serbian Law: The Case of Validity of Contracting Credit Costs“, *Balkan Yearbook of European and International Law* (eds. Dušan V. Popović, Ivana Kunda, Zlatan Meškić, Enis Omerović), Cham, 2021, 155–156.

88 У питању је закон којим је уређена садржина уговора о кредиту са потрошачима, који изричито помиње „исплатну накнаду“ и „друге трошкове у вези са коришћењем кредита“. Суд правде овде није упоређивао положај корисника у односу на диспозитивну одредбу (чл. 523) мађарског Грађанског законика (*Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény*), иако чл. 209/Б тог законика предвиђа (делимичну) претпоставку неправичности уговорне одредбе, ако та одредба знатно одступа од битне одредбе примењиве на уговор – већ у односу на императивне одредбе претходно наведеног посебног закона. Вид. C-621/17, пара. 7–2, пара. 55.

93/13,<sup>89</sup> наводећи да је код процене правичности одредбе о кредитним накнадама кључно утврдити да ли су оне предвиђене прописима, те ако јесу, не би се могло узети да такве одредбе утичу неповољно на положај потрошача, осим ако услуге које се пружају у замену за ту накнаду није могуће укључити у услуге у вези са управљањем и исплатом кредита или ако је износ кредитних накнада несразмеран у односу на износ кредита.<sup>90</sup> Дакле, са аспекта значајне неравнотеже, ако национално право препознаје кредитне накнаде, уговорна одредба о тим накнадама не ставља аутоматски потрошача у неповољнији положај у односу на онај предвиђен тим прописима, осим ако је та накнада несразмерна, што опет представља квантитативни критеријум. Захтев транспарентности је такође испуњен, осим ако услуге које се пружају заузврат није могуће разумно обухватити услугама које су у вези са управљањем исплатом кредита.<sup>91</sup>

Дакле, јасно се види кључна разлика у односу на став немачког Савезног суда, јер граница коју Суд правде овде не жели да прелази, јесте пропис који препознаје кредитне накнаде. Ако дакле такав пропис постоји (а такав пропис свакако јесте Директива 2008/48 и национални прописи којима је она имплементирана) Суд правде сматра да кредитне накнаде не могу *per se* бити неправичне, већ оне *моју бијии* неправичне ако нема услуга (активности) које стоје иза тих накнада (није испуњен захтев транспарентности) или ако су накнаде несразмерне у односу на износ кредита (процена постојања знатне квантитативне неравнотеже). Овај други случај могуће неправичности, значио би да се суд ипак упушта у процену примерености износа накнаде, али не у односу на пружене услуге (што је несумњиво искључено у смислу чл. 4 ст. 2), него у односу на камату. Другим речима, ради се о ситуацији када се ниском номиналном каматном стопом и високом накнадом прикрива укупна камата. Међутим, таква несразмера као последица намере да се прикрије реална камата, пре би требало да буде процењивана са аспекта Директиве о

---

89 Имајући у виду формулацију другог питања, важно је указати да је Суд правде нагласио да поред критеријума добре вере и значајне неравнотеже, приликом процене неправичности уговорне одредбе треба узети у обзир и захтев транспарентности из члана 5 Директиве 93/13. Вид. Judgment, C-621/17, пара. 49.

90 Вид. Judgment C-621/17, пара. 55–56.

91 Мађарски судови су, на основу изјашњења банке у том поступку, накнаду за управљање разумели као накнаду која се наплаћује и за услуге у вези са одобравањем кредита и за услуге у вези са праћењем наплате кредита. Следствено томе, а након ове пресуде, мађарски Врховни суд је оценио као неправичну одредбу о фиксној исплатној накнади, док накнаду за управљање кредитом није оспорио, дајући упутство првостепеном суду да упореди каматне стопе и ЕКС из предметног уговора и уговора у којима та накнада није предвиђена. Вид. The Curia' as a court of review partial judgment, Case number: Gfv.VII. 30.356/2019/11, 11. 2. 2020.



непоштеној пословној пракси,<sup>92</sup> на шта у свом мишљењу указује независни адвокат Хоган (*Hogan*).<sup>93</sup> У сваком случају, треба водити рачуна да је овде Суд правде дао мишљење у погледу захтева транспарентности и значајне неравнотеже, те да би било потребно проверити и поступање кредитора са аспекта добре вере.

### б) Пресуда у случају C-84/19<sup>94</sup>

Питање примене чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13 постављено је и у овом случају.<sup>95</sup> За разлику од мађарског, суд из Пољске је исправно поставио два одвојена питања у вези са применом те одредбе. Једно се односило на правну природу накнаде, дакле да ли су одредбе о нека-матним трошковима кредита изузете од процене правичности (као што је то случај са каматом) ако су јасно и разумљиво састављене, а друго је било да ли та јасност и разумљивост постоји ако се тим одредбама не појашњавају конкретне противуслуге нити потрошач може да одреди разлике између тих трошкова.<sup>96</sup> Суд правде је објединио одговор на ова два питања пресудивши да чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13 треба тумачити на начин да одредбе уговора о којима се на терет потрошача стављају трошкови различити од главнице и камате, нису обухваћене изузецима из те одредбе директиве, ако се тим уговорним одредбама: 1) не предвиђа природа тих трошкова или услуга које се њима плаћају и 2) ако су састављене на начин да код потрошача стварају забуну у погледу њихових обавеза и економских последица.<sup>97</sup>

У вези са оваквим закључком, поставља се питање да ли су наведена два услова, због којих кредитне накнаде не могу бити изузете

---

92 Директива о непоштеној пословној пракси (*Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council [‘Unfair Commercial Practices Directive’], OJ L 149/22, 11. 6. 2005, даље у тексту и фуснотама: Директива 2005/29).*

93 Вид. Opinion of Advocate General Hogan, Case C-621/1, 15. 5. 2019, ECLI:EU:C:2019:411, пара. 71.

94 Judgment in Joined Cases C-84/19, C-222/19 and C-252/19, 3. 9. 2020, ECLI:EU:C:2020:631 (даље у тексту и фуснотама: Judgment, C-84/19).

95 Врховни касациони суд се у образложењу Допуне правног става о дозвољености уговарања трошкова кредита позива на ову пресуду. Вид. Врховни касациони суд, Допуна правног става о дозвољености уговарања трошкова кредита, 2021, доступно на адреси: <https://www.vk.sud.rs/sr/2021>, 21. 9. 2021, 5.

96 Вид. Judgment C-84/19, пара. 31(2)/(3).

97 Вид. Judgment C-84/19, пара. 86.

од контроле правичности, постављена алтернативно или кумулативно. У сваком случају, код тумачења првог услова, треба имати у виду став Суда правде из претходно анализираних пресуде да је са аспекта јасности и разумљивости довољно да се природа стварно пружених услуга може разумно схватити или извести из целокупног уговора,<sup>98</sup> а код тумачења другог, да је за разумевање економских последица (недовођење у заблуду у погледу тих последица) довољно да је дефинисан износ накнаде, начин обрачуна и време плаћања.<sup>99</sup>

А *contrario* тумачење овог дела пресуде значило би да су уговорне одредбе о накнади изузете од контроле правичности ако је предвиђена природа трошкова који се њима покривају и услуга које се заузврат пружају, уз услов да не стварају заблуду. Међутим, такво тумачење би морало да узме у обзир да то што је природа трошкова и услуга описана не значи да су те престације део суштинских обавеза корисника кредита.

#### в) Мишљења независној адвоката

У оба претходно анализирана случаја, независни адвокат у својим детаљно образложеним мишљењима,<sup>100</sup> износи јасан и недвосмислен став да кредитне накнаде јесу део цене кредита те да потпадају под изузетак из чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13. Идентификујући да је суштинско питање у оба случаја да ли насупрот накнади стоји одређена услуга банке, независни адвокат наводи да је очигледно да је сврха накнаде да покрије административне трошкове банке у вези са одобрењем кредита, те да је једина услуга банке управо то одобрење, исплата кредита. То што је у конкретном случају цена која се плаћа за кредит подељена на три дела не може да утиче на чињеницу да се сваки део укупне цене дугује у замену за кредит.<sup>101</sup> Независни адвокат наводи да не постоји ниједна одредба у праву Уније која предвиђа да цена, односно накнада за исплаћен кредит мора бити искључиво у облику камате. Потврду оваквог става он налази и у Директиви 2008/48, која предвиђа обавезу давалаца кредита да кориснике информишу о укупним трошковима, јер да је европски законодавац хтео да кредиторима забрани да по кредиту наплаћују било шта осим камате, оваква одредба не би постојала.<sup>102</sup>

98 Вид. Judgment, C-621/17, пара. 43.

99 Вид. Judgment C-621/17, пара. 37–39.

100 Opinion C-621/17; Opinion of Advocate General Hogan, Jointed Cases C-84/19, C-222/19, C-252/19, 2 April 2020, ECLI:EU:C:2020:259 (даље у фуснотама: Opinion, C-84/19).

101 Вид. Opinion, C-621/17, пара. 35, 37.

102 Вид. Opinion, C-84/19, пара. 44–47. С тим у вези, независни адвокат подсећа да јасно правило тумачења у случају када се одредбе из више прописа ЕУ примењују

Закључује да је ирелевантно да ли је цена/накнада за услугу исказана у форми камате и/или накнаде. Важно је да је потрошач био способан да разуме укупну цену коју ће морати да плати за услугу коју захтева и да упореди различите понуде.<sup>103</sup> Када је реч о захтеву транспарентности, адвокат Хоган полази од концепта разумевања економских последица одредбе, али наводи да је сврха чл. 4 ст. 2 управо да се избегне да продајци правдају своје накнаде, како би се спречило да се судови мешају у ценовне стратегије.<sup>104</sup> У тржишној економији, цена робе и услуга није тако директно повезана са активностима које је потребно предузети ради пружања одређене услуге или са трошковима пружања те услуге, него пре свега са односом понуде и тражње. С тим у вези, када уговор садржи укупну цену наспрам једне (исте) услуге, извештачено би било очекивати да свака од ценовних клаузула рефлектује трошкове одређених активности.<sup>105</sup>

### *ī) Закључни коментари*

На основу свега што смо претходно навели, може се закључити да Суд правде избегава да се експлицитно изјасни о правној природи кредитне накнаде, већ одмах испитује да ли су накнаде јасне и разумљиве у контексту чл. 4 ст. 2. Другим речима, док га национални судови редовно питају да ли се одредба о кредитној накнади може изузети у складу с том нормом, Суд правде то питање разматра испитујући испуњеност критеријума јасности и разумљивости из те одредбе директиве, који важе за (кључну) цену кредита (камату). Међутим, таква разматрања су беспредметна ако се прво не утврди да ли се та норма уопште може примењивати на кредитне накнаде. Захтев јасности и разумљивости у наведеној одредби директиве је усмерен само на оне новчане обавезе (одредбе које их дефинишу) за које је претходно процењено да

---

на исту ситуацију каже да се те одредбе интерпретирају што је хармоничније могуће. С тим у вези, он сматра да правном стандарду јасности и разумљивости у вези са одредбом о цени не треба дати тумачење које би дерогирало посебну одредбу и специфичне захтеве у вези са исказивањем цене из Директиве 2008/48 (Opinion, C-84/19, пара. 82–84).

103 Вид. Opinion, C-84/19, пара. 57.

104 Opinion, C-84/19, пара. 77.

105 Opinion, C-84/19, пара. 78. Пара. 79: „Још би било мање реалистично очекивати да продајци потрошачима пруже поуздане информације о конкретним трошковима за поједине елементе производа који продају, јер би то значило да воде посебно, (скупо) трошковано рачуноводство, чија би једина сврха била да се утврде елементи који су везани за сваки од различитих (компоненти) прихода од пословања које обухвата пружање различитих услуга, при чему у праву ЕУ не постоји ниједно правило које намеће такву обавезу.“

представљају цену или накнаду наспрот пруженим услугама, док је такв захтев за све остале одредбе формулисан у чл. 5 Директиве 93/13.

Алтернативно, ако би се умањио значај поделе на кључне и помоћне одредбе, а за шта би се утемељење могло наћи и у чињеници да чл. 4 ст. 2 заиста наводи две ценовне компоненте (цена и накнада – да ли као синониме) могло би се узети да Суд правде ипак прећутно дозвољава примену изузетка из чл. 4 ст. 2 ако наспрам тих накнада (*remuneration*) има одређених услуга, без обзира на то што су оне помоћне у односу на исплату кредита као главну услугу. У контексту разматрања овакве могућности ваља подсетити на поменути став лорда Вокера (*Walker*) да на страни услуга могу постојати компоненте које су периферне, помоћне, али да је накнада и за такве услуге део укупне цене (накнаде) из чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13.

У сваком случају, ако се жели добити одговор на питање да ли се може кредитна накнада изузети од тестирања на неправичност, мора се прво утврдити је ли кредитна накнада цена/накнада из чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13. Једноставно, ако се прати след одредбе чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13, испитивати захтев транспарентности из те одредбе има смисла само ако је већ оцењено да спорна уговорна одредба јесте део цене или накнаде за пружене услуге.

Чини се, дакле, да су поједини национални судови (мађарски, пољски, шпански) и Суд правде ЕУ вештачки покушавали да у различитим активностима банке које она ипак неспорно спроводи, пре свега у свом интересу или у оквиру примене прописа – виде неку додатну услугу банке, исцрпљујући се у расправама око захтева транспарентности из чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13.<sup>106</sup> Међутим, таквих услуга, мимо исплате кредита – нема, нити их у суштини може бити. Све активности које банка предузима пре, током и након закључења уговора нису никакве услуге које она пружа кориснику, него део њених пословних активности које спроводи у сопственом интересу или зато што је на то обавезана прописима (поред осталог и прописима о заштити корисника, нпр. члан 8 Директиве 2008/48). То што такве активности могу имати одређене екстерне, позитивне ефекте за другу уговорну страну – не може их учинити услугом. У овоме се заправо слажу и она мишљења

106 С друге стране, на пример „француска судска пракса остаје прилично неодлучна да уопште примени принцип транспарентности на кључне одредбе“, а „Чешка судска пракса такође показује да искључење из теста неправичности основних услова уговора није предмет разрађеног захтева транспарентности.“ Geraint Howells, Gert Straetmans, „The Interpretive Function of the CJEU and the Interrelationship of EU and National Levels of Consumer Protection“, *Perspectives on Federalism*, Vol. 9, Nr. 2/2017, 193.

која су у погледу коначне оцене кредитних накнада најудаљенија – немачки Савезни суд и независни адвокат Хоган.<sup>107</sup>

Још од чланака немачких професора који је пресудно утицао да се у директиву унесе потоња одредба чл. 4 ст. 2,<sup>108</sup> неспорно је да је сврха те одредбе да се од контроле изузме адекватност новчаног износа који се плаћа за услугу која је (главни) предмет уговора. Нормотворац је заузео став да тржишна утакмица треба да детерминише такве уговорне одредбе и да би њихово испитивање преко мере коју прописују општа правила облигационог права била у директној супротности са начелом аутономије воље.<sup>109</sup> Ако банка осим исплате кредита, што је главни предмет њене уговорне обавезе, не пружа никакве додатне услуге, нити се кредитна накнада плаћа у случају неиспуњења обавеза и сл. (*default provision*), а са чим се слажу Савезни суд, Врховни суд и независни адвокат, шта може бити узрок (*causa*) уношења такве одредбе, осим да се њом одмах наплати један део укупне цене кредита.

Због свега наведеног сматрамо да је (не узимајући у обзир евентуалне специфичности националних прописа) приступ независног адвоката једини исправан и могућ. У прилог таквог приступа, ваља указати и на различиту сврху стварних трошкова и кредитних накнада, и у оквиру тога њихов различит економско-рачуноводствени третман.

Наиме, за разлику од стварних трошкова, које банка превали на корисника у износу у којем су и настали, а што је могуће документовати (премија за осигурање кредита, трошкови уписа хипотеке, процене вредности непокретности, увида у кредитни регистар, итд.), кредитне накнаде нису и не могу бити одраз стварних трошкова у сваком појединачном случају.<sup>110</sup> Кредитне накнаде треба посматрати са аспекта основне алокације укупних трошкова кредита у две групе: трошкови извора средстава (камате које банка плаћа на депозите и позајмице) и генералне оперативне трошкове (зараде, опрема, просторије) који настају у вези са одобравањем кредита<sup>111</sup> или његовом наплатом. Идеја ове основне поделе трошкова кредита је да камата треба да од-

---

107 Упор. Opinion, C-621/17, пара. 35 и BGH XI ZR 170/13, Rn. 58–65.

108 Вид. Matteo Dellacasa, „Judicial Review of ‘Core Terms’ in Consumer Contracts: Defining the Limits“, *European Review of Contract Law*, Vol. 11, Nr. 2/2015, 159; The Law Commission and The Scottish Law Commission, 85 фн. 69; SC Judgment, *Lord Walker*, пара. 6.

109 Ненад С. Тешић, *Право заштитне хипотекарнихypoшача*, Београд, 2002, 298.

110 Став Суда правде да укупни трошкови кредита не могу бити поистовећени са ценом из чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13 независни адвокат управо објашњава тиме што у те укупне трошкове улазе и плаћања у корист трећих лица, дакле оно што смо ми овде означили као стварне трошкове. Вид. Opinion, C-84/19, пара. 46 фн. 17.

111 Процена кредитне способности, кредитног ризика, средства обезбеђења, и других услова за закључење уговора.

говара збиру трошкова извора и марже банке,<sup>112</sup> док накнаде треба да покрију опште трошкове. Оваква алокација трошкова треба да обезбеди диверзификацију ризика и већу усклађеност рочности прихода и трошкова. С тим у вези, постоје аутори који сматрају да од ове „диверзификације прихода постоје суштински бенефити за мање банке и оне банке које су више орјентисане према становништву“.<sup>113</sup> Рачуноводствено посматрано, трошкови се евидентирају као расход и приход у истом износу, док се (једнократне) кредитне накнаде евидентирају као *приход од камата*, и то током целог периода отплате.<sup>114</sup>

На крају, морамо да истакнемо да иако сврха те директиве није била да унификује уговорно право у области заштите потрошача, већ да успостави минималне стандарде у тој области, разумно би било очекивати да Суд правде након толико година ипак заузме јасан и прецизан став у погледу правне природе кредитне накнаде. Наиме, без обзира на то што прописи појединих земаља чланица нису имплементирали чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13,<sup>115</sup> а с обзиром на то да кредитне накнаде у оквиру банкарског пословања и уговора о кредиту имају исту економску позадину – Суд правде би морао да има јасно и недвосмислено мишљење да ли је кредитна накнада део цене кредита. Тек када се одлучи о правној природи ове накнаде на нивоу ЕУ, има смисла процењивати њену транспарентност у контексту испуњености услова за изузеће или давати упутства националном суду у вези са проценом њене правичности. Ако је чл. 4 ст. 2 резултат компромиса између идеје заштите потрошача и слободе уговарања, онда би било разумно очекивати да се на јединственом тржишту тај компромис доследно и униформно спроведе, бар у оним земљама које су тај компромис прихватиле.<sup>116</sup>

112 Међународни рачуноводствени стандард финансијског извештавања (даље у тексту и фуснотама: МСФИ) 9 приказује структуру камате на следећи начин: „камата се састоји из накнаде за временску вредност новца, за кредитни ризик повезан са неизмиреним износом главнице током одређеног временског периода и за друге основне ризике и трошкове позајмљивања, као и за профитну маржу.“ Вид. МСФИ 9, 4.1.3. б).

113 Цитирано према: Karolína Růžicková, Petr Teplý, „Are Bank fees in Czech Republic Excessive?“, *Procedia Economics and Finance*, Vol. 25, 2015, 266.

114 Вид. МСФИ 9, Одељак 5.4, посебно пара. Б5.4.1. и Б5.4.2. С тим у вези, када је реч о кредитним накнадама, не стоји мишљење да је једна од сврха тих накнада и „глатко извештавање“ (супервизора) о накнадама, барем у оним земљама које примењују МСФИ у банкарском сектору. Вид. Peterson K. Ozili, „Bank earnings management and income smoothing using commission and fee income: A European context“, *International Journal of Managerial Finance*, Vol. 13, Nr. 4/2017, 420.

115 Шпански судови не прихватају процену правичности цене иако у шпанско право није пренет чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13. Више о томе вид. F. Gómez Pomar, 182–183.

116 Иако је у предлогу из 2008. Европска комисија исказала идеју пуне хармонизације заштите потрошача (што укључује и измену Директиве 93/13), до усвајања Директиве о заштити потрошача 2011. године (*Directive 2011/83/EU of 25 October*

### III Закључна разматрања

Када сагледамо ова три упоредна искуства, да се закључити да је једино Врховни суд Уједињеног Краљевства разматрао економску позадину кредитних накнада и могуће економске последице евентуалног поништења тих накнада. Иако су критичари у тим разматрањима видели искључиво последице по банке, наредних више од десет година показује да ни потрошачи нису били сигурни да ли желе да се спорне накнаде замене фиксном накнадом за одржавање рачуна.

С друге стране, немачки Савезни суд свој изразито доктринарни став да одступање од диспозитивне норме (која одређује битне елементе уговора о кредиту) доводи до значајне неравнотеже на штету корисника, није тестирао са аспеката последица које ретроактивност таквог става (измењеног након више деценија) и *de facto* забрана двокомпонентне цене може да произведе по будуће кориснике кредита и кориснике других банкарских услуга. Другим речима, није сагледао да ли ће корисници када банке након његове одлуке буду наплаћивале све кроз камату плаћати мање, исто (слично) или више. Како је могуће да суд својом одлуком унапреди положај потрошача ако претходно није размотрио ово питање?<sup>117</sup> Овакав приступ заснован искључиво на правној доктрини, доводи до крутих ставова чије последице на тржишту могу бити у супротности са укупним интересом потрошача.

Када је реч о Суду правде (којем се претходно наведени судови нису обраћали за мишљење), иако покушава да се држи раније заузетих ставова те да постојеће правне стандарде проширује, његове одлуке ипак остају недоречене. Та недореченост која се правда специфичностима националних прописа, пре свега се огледа у одбијању овог суда да се изјасни да ли кредитна накнада може бити део цене кредита, већ се упорно бави критеријумом јасности и разумљивости, трагајући за додатним услугама. Међутим, ако таквих услуга нема, а не прихвати се немачка доктрина, каква је онда судбина кредитних накнада? Могуће је да Суд правде постао свестан да подела на кључне и споредне одредбе,

---

*2011 on consumer rights amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, OJ L 304/64, 22. 11. 2011), та идеја је у потпуности напуштена. Детаљније о овоме вид. Марија Караникић Мирић, „Утицај Директиве о правима потрошача на српско потрошачко право“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2017, 570–583.*

117 Савезни суд је наставио са својом ортодоксијом да су одредбе § 307 BGB изнад свих других. У априлу 2021. године донео је пресуду којом је, и поред постојања изричите одредбе § 675g BGB, којом је у складу са Директивом ЕУ дозвољена прећутна измена уговора о платним услугама, оспорио такву могућност. Вид. BGH XI ZR 26/20, 27. 4. 2021.

какву је претходно успоставио, није сасвим одржива са аспекта сврхе Директиве 93/13, иако таква подела заиста има утемељење у језичком тумачењу чл. 4 ст. 2 те директиве, па покушава да такву оштру поделу ублажи, концентрисањем својих разматрања на захтеве транспарентности свих одредби уговора.

Има и даље много тога да се научи теоријски и емпиријски у вези с тим како тржишне силе и остали неправни подстицаји у смислу квалитета уговора делују узајамно са *ex post* судском контролом базираној на широким правним стандардима.<sup>118</sup>

Поред „реактивне заштите“, која се превасходно одвија механизмима решавања спорова потрошача, стратегија заштите економских интереса потрошача заснива се и на проактивном приступу.<sup>119</sup> Иако Савезни суд говори о „лажној ретроактивности“ (*‘unechte Rückwirkung’*) судских одлука,<sup>120</sup> јасно је да и таква ретроактивност кошта много – и материјално (што може да узрокује раст цена или пад квалитета услуга), и у погледу правне сигурности. Зато, уместо што судови доктринарно процењују како банке формирају цене својих услуга, требало би више пажње усмерити на питање има ли заиста конкуренције на банкарском тржишту и какав је њен интензитет, да ли су захтеви потрошача задовољени, те да ли се банкарски производи и услуге обликују спрам потреба потрошача.

### Коришћена литература

Беговић Борис, „У име струке: анализа пресуде и дописа о банкарској накнади за обраду кредита и њихових последица“, *Центар за либерално – демократске студије*, Београд, 2018. (Begović Boris, „U ime struke: analiza presude i dopisa o bankarskoj naknadi za obradu kredita i njihovih posledica“, *Centar za liberalno – demokratske studije*, Beograd, 2018)

Gómez Pomar Fernando, „Core versus Non-Core Terms and Legal Controls over Consumer Contract Terms: (Bad) Lessons from Europe?“, *European Review of Contract Law*, Vol. 15, Nr. 2/2019.

Davies Paul, „Bank Charges in the Supreme Court“, *Cambridge Law Journal*, Vol. 69, Nr. 1/2010.

Dellacasa Matteo, „Judicial Review of ‘Core Terms’ in Consumer Contracts: Defining the Limits“, *European Review of Contract Law*, Vol. 11, Nr. 2/2015.

118 F. Gómez Pomar, 193.

119 Тајјана Јованић, *Циљев и облици реулисања йословања банака*, Београд, 2009, 234.

120 Вид. BGH XI ZR 170/13, Rn. 95.



- Devenney James, Kenny Mel (eds.), *The Transformation of European Private Law: Harmonisation, Consolidation, Codification or Chaos?*, Cambridge, 2013.
- dos Santos Goncalves David-Julien, „Unwirksamkeit eines Bearbeitungsentgelts bei Abschluss eines Privatkreditvertrages“, *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (GWR)*, 2014.
- Живковић Милош, „О дозвољености уговарања трошкова обраде кредита у праву Србије“, *Банкарство*, бр. 2/2018. (Živković Miloš, „O dozvoljenosti ugovaranja troškova obrade kredita u pravu Srbije“, *Bankarstvo*, br. 2/2018)
- Jansen Nils, Zimmermann Reinhard (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018.
- Јованић Татјана, *Циљеви и облици рејулусања пословања банака*, Београд, 2009. (Jovanić Tatjana, *Ciljevi i oblici regulisanja poslovanja banaka*, Beograd, 2009)
- Jordans Roman, „Zur (Un-)Zulässigkeit von Bankentgelten“, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht*, Nr. 5/2015.
- Караникић Мирић Марија, „Утицај Директиве о правима потрошача на српско потрошачко право“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2017. (Karaničić Mirić Marija, „Uticaj Direktive o pravima potrošača na srpsko potrošačko pravo“, *Pravo i privreda*, br. 7–9/2017)
- Midorović Sloboda, „The Concept of Unfair Terms in Consumer Contracts in Serbian Law: The Case of Validity of Contracting Credit Costs“, *Balkan Yearbook of European and International Law* (eds. Dušan V. Popović, Ivana Kunda, Zlatan Meškić, Enis Omerović), Cham, 2021.
- Nebbia Paolisa, *Unfair Contract Terms in European Law (A Study in Comparative and EC Law)*, Oxford – Portland – Oregon, 2007.
- Nobbe Gerd, „Zulässigkeit von Bankentgelten“, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, Nr. 5/2008.
- Ozili Peterson K., „Bank earnings management and income smoothing using commission and fee income: A European context“, *International Journal of Managerial Finance*, Vol. 13, Nr. 4/2017.
- Růžicková Karolína, Teplý Petr, „Are Bank fees in Czech Republic Excessive?“, *Procedia Economics and Finance*, Vol. 25, 2015.
- Schillig Michael, „Directive 93/13 and the ‘Price term exemption’: A comparative analysis in the light of the ‘Market for Lemons’ rationale“, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 60, Nr. 4/2011.
- Schillig Michael, „The Contribution of Law and Economics as a Method of Interpretation in European Private Law“, *European Review of Private Law*, Vol. 17, Nr. 5/2009.

Whittaker Simon, „Unfair Contract Terms, Unfair Prices and Bank Charges“, *The Modern Law Review*, Vol. 74, Nr. 1/2011.

Howells Geraint, Straetmans Gert, „The Interpretive Function of the CJEU and the Interrelationship of EU and National Levels of Consumer Protection“, *Perspectives on Federalism*, Vol. 9, Nr. 2/2017.

Canaris Claus-Wilhelm, „Wandlungen des Schuldvertragsrechts. Tendenzen zu seiner ‘Materialisierung’“, *Archiv für die civilistische Praxis*, Nr. 3–4/2000.

**Bojan TERZIĆ**

**Head of the Sector for the Protection of Financial Services Customers at the National Bank of Serbia, Serbia**

## THE LEGAL NATURE OF THE CREDIT FEES – SUMMARY COMPARATIVE CONSIDERATIONS

### Summary

*Before a potential assessment of the fairness of the loan fee terms, one must understand their economic essence and consequently their legal nature. Comparative case law shows that while implementing broad legal standards and referring to the purpose of Directive 93/13, courts are reluctant (with some exceptions) to consider the economic background of loan fees and possible wider consequences for consumers caused by the prohibition of those fees. The lack of assessment by the CJEU of the rationale for contracting loan fees, combined with specifics of national regulations, result in a different treatment of these fees in the EU single market. Some national courts completely prohibited them while others allowed them without limitation. Instead of the revisions of price mechanisms through applying the courts’ doctrine, the consumers’ interest above all demands intense competition and banking services more adjusted to the needs of their users.*

**Key words:** *Loan Fees. – Unfair Contract Terms. – Directive 93/13. – Core and Non-core Terms. – CJEU.*

Датум пријема рада: 31. 7. 2022.

Датум прихватања рада: 20. 8. 2022.