

Sodišče: Višje sodišče v Mariboru

Oddelek: Izvršilni oddelek

ECLI: ECLI:SI:VSMB:2020:I.IP.877.2020

Evidenčna številka: VSM00041664

Datum odločbe: 15.12.2020

Senat, sodnik posameznik: Janica Gajšek Rojs (preds.), mag. Karolina Peserl (poroč.), Metka Jug

Področje: IZVRŠILNO PRAVO - OBLIGACIJSKO PRAVO - PRAVO EVROPSKE UNIJE - USTAVNO PRAVO - VARSTVO POTROŠNIKOV

Institut: kredit v *CHF* - valutno tveganje - nepošteni pogodbeni pogoji - bančno poslovanje - neposredno izvršljiv notarski zapis kot izvršilni naslov - načelo formalne legalitete - pojasnilna dolžnost banke - načelo vestnosti in poštenja - načelo socialne države - solidarnost - varstvo šibkejše stranke - socialna funkcija lastnine - omejitev pogodbene avtonomije - pravica do osebnega dostojanstva in varnosti - javni red - ničnost kreditne pogodbe - predpostavke za izvršbo na podlagi izvršljivega notarskega zapisa - predhodno vprašanje v postopku izvršbe - načelo lojalne razlage nacionalnega prava s pravom EU - varstvo potrošnikov - ugovor dolžnika - sprememba prvostopenjske odločitve

Zveza: Direktiva Sveta 93/13/EGS z dne 5. aprila 1993 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah člen 3, 3/1, 4, 4/2, 5, 6, 6/1, 7, 7/1, 8. Listina Evropske unije o temeljnih pravicah (2010) člen 17, 38. Pogodba o Evropski uniji (PEU) člen 3, 3/3. Pogodba o delovanju Evropske unije (PDEU) člen 267. URS člen 1, 2, 34, 35, 36, 53, 67. OZ člen 5, 6, 6/2, 88, 90, 372, 1012, 1019, 1019/3, 1057, 1057/2. ZVPot člen 22, 22/4, 23, 24. ZS člen 113a. ZN člen 4. ZIZ člen 17, 17/1, 20a, 55, 55/1, 55/1-2, 59, 71, 71/1, 71/2. ZPP člen 3, 3/3. ZBan-1 člen 111, 111/5, 127, 177, 177/4

Jedro

Presoja nepoštenega pogodbenega pogoja, ki je po slovenskem pravu ničen (23. člen Zakona o varstvu potrošnikov - v nadaljevanju ZVPot), se nanaša na presajo, ali ima obravnavan notarski zapis učinek (pomen) izvršilnega naslova.

Sodišče druge stopnje je oblikovalo nov, omiljen pristop k razumevanju načela formalne legalitete (glede vezanosti na izvršilni naslov), ki v potrošniškem razmerju, obseženem v neposredno izvršljivem notarskem zapisu, dopušča izvršilnemu sodišču presajo nedopustnih (nepoštenih) pogojev, ki niso skladni z (domačim) javnim redom (prisilnimi predpisi).

V okviru zagotavljanja visoke ravni varstva potrošnikov sta temeljna cilja učinkovita vzpostavitev enakosti v podrejenem razmerju in odvrnitev ponudnikov od nadaljnje uporabe nepoštenih pogojev (zagotoviti t. i. odvrnitveni učinek).

Navedene cilje zasleduje načelo varstva šibkejšega, ki bistveno vpliva na vsebino temeljnega procesnega načela varstva dolžnika, ki svojo vsebino črpa v ustavnem načelu socialne države.

Ker je odločilno razumevanje, da je pri notarskem zapisu učinek izvršilnega naslova utemeljen na procesni dispoziciji dolžnika glede neposredne izvršljivosti (soglasju z neposredno izvršljivostjo), enako kot ostale procesne dispozicije strank (npr. pripoznava zahtevka, sodna poravnava), ta ne sme omogočiti, da se z njo zaobide prisilne zapovedi in prepovedi materialnega prava.

Učinki vezanosti na izvršilni naslov so podani tudi pri notarskem zapisu, a so ti omejeni na področje, kjer lahko stranke svobodno določajo vsebino obveznosti.

Prepoved nepoštenih pogojev spada med določila javnega reda, torej v področje, ki je zunaj avtonomije strank.

Pojasneno stališče o obvezni sodni kontroli nedopustnega procesnega razpolaganja je še posebej pomembno v neenakovrednih razmerjih, kjer je intervencija tretjega (oblasti) nujna, da lahko pride do izravnave moči in s tem šele do dejanskega svobodnega ravnanja (pozitivna svoboda - svoboda z aktivno pomočjo šibkejšemu). Upoštevati je treba, da potrošnik nima pogajalske moči, da bi lahko navedeno soglasje z neposredno izvršljivostjo odklonil in si zagotovil učinkovito varstvo sodišča po uradni dolžnosti v fazi pridobitve izvršilnega naslova.

V skladu z načelom atrakcije in koncentracije postopka lahko izvršilno sodišče odloči o vseh spornih vsebinskih ugovorih kot o predhodnem vprašanju.

Nepošten (nedopusten) je v obravnavanem notarskem zapisu zajet pogodbeni pogoji o vezanosti dolgoročnega stanovanjskega potrošniškega kredita na tujo valuto švicarski frank (*CHF*), ker ne vsebuje ustrezne omejitve valutnega tveganja.

Zasnova minimalne uskladitve državam članicam pušča široko diskrecijsko pravico. Slovenski zakonodajalec jo je uveljavil s tem, da v slovenski pravni red ni prenesel omejitve presoje nepoštenih pogojev, ki pomenijo glavno pogodbeno obveznost, le na tiste pogoje, ki so nejasni.

Slovenski zakonodajalec ni izboljšal varstva potrošnikov le s presojo tudi jasnih pogodbenih pogojev glavne obveznosti, ampak je tudi opredelil v 23. in 24. členu ZVPot širša, dodatna merila presoje nepoštenih pogojev, kot ta izhajajo iz člena 3(1) Direktive 93/13, ki olajšujejo presojo nedopustnosti.

Valutno tveganje mora biti s strani banke kot profesionalne osebe celovito pojasnjeno, kar zajema tudi pojasnilo intenzivnosti oziroma obsega tveganja, in ne le, da tveganje obstoji.

Če je banka v kreditno pogodbo vključila element, ki povsem spremeni njeno temeljno naravo in namen, mora biti tudi opozorilo o tem elementu bistveno obsežnejše in bolj poglobljeno, kot to velja za običajne elemente, s katerimi potrošnik redno računa. Zato ne zadošča le seznanjenost z možnostjo zvišanja in znižanja, ampak mora banka izrecno opozoriti potrošnika, da je sprememba cene kredita neomejena (izrecno opozorilo na neomejenost tveganja) in da je sprememba lahko tudi znatno v škodo potrošnika, tudi do te mere, da je lahko tveganje zanj neobvladljivo.

Za presojo nepoštenosti ni bistveno, ali se je po sklenitvi pogodbe valutno tveganje dejansko uresničilo in v kakšni meri. Za presojo je odločilno, da je valutna klavzula, ki ni ustrezno omejena, nedopustna pogodbeno vsebina.

Ustavno sodišče je načelo vestnosti in poštenja opredelilo kot samostojno podlago za omejitev pogodbene svobode in gospodarske pobude, na katero se sodišče lahko neposredno opre. Pri tem je navedeno načelo opredelilo tudi kot vstopno mesto, preko katerega se v pogodbenem pravu uresničuje ustavna vsebina socialne varnosti, socialna funkcija lastnine in načelo socialne države.

Če navedeno načelo povežemo z načelom varstva šibkejše stranke, je v obravnavani zadevi potrošniškega kreditnega razmerja poudarjena obveznost banke, da vnaprej pripravljeno vsebino pogodbe oblikuje tako, da se lahko učinkovito uresničijo potrošnikovi interesi. V povezavi z načelom profesionalne skrbnosti pa lahko navedeno razumevanje nadgradimo v zahtevo po odgovornem kreditiranju (responsible lending).

Pri presoji nepoštenih pogojev je poudarek na odgovornosti in (samo)omejitvi bank, da pripravijo ustrezne izbire, in ne na odgovornosti potrošnikov za prevzemanje neomejenega ali neustrezno omejenega tveganja, ki ga v bančnem prostoru pri kreditiranju ne pričakujejo.

Pri intervenciji države, ki omeji svobodo banke glede vnaprej pripravljene vsebine bančnega produkta s sklicevanjem na vestnost in poštenje, gre za postavitev in varstvo skrajne meje, ki je bančno okolje glede na svoj družbeni pomen zagotavljanja stabilnega in odgovornega financiranja in odgovornost za upravljanje tveganj ne sme prestopiti.

Razlaga, ki bi dopustila, da kreditiranje potrošnikov postane špekulativno poslovanje s tveganjem pojasnjene neomejenega ogrožanja kreditorejmalčevega ekonomskega položaja, izgubi razumen stik s predmetom pravnega urejanja.

Dobro vero je mogoče razumeti sorodno, kot to velja glede načela vestnosti in poštenja, ki ga je sodišče druge stopnje povežalo s spoštovanjem utemeljenega interesa potrošnika po stabilnem kreditiranju in zavrnitvijo razumevanja, da je tovrstno financiranje po namenu špekulativni posel.

Ker je podana tako kršitev po slovenskem pravu, kot tudi po Direktivi 93/13, nacionalno sodišče nepoštenega pogoja ne sme spreminjati oziroma prilagoditi na dopustno mero.

Izrek

I. Pritožbi se ugodi in sklep sodišča prve stopnje spremeni tako, da izrek glasi:

"I. Ugovoru dolžnikov se ugodi, sklep o izvršbi I 1211/2018 z dne 7. 9. 2018 se razveljavi in predlog za izvršbo zavrne.

II. Upnica je dolžnikoma dolžna v 8 dneh od vročitve sklepa povrniti 110,00 EUR ugovornih stroškov, po preteku tega roka z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila."

II. Upnica je dolžnikoma dolžna v 8 dneh od vročitve sklepa povrniti 250,00 EUR pritožbenih stroškov, po preteku tega roka z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila.

Obrazložitev

1. V obravnavani izvršilni zadevi je sodišče dovolilo izvršbo kreditne obveznosti (stanovanjskega kredita), ki jo je predlagala banka kot upnica zoper dolžnika potrošnika na podlagi neposredno izvršljivega notarskega zapisa hipotekarne kreditne pogodbe. Kreditna obveznost z valutno klavzulo je bila vezana na tujo valuto švicarski frank (*CHF*), dolžnika pa sta jo bila dolžna plačati v obrokih v domači valuti (EUR) po referenčnem tečaju Evropske centralne banke na dan plačila.¹ Dolžnika sta v ugovoru uveljavljala ničnost kreditne obveznosti zaradi možnosti drastičnega povečanja kreditne obveznosti in s tem špekulativne narave kredita, ki ga ne bi sklenila, če bi se zavedala navedenega tveganja, ki jima s strani banke ni bilo ustrezno predstavljeno.

2. Sodišče prve stopnje je ugovor dolžnikov zavrnilo in odločilo, da sta dolžnika dolžna upniku nerazdelno povrniti stroške ugovornega postopka v višini 914,63 EUR.

3. Dolžnika v pravočasni pritožbi v bistvenem nasprotujeta razlogom sodišča prve stopnje, da sta bila ustrezno poučena o tveganju. Menita, da predložena s strani dolžnice podpisana izjava ne zadošča, saj gre le za opozorilo na možnost zvišanja in znižanja, ne pa tudi, da se lahko kredit tudi znatno oziroma bistveno poveča. Ker ni bilo nobenega nazornega prikaza možnih sprememb, se nista zavedala, da je bil dogovorjen mehanizem, ki omogoča neomejeno povečanje obveznosti. Takšne pogodbe nikoli ne bi sklenila. Iz anuitetnih načrtov v spisu izhaja, da je bil kredit v *CHF* predstavljen kot ugodnejši od kredita v EUR. Banka je prikriivala informacije. Pojasnjujeta, da nista mogla oceniti morebitnih znatnih ekonomskih posledic, ki lahko nastanejo iz obravnavane pogodbe. Ustrezno pojasnilo bi morala podati banka ne glede na to, da je bila sklenjena pogodba pred uveljavitvijo obeh novjših Zakonov o potrošnikih kreditih (v nadaljevanju ZPotK-1 in ZPotK-2). Menita, da ravnanje banke ni bilo dobroverno in je podano tudi znatno neravnovesje med strankama v obravnavanem kreditnem razmerju. Predlagata razveljavitev izpodbijanega sklepa in priglášata pritožbene stroške.

4. Upnica je v odgovoru na pritožbo navedla, da se sodišče prve stopnje ne bi smelo ukvarjati vsebinsko z ugovorom, saj ne gre za dopustne ugovorne navedbe. Izvršilno sodišče ne sme ugotavljati ničnosti notarskega zapisa. Stranki s procesnim razpolaganjem nista dosegli učinkov, ki ga po materialnem pravu ne bi smeli, saj nista kršili prisilnih predpisov ali moralnih načel. V ostalem upnica soglašá z razlogi sodišča prve stopnje in prigláša strošek odgovora.

5. Pritožba je utemeljena.

I. Postopkovni vidiki

6. Sodišče druge stopnje je že v več izvršilnih zadevah zavzelo stališče, da se presoja nepoštenelega pogodbenega pogoja, ki je po slovenskem pravu ničen (23. člen Zakona o varstvu potrošnikov – v nadaljevanju ZVPot), nanaša na presojo, ali ima obravnavan notarski zapis učinek (pomen) izvršilnega naslova (2. točka prvega odstavka 55. člena Zakona o izvršbi in zavarovanju - v nadaljevanju ZIZ, 4. člen Zakona o notariatu – v nadaljevanju ZN, tretji odstavek 3. člena Zakona o pravnem postopku – v nadaljevanju ZPP v zvezi s 15. členom ZIZ).² Sodišče druge stopnje je oblikovalo nov, omiljen pristop k razumevanju načela formalne legalitete (glede vezanosti na izvršilni naslov), ki v potrošniškem razmerju, obseženem v neposredno izvršljivem notarskem zapisu, dopušča izvršilnemu sodišču presojo nedopustnih (nepoštenih) pogojev, ki niso skladni z (domačim) javnim redom (prisilnimi predpisi).

7. Po pojasnjenem gre za dopustni ugovorni razlog, pri katerem pa izvršilno sodišče vsebinsko presoja kršitev navedenega prisilnega materialnopravnega zakonskega določila le z namenom, da presodi obstoj predpostavke za izvršbo, ne pa tudi z namenom, da dokončno odloči o ničnosti pogodbenega določila, kot zmotno meni upnica v odgovoru na pritožbo. Izvršilno sodišče namreč odločitev sprejme le glede podane zahteve za sodno varstvo, ki je v izvršilnem postopku omejena na predlog za prisilno izvršbo, taka odločitev pa bo imela glede na objektivne meje pravnomočnosti učinek le za izvršilni postopek. O nasprotovanju materialnim prisilnim določilom presoja izvršilno sodišče kot o predhodnem vprašanju (13. člen ZPP v zvezi s 15. členom ZIZ).³ Tovrstna razlaga upošteva posebnost slovenskega izvršilnega postopka, kjer je sam zakonodajalec predvidel, da se o spornem vprašanju najprej odloči v izvršilnem postopku, če je interes strank, pa še enkrat tudi v pravdi. Z navedeno razlago sodišče druge stopnje tudi zasleduje čim bolj učinkovito ravnanje izvršilnega sodišča, da čim prej prepreči uveljavitev nepoštenih pogojev in s tem tudi čim bolj učinkovito odvrne ponudnike od njihove nadaljnje uporabe.

8. Da mora že izvršilno sodišče po uradni dolžnosti opraviti preizkus notarskega zapisa, ali vsebuje nepoštene pogoje v smislu Direktive Sveta 93/13/EGS o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah (v nadaljevanju Direktiva 93/13), izhaja tudi iz sodbe Sodišče Evropske Unije (v nadaljevanju Sodišče EU) C-407/18 z dne 26. 6. 2019 (zadeva Addiko Bank proti Kuhar). Po pojasnjenem se izvršilno sodišče navedenemu vsebinskemu preizkusu ne sme ogniti. Katera pot in s kakšnimi pravnimi učinki bo sledila po opravljenem vsebinskem preizkusu, pa je prepuščeno državam članicam v skladu z njihovo procesno avtonomijo. Sodišče EU je s sprejeto odločitvijo določilo le minimalno sodno varstvo v skladu z načelom učinkovitosti, ki pa ne preprečuje, da države članice določijo še bolj učinkovito ureditev varstva potrošnikov.⁴ Direktiva že po svoji naravi ne vzpostavlja polne, ampak določa le minimalno harmonizacijo, zato je državam članicam dana možnost, da varstvo potrošnikov uveljavijo tudi v večji meri, in jim nudijo še strožje, učinkovitejše varstvo (člen 8 Direktive 93/13).

9. Nacionalno sodišče je pri razlagi nacionalne postopkovne ureditve vezano na doseganje ciljev varstva potrošnikov. V okviru zagotavljanja visoke ravni varstva potrošnikov (38. člen Listine EU o temeljnih pravicah - v nadaljevanju Listina EU) sta temeljna cilja učinkovita vzpostavitev enakosti v podrejenem razmerju in odvrnitev ponudnikov od nadaljnje uporabe nepoštenih pogojev (zagotoviti t. i. odvritveni učinek - člen 7(1) Direktive 93/13).⁵ Vloge in odgovornosti nacionalnega sodišča se pri tem ne omejuje le na možnost, da se izreče o nepoštenosti pogoja, ampak je to njegova obveznost, ki jo mora izpolniti takoj, ko ima vse za to potrebne pravne in dejanske elemente, četudi potrošnik v tej smeri ni aktiven (glej Banco Espanol de Credito in Pannon GSM, navedeno stališče je ponovljeno tudi v zadevi Aziz in združenih zadevah Banco Popular Espanol in Banco de Valencia, v zadevi Finanmadrid in Addiko Bank proti Kuhar).⁶

10. Navedene cilje zasleduje načelo varstva šibkejšega, ki bistveno vpliva na vsebino temeljnega procesnega načela varstva dolžnika, ki svojo vsebino črpa v ustavnem načelu socialne države (2. člen Ustave RS – v nadaljevanju URS).⁷ Po pojasnjenem je izhodiščno razlagalno sidro v obravnavani zadevi poudarjena skrb za dolžnika kot potrošnika po uradni dolžnosti, zaradi česar je razumevanje procesnih možnosti, učinkovitosti sodnega varstva in razmerja med upnikom in dolžnikom drugačno kot v tipičnem izvršilnem procesnem razmerju upnika in dolžnika. Pri tem ne gre le za zasebni interes posameznega potrošnika. Razlagalno izhodišče v korist potrošnika je namreč okrepljeno z varstvom javnega interesa dviga življenjske ravni in kakovosti življenja v družbi, ki ga je izpostavilo tudi Sodišče EU.⁸

Odstop od sodne prakse Vrhovnega sodišča glede načela formalne legalitete

11. Presoja nepoštenih pogodbenih pogojev je v izvršilnem postopku tesno povezana z razumevanjem načela formalne legalitete, saj ta v skrajni strogosti odvzema vsakršno možnost izvršilnemu sodišču, da presoja izvršilni naslov. Ker gre za načelo, ki niti ni uzakonjeno, je njegova vsebina prepuščena pravni razlagi, ki nujno vključuje zahtevo po pravi meri, s tem pa se v okviru vrednostnega tehtanja odpira razlagalni prostor, ki omogoča tudi prilagojeno, omeščano strogost njegove vsebine, in ne zgolj absolutno prepoved vsakršne presoje.⁹

12. Sodišče druge stopnje v obravnavani zadevi vztraja pri drugačnem razumevanju, kot ga je uveljavilo Vrhovno sodišče v zvezi z neposredno izvršljivim notarskim zapisom¹⁰ in ga ponovilo tudi v nedavni odločitvi Sklepu II Ips 55/2020 v procesnem razmerju med banko upnico in dolžnikom potrošnikom.¹¹ Sodišče druge stopnje meni, da so za odstop od stališč Vrhovnega sodišča še vedno podani tehtni razlogi, saj se Vrhovno sodišče tudi v zadnji odločitvi ni celovito posvetilo vsem vidikom argumentacije, kot jih je obširno podalo sodišče druge stopnje v presojani zadevi.

Specialna ureditev notarskega zapisa kot izvršilnega naslova

13. Sodišče druge stopnje v prvi vrsti ne sledi stališčem Vrhovnega sodišča v Sklepu II Ips 55/2020, ker je svojo odločitev oprlo izključno na splošno določilo prvega odstavka 17. člena ZIZ,¹² ne da bi se pri tem opredelilo do specialnega določila 4. člena ZN, ki določa zakonske pogoje, pod katerimi je notarski zapis sploh izvršilni naslov, in ne da bi pri tem upoštevalo institut nedopustnega procesnega razpolaganja (dispozicije) iz tretjega odstavka 3. člena ZPP v zvezi s 15. členom ZIZ, čeprav je zakonski pogoj soglasja z neposredno izvršljivostjo procesno razpolaganje (dispozicija).

14. Vrhovno sodišče vztraja pri tradicionalnem razumevanja načela formalne legalitete v pomenu neomejene vezanosti na izvršilni naslov in neposredno izvršljiv notarski zapis obravnava enako kot pravnomočno sodbo, kljub bistveno šibkejši naravi notarskega zapisa, ki je le kvalificiran zapis pravnega posla brez učinkov trdnosti zapsanega, ki jo ima pravnomočna sodna odločba. Enačenje notarskega zapisa in sodbe kot izvršilnih naslovov ter iz tega izpeljano enačenje strogosti vsebine glede načela formalne legalitete zanemari temeljno izhodišče modernega prava, da je avtonomija strank omejena zaradi pravic drugih in javnega (družbenega) interesa,¹³ s tem pa tudi domet učinkovanja soglasja z neposredno izvršljivostjo.

15. Ker je odločilno razumevanje, da je pri notarskem zapisu učinek izvršilnega naslova utemeljen na procesni dispoziciji dolžnika glede neposredne izvršljivosti (soglasju z neposredno izvršljivostjo - 4. člen ZN, prvi odstavek 20.a člena ZIZ), enako kot ostale procesne dispozicije strank (npr. pripoznava zahtevka, sodna poravnava), ta ne sme omogočiti, da se z njo zaobide prisilne zapovedi in prepovedi materialnega prava.¹⁴ Ker gre za najširšo procesno dispozicijo, ki izključi kontrolo pravnega sodišča pri pridobitvi izvršilnega naslova, je izvršilno sodišče tisto, ki v okviru presoje predpostavke obstoja izvršilnega naslova presodi, ali morda gre za nedopustno procesno razpolaganje (tretji odstavek 3. člena ZPP v zvezi s 15. členom ZIZ). Na navedeno predpostavko pazi po uradni dolžnosti. V delu, v katerem notarski zapis ni skladen s prisilnimi predpisi, soglasje dolžnika z neposredno izvršljivostjo nima pravnega učinka, s tem pa v tem delu notarski zapis tudi ni izvršilni naslov (ugovorni razlog iz 2. točke prvega odstavka 55. člena ZIZ).

16. Pravilnost navedenega razumevanja utrjuje tudi dodatni zakonski pogoj iz 4. člena ZN, da mora iti za obveznost, glede katere je dovoljena poravnava. Poravnava ni dovoljena o ničnem pravnem poslu (drugi odstavek 1057. člena Obligacijskega zakonika – v nadaljevanju OZ), torej tistem, ki je v nasprotju s

prisilnimi predpisi. Ta zakonski pogoj enako kot smiselna uporaba tretjega odstavka 3. člena ZPP varuje (domači) javni red in pomeni omejitev svobodnega ravnanja strank. Omejitev procesne in materialnopravne svobode, ki jo na obligacijskem področju splošno opredeljuje že določilo 3. člen OZ, se povezuje in prekrivata z namenom celovitega varstva.

17. Pojasnjeno razumevanje potrjuje, da je treba na načelo formalne legalitete pri notarskih zapisih gledati drugače, kot to velja za pravnomočno sodno odločbo. Učinki vezanosti na izvršilni naslov so podani tudi pri notarskem zapisu, a so ti omejeni na področje, kjer lahko stranke svobodno določajo vsebino obveznosti. Učinkov vezanosti pa ni glede obveznosti, ki so zunaj tega področja. Načelo formalne legalitete je s tem v svojem bistvu še vedno spoštovano. Izvršilno sodišče je vezano na notarski zapis, če in kolikor izpolnjuje zakonske pogoje, da postane izvršilni naslov.

18. Prepoved nepoštenih pogojev (23. člen ZVPot) spada med določila javnega reda, torej v področje, ki je zunaj avtonomije strank. Tudi iz ustaljene sodne prakse Sodišča EU izhaja, da je člen 6(1) Direktive 93/13 (ki ga v slovenskem pravu uveljavlja 23. člen ZVPot) in vse določbe, ki so nujne za uresničitev cilja, ki ga ta člen zasleduje, enakovredne določbam javnega reda držav članic.¹⁵ Drugačno stališče upnice v odgovoru na pritožbo po pojasnjenem ni utemeljeno. V skladu s pravom EU sicer lahko, kot navaja upnica v odgovoru na pritožbo, potrošnik doseže, da nepošten pogoj obvelja (konvalidira); zaradi neveljavnosti nepoštenega pogoja je namreč lahko potrošnik morda tudi izpostavljen posebej škodljivim posledicam. Gre za vprašanje izbire manjšega zla, kar pa ne vpliva na obvezno naravo, kot jo ima javni red. Vendar je volja potrošnika upoštevna šele potem, ko ga je sodišče po opravljeni presoji na nepošten pogoj opozorilo, ne pa v naprej, preden je bila obvezna uradna sodna kontrola sploh opravljena (zadeva Dziubak).¹⁶ Zmotno je po pojasnjenem razumevanje upnice, da se je s podajo soglasja z neposredno izvršljivostjo potrošnik lahko v naprej odpovedal sodnemu varstvu pred nepoštenimi pogoji. O tem, da gre za varstvo javnega reda, ki je zunaj polja avtonomije strank, pa je povsem jasno po slovenskem pravu, saj je za kršitev prepovedi nepoštenih pogojev zakonsko določena sankcija ničnosti (23. člen ZVPot), ki je sankcija kršitve prisilnih predpisov. Ničen posel po slovenskem pravu tudi ne more konvalidirati (90. člen OZ).

Novejša pravna teorija

19. Sodišče druge stopnje tudi ne sledi stališčem Vrhovnega sodišča, ker se je oprlo izključno na pravno teorijo iz obdobja pred uveljavitvijo notarskega zapisa kot izvršilnega naslova.¹⁷ Ni pa se opredelilo do novejših spoznanj pravne teorije, ki utrjujejo pomen razlikovanja izvršilnih naslovov in pri neposredno izvršljivem notarskem zapisu dopuščajo vsebinski preizkus nasprotovanja prisilnim predpisom.¹⁸

20. Dika opozarja na pogoj, da mora biti o obveznosti dovoljena poravnava. V navedeni pravni teorije se poudarja tudi odsotnost učinkov pravnomočnosti in institut nedopustnega procesnega razpolaganja. Galič je izrazil tehten pomislek glede sodne prakse, ki vztraja pri vlaganju posebne ugotovitvene tožbe in ni naklonjena ugotavljanju ničnosti kot ugovornega razloga, da utemeljevanje tovrstne prakse na predpostavki izenačenja notarskega zapisa in sodbe ni ustrezna.¹⁹ Vuksanović je menil, da je poudarjanje načela stroge formalne legalitete v sodni praksi v zvezi z izvršbami na podlagi notarskega zapisa nerazumno in da načelo enostavno ni primerno za to, da se ga brez pridržkov in modifikacij kar prenese v izvršbo na podlagi notarskega zapisa.²⁰

Načelo varstva šibkejšega in dinamična razlaga

21. Sodišče druge stopnje je odstopilo od stališč Vrhovnega sodišča tudi zato, ker pojasnjeno sodobno

razumevanje ne samo dosledneje upošteva specialno zakonsko ureditev, ki velja za notarski zapis, ampak tudi dosledno uresničuje načelo varstva šibkejšega.

22. Pojasnjeno stališče o obvezni sodni kontroli nedopustnega procesnega razpolaganja je še posebej pomembno v neenakovrednih razmerjih, kjer je intervencija tretjega (oblasti) nujna, da lahko pride do izravnave moči in s tem šele do dejanskega svobodnega ravnanja (pozitivna svoboda - svoboda z aktivno pomočjo šibkejšemu).²¹ Upoštevati je treba, da potrošnik nima pogajalske moči, da bi lahko navedeno soglasje z neposredno izvršljivostjo odklonil in si zagotovil učinkovito varstvo sodišča po uradni dolžnosti v fazi pridobitve izvršilnega naslova. Izključen namen neposredno izvršljivega notarskega zapisa je okrepiti položaj upnika, v obravnavani zadevi banke kot močnejše stranke, in mu omogočiti neposreden dostop do prisilne izterjave zapadlih obveznosti (v obravnavani zadevi tudi s prodajo zastavljene nepremičnine). Navedeno soglasje dolžnika notarski zapisi potrošniških hipotekarnih kreditov zato redno vsebujejo. Notarjeva kontrola pri nastanku notarskega zapisa je sicer dobrodošla, a v pojasnjenem neenakovrednem razmerju ne more nadomestiti sodne kontrole.²²

23. Potrošniško pravo je v obdobju po finančni krizi sledilo družbenim potrebam po povečanju varstva potrošnikov še posebej v zvezi z odgovornim kreditiranjem.²³ Pravo je živo in kot takšno naj bo razumljeno v kontekstu aktualne družbene stvarnosti. Spremenjene družbene razmere in spoznanja o potrebi po večji zaščiti potrošnikov podpirajo odločitev, da je ustrezno uporabiti dinamično razlago procesne ureditve, ki bo omogočila njen razvoj, odzivnost na zahteve družbenega okolja in preseгла razumevanje, ki je oprto na tradicionalni pogled, ko notarskega zapisa še ni bilo in potrebe po poudarjenem varstvu potrošnikov še niso bile tako močno izražene. Nenazadnje je tudi v procesnem pravu zakonodajalec z zadnjimi novelami ZIZ naredil pomembne korake v smeri krepite varstva dolžnika.²⁴ Naveden trend vzpostavljanja novega procesnega ravnotežja bi se moral odraziti tudi pri razumevanju načela formalne legalitete.

24. Nenazadnje pa je mogoče sodobne vidike varstva potrošnikov in razumevanje notarskega zapisa kot izvršilnega naslova obravnavati tudi v povezavi s tradicionalnim pogledom, ki pa je širši, kot ga je upoštevalo Vrhovno sodišče, in zajema ne samo izvršilno pravo, ampak temelje celotnega civilnega procesnega prava. Vidik odvrnitve močnejše stranke od uveljavljanja nepoštenih pogojev je neposredno povezan s temeljnim razumevanjem učinkovitega civilnega sodnega varstva pred nedopustnimi procesnimi razpolaganji, ki je bilo v pravni teoriji uveljavljeno že pred uveljavitvijo notarskega zapisa kot izvršilnega naslova. Že tedaj je bilo zavzeto stališče, da mora biti sodno varstvo vseh možnih procesnih dispozicij enako, da se ne spodbuja strank, da za doseg nedopustnega cilja izberejo pot z najmanjšo kontrolo.²⁵ Da izvršilni postopek ne postane ta pot, mora za neposredno izvršljiv notarski zapis, ki je utemeljen na procesni dispoziciji, veljati v izvršilnem postopku enako kakovostna kontrola, kot je uveljavljena v pravdi; opravljen mora biti sodni preizkus skladnosti s prisilnimi predpisi in zavrjeno morebitno nedopustno razpolaganje (tretji odstavek 3. člena ZPP v zvezi s 15. členom ZIZ). Vrhovno sodišče, navkljub sklicevanju na starejšo pravno teorijo, tega temeljnega vidika ne bi smelo zanemariti, ko je tradicionalni pogled apliciralo na nov izvršilni naslov.

Posebna narava slovenskega izvršilnega postopka

25. Argument narave izvršilnega postopka, ki ga je uporabilo Vrhovno sodišče, ko je poudarilo, da je izvršilni postopek namenjen izterjavi obveznosti in ne njenemu ugotavljanju in presoji, na splošno drži, a s tem pridržkom, da je celo pri pravnomočni sodbi dovoljena določena mera presoje izvršilnega sodišča z namenom zavrnitve izvršbe nedopustnega predmeta obveznosti.²⁶ Dopustna pa je tudi izvršba med

osebami, ki niso navedene v izvršilnem naslovu (24. člen ZIZ). Naveden argument lahko prepriča, če gre za trden izvršilni naslov, ki ne prenese ponovne sodne presoje, manj pa, če gre za izvršilni naslov, ki še ni bil deležen sodne kontrole in o njegovi vsebini lahko stranki kadarkoli sprožita sodno varstvo. Naveden argument velja torej na splošno, ne zapira pa razlagalnega prostora za drugačno utemeljevanje. Spregledati pa ne smemo, da je v naravi vsakega sodnega postopka tudi, da mora učinkovito preprečiti njegovo uporabo za nedopustni cilj (neskladnost z javnim redom, ki uveljavlja družbene interese), s čimer se zasleduje tudi socialna (družbena) funkcija sodnega varstva.

26. Če želimo celovito upoštevati argument narave izvršilnega postopka, pa moramo poudariti tudi posebne značilnosti slovenskega postopka, ki bistveno odstopajo od tipičnega izvršilnega postopka, kjer izvršilno sodišče le prisilno izvrši, kar izhaja iz izvršilnega naslova. Razlaga Vrhovnega sodišča, ki izriva odločitev o nepoštenem pogoju iz izvršilnega postopka v pravdni postopek, v tem pogledu ne sledi temeljnemu namenu zakonodajalca pri zasnovi slovenskega postopka, da se vsa sporna vprašanja najprej razrešijo v izvršilnem postopku in šele, če še vedno obstoji interes, dokončno tudi v pravdi.

27. V skladu z načelom atrakcije in koncentracije postopka lahko izvršilno sodišče odloči o vseh spornih vsebinskih ugovorih kot o predhodnem vprašanju.²⁷ Slovenski zakonodajalec se je že sam s tem odmaknil od strogega pogleda na načelo formalne presoje, kjer izvršilno sodišče odločitev sprejema le na podlagi vsebine izvršilnega naslova, vsebinskih ugovorov dolžnika pa ne presoja. Slovenska ureditev ugovornega postopka omogoča dolžniku, da vsa nasprotovanja izvršbi uveljavi z enim pravnim sredstvom, in to znotraj izvršilnega postopka, sodišče pa ima pooblastilo, da jih tudi celovito vsebinsko presodi. Za dolžnika je taka pot ne samo najcenejša, ampak tudi najučinkovitejša, kar je še posebej pomembno, ko gre za varstvo potrošnika kot šibkejše stranke.

28. Pravna teorija izpostavlja, da se naj v izvršilnem postopku sporno dejansko stanje, ugotovi v največjem možnem obsegu. Zastopano je stališče, da mora izvršilno sodišče pri odločanju smiselno upoštevati ustrezna določila pravnega postopka, da se dejansko stanje razjasni na način in do stopnje, ki jo narekujejo standardi pravnega postopka.²⁸

29. S tem slovenska ureditev bistveno odstopa od primerljivih avstrijske, nemške in hrvaške ureditve, ki so zelo zahtevne in zapletene, bistveni ugovori pa se uveljavljajo le s tožbami v pravdi.²⁹

30. Presoja v izvršilnem postopku in pravdnem postopku se glede na pojasnjeno zasnovo izvršilnega postopka ne izključujeta, ampak dopolnjujeta v celovito sodno varstvo.³⁰ Zato razlaga procesne ureditve ne bi smela biti osredotočena na odgovor, ali o nepoštenem pogoju odločati v izvršilnem postopku ali obvezno prepustiti odločitev pravdnemu sodišču, ampak kako najbolj učinkovito te dve poti sobivata.

31. Kot je sodišče druge stopnje že obširno pojasnilo v drugi zadevi, najboljšo rešitev ponujata institut predhodnega vprašanja in prekinitve izvršilnega postopka le v položaju, ko je morebitna pravda že v zaključni fazi, nikakor pa ne, ko še ni niti sprožena.³¹

Ovrednotenje razlagalnih rezultatov

32. Vrhovno sodišče je podalo razlago, ki ponudi najnižje še dopustno sodno varstvo potrošnika preko odloga izvršbe z obvezno potjo pravde, in hkrati daje prednost najbolj strogi vsebini načela formalne legalitete, ki maksimalno varuje položaj močnejšega upnika. Razlaga pri tem ne ponudi odgovora, ali je tak položaj upnika sploh utemeljen glede na šibkost izvršilnega naslova in njegovo dispozitivno naravo,

niti ne da odgovora, ali je lahko položaj dolžnika tudi bolj varovan s sklicevanjem na poudarjeno varstvo šibkejšega in posebno zasnovo slovenskega izvršilnega postopka. Vnaprej je izraženo stališče, da je vsakršno "spodjedanje" upnikovega položaja neprimerno.

33. Golo sklicevanje na tradicionalno privilegiran položaj upnika v izvršilnem postopku, ki ne prenese "spodjedanja",³² lahko presodimo kot nezadostno, saj ne omogoča razlagalnega rezultata, ki bi celovito in uravnoteženo zajel vse bistvene vidike, ampak v naprej, še preden so ovrednotene (pretehtane) vse razlagalne možnosti, omeji možen rezultat oziroma je ta že v naprej določen v korist upnika, v obravnavi zadevi banke. Taka razlaga ne omogoča pristnega tehtanja nasprotujočih si interesov.³³

34. Soglašati je z Ekartom, ki je opisal smer razvoja slovenskega izvršilnega prava glede iskanja ravnotežja med nasprotujočimi interesi upnika in dolžnika s simboliko "dveh korakov naprej in enega nazaj".³⁴ Prepričljivo je navedel, da je po obdobju pretiranega poudarjanja upnikovega interesa po učinkoviti izvršbi zakonodajalec utemeljeno stopil korak nazaj in dal dolžnikovim interesom več poudarka. Sodišče druge stopnje z omehčanjem strogosti načela formalne legalitete sledi tem spoznanjem in usmeritvi zakonodajalca. Razlagalni prostor, ki ga ponuja zakonsko besedilo to dopušča. Zasnova izvršilnega postopka tudi. Poudarjena zahteva po varstvu šibkejšega v javnem interesu pa tak razlagalni rezultat tudi legitimira. Pojasnjena "prava mera" vsebine načela formalne legalitete upniku daje prav toliko, kolikor je njegov položaj utemeljen s šibkejšo močjo in posebno naravo izvršilnega naslova notarskega zapisa. Močnejšemu upniku prav veliko tudi ne jemlje, saj še vedno ohranja bližnjico do prisilne izvršbe brez sodne kontrole, če le pri z njegove strani v naprej pripravljeni vsebini notarskega zapisa glede obveznosti upošteva prisilni okvir javnega reda. To pa je tako ali tako zgolj temeljna zahteva pravnega reda, brez katere bi bila pod vprašaj postavljena njegova stabilnost in socialna funkcija varstva splošnih (družbenih) interesov. Po drugi strani pa ima tak pristop pomembno prednost: utemeljeno razširi možnosti učinkovitega varstva dolžnika potrošnika s tem, da olajša, poenostavi, poceni in pohitri sodno intervencijo izravnave podrejenega razmerja ter s hitrim in odločnim sodnim odzivom okrepi odvračilni učinek.

35. Sodišče druge stopnje še poudarja, da se razlagalni rezultat omiljenega načela formalne legalitete in procesna pot odloga izvršbe ne izključujeta, ampak dopolnjujeta v celovito sodno varstvo. Vendarle pa sodišče druge stopnje ocenjuje institut odloga izvršbe kot manj primeren, saj ga bremenijo pomembni pomisleki, da ustavnoskladna in pravu EU skladna razlaga ni povsem mogoča.³⁵ Tudi odvračilni učinek je močnejši, če ponudnik lahko računa, da bo zavrnjena prisilna izterjava nepoštenega pogodbenega pogoja takoj, ko se bo upnik obrnil na sodišče, in ne bo prišlo le do odloga izvršbe. Upnik, ki ima v rokah sklep o izvršbi, ima bistveno močnejši položaj nasproti dolžniku, kot bi ga imel, če bi bil njegov predlog za izvršbo zavrnjen. Ne smemo zanemariti, da slovenska ureditev omogoča upniku, da doseže ne samo začetek izvrševanja izvršbe, ampak tudi poplačilo, še preden se lahko dolžnik učinkovito brani in poda predlog za odlog izvršbe. Svoje poplačilo lahko doseže takoj po izdaji sklepa o izvršbi, ko je ta vročen organizaciji za plačilni promet.³⁶ Če tak pristop prestane test sorazmernosti pri pravnomočni sodbi, je glede na pojasnjeno šibko naravo utemeljen pomislek, da velja enako tudi za notarski zapis.

36. Pomemben pa je tudi razmislek, ali sploh obstoji kak utemeljen razlog, da izvršilno sodišče ne bi sprejelo vsebinske, ampak le procesno odločitev, če mora v vsakem primeru predhodno opraviti presojo nepoštenih pogojev, četudi le z namenom odloga izvršbe. Odklonilna drža bi bila najbrž lahko utemeljena le v pravnih ureditvah, kjer lahko vsebinske ugovore podaja dolžnik le s tožbo v pravdi, ne pa tudi v izvršilnem postopku. V položaju, ko posebna zasnova slovenskega izvršilnega postopka ponuja kakovostno okolje za celovito presojo tudi spornih vprašanj, pa lahko ocenimo tovrstno postopanje kot nepotrebno

odlaganje vsebinske odločitve in ohranjanje visečih izvršilnih postopkov, obremenjenih s sicer vendarle opravljeno presojo, da upnik z veliko verjetnostjo nima veljavnega izvršilnega naslova.³⁷ V taki situaciji je za dolžnika dovoljena izvršba, četudi odložena, skupaj z zahtevo, da mora sprožiti pravdni postopek on in ne upnik, prekomerno breme.

II. Materialnopravni vidiki

37. Sodišče druge stopnje meni, da je nepošten (nedopusten) v obravnavanem notarskem zapisu zajet pogodbeni pogoj o vezanosti dolgoročnega stanovanjskega potrošniškega kredita na tujo valuto švicarski frank (*CHF*), ker ne vsebuje ustrezne omejitve valutnega tveganja.

38. Sodišče druge stopnje v zvezi s presojo nepoštenosti pogojev uvodoma upošteva v sodni praksi že sprejeto stališče, da gre v primeru potrošniškega kredita, vezanega na tujo valuto, za tipsko obliko pogojev, ki jih banka vnaprej enostransko pripravi in ne gre za posamično dogovorjene pogoje.³⁸ Enostransko pripravljen pogoj, na vsebino katerega potrošnik nima vpliva, je po pojasnjenem lahko tudi valutna klavzula, ki se sicer nanaša na glavno kreditno obveznost (glavni predmet pogodbe).

Razlikovanje vsebine in obsega presoje po slovenskem pravu in pravu EU

39. Prvi korak pri presoji se nanaša na vprašanje jasnosti (transparentnosti) navedenega pogoja, v tej zvezi pa na t. i. pojasnilno dolžnost ponudnika, ki zagotavlja izravnavo informacijske podrejenosti potrošnika. Tako slovensko pravo, kot tudi pravo EU vsebuje zahtevo po jasnosti in razumljivosti (četrti odstavek 22. člena ZVPot, člen 5 Direktive 93/13). Le pravo EU pa navedeno zahtevo hkrati določa tudi kot omejitev presoje poštenosti pogoja, ki se nanaša na glavni predmet pogodbe.

40. V skladu z določilom člena 4(2) Direktive 93/13 namreč ni dovoljena presoja, ali je pogoj nedopusten, če je pogodbeni pogoj, ki se nanaša na glavno obveznost, jasen. Presoja nepoštenosti se po pojasnjenem po pravu EU lahko nanaša le na nejasne pogoje, torej presoja odpade, če je ponudnik ustrezno opravil svojo pojasnilno dolžnost.

41. Vrhovno sodišče upošteva navedeno omejitev presoje glavne obveznosti iz člena 4(2) Direktive 93/13 tudi po slovenskem pravu, čeprav te omejitve slovensko pravo ne vsebuje.³⁹ Sodišče druge stopnje tej sodni praksi ne sledi, ampak upošteva omejitve iz člena 4(2) Direktive 93/13 le pri presoji po pravu EU, ne pa tudi po slovenskem pravu.

42. Presoja elementov nepoštenih pogojev po pojasnjenem zahteva večplasten pristop, ki upošteva nacionalno pravo in pravo EU, pri čemer je pomembno razmerje med njima. V skladu z načelom primarnosti ima pravo EU prednost pred nacionalno ureditvijo, če si nasprotujeta, vendar je za razmerje med njima bistveno tudi načelo minimalne harmonizacije, ko je določeno področje urejeno z direktivo, kot velja tudi v obravnavani zadevi varstva potrošnikov pred nepoštenimi pogoji. Kot je že bilo pojasnjeno, iz tega načela izhaja, da lahko država članica zagotovi višjo stopnjo potrošniškega varstva in ne le v obsegu minimalnih zahtev iz direktive, kar je tudi izrecno navedeno v členu 8 Direktive 93/13.

43. Zasnova minimalne uskladitve državam članicam pušča široko diskrecijsko pravico.⁴⁰ Slovenski zakonodajalec jo je uveljavil s tem, da v slovenski pravni red ni prenesel omejitve presoje nepoštenih pogojev, ki pomenijo glavno pogodbeno obveznost, le na tiste pogoje, ki so nejasni (člen 4(2) Direktive 93/13). S tem je omogočil tudi presojo jasnih pogojev, s čimer vprašanje ustrezno opravljene pojasnilne

dolžnosti za obseg presoje nepoštenosti po slovenski ureditvi nima odločilnega pomena oziroma nima pomena omejitve.

44. Sodišče EU se je v zadevi Caja de Ahorros že opredelilo, da je v prosti presoji države članice, ali bo uveljavila višjo stopnjo varstva potrošnikov s tem, da ne bo prenesla v svojo ureditev omejitve iz člena 4(2) Direktive 93/13. Sprejelo je stališče, da člen 8 velja tudi za člen 4(2).⁴¹ Tudi v aktualni zadevi Gomez del Moral Guasch⁴² se je sklicevalo na zadevo Caja de Ahorros. Dodatno je Sodišče EU podalo le še pojasnilo, da tudi v primeru, če v nacionalnem pravu ni prenesena omejitev iz člena 4(2), še vedno obstoji obveznost jasnosti (transparentnosti) pogodbenega pogoja, pri čemer ta izhaja iz druge podlage: člena 5 Direktive 93/13. Sodna presoja izpolnitve pojasnilne dolžnosti po slovenskem pravu ob takem stališču ne sme izostati, a ne zaradi omejitve preizkusa nepoštenosti. Sodišče EU namreč ni zavrnilo možnosti, da nacionalno pravo določi tudi presojo jasnih določil, ampak le, da zaradi tega nacionalno sodišče naj ne opusti presoje jasnosti. Ta je vendarle pomembna za nadaljnjo presojo elementov nepoštenosti; okoliščina nejasnosti pripravljenega bančnega produkta vpliva na presojo nepoštenosti,⁴³ saj onemogoča izravnavo podrejenosti, kar je bistveno za preudarno in poučeno potrošnikovo sklepanje kreditne pogodbe. Če ostane zaradi neustreznega ravnanja banke pogoj nejasen, je že pomembno zmanjšana skrb za potrošnikove interese, kar je glavni vidik načela vestnosti in poštenja. Ta vidik ima pomembno težo, ko se pogoj nadalje vsebinsko presoja z vidika nepoštenosti.

45. Vrhovno sodišče je zavzelo drugačno stališče in upoštevalo omejitev preizkusa nepoštenih pogojev iz člena 4(2) Direktive 93/13 ob sklicevanju na lojalno razlago zožilo varstvo potrošnikov tudi po slovenski ureditvi.⁴⁴ S tem ni upoštevana zasnova minimalne uskladitve, ki dopušča nacionalnemu zakonodajalcu razširitev vsebinskega nadzora glede nepoštenih pogojev tudi glede glavne obveznosti (tudi glede cene), ker je s tem ukrepom povezana višja raven varstva potrošnikov.⁴⁵

Dopustna omejitev pogodbene svobode in svobodne gospodarske pobude

Za razlago dopustnega obsega presoje nepoštenih pogojev je pomembno razumevanje, da splošna načela prava EU, ki se nanašajo na ekonomijo svobodnega trga, konkurenco in temeljne svoboščine ne zahtevajo, da bi morala biti omejitev iz člena 4(2) obvezne narave,⁴⁶ kar kaže na to, da navedena omejitev ni nujna točka uravnoteženja med javnim interesom varstva šibkejše stranke potrošnika (2. člen, drugi odstavek 74. člena Ustave RS – v nadaljevanju URS) na eni strani ter pogodbeno avtonomijo (3. člen OZ, 35. člen URS) in svobodno gospodarsko pobudo (prvi odstavek 74. člena URS) na drugi strani.⁴⁷

46. Slovenski zakonodajalec s širitvijo preizkusa nepoštenih pogojev tudi na jasne pogoje ni uveljavil presoje vsakršnih pogodbenih pogojev, tudi v smislu presoje "dobre kupčije", in s tem prekomerno omejil pogodbene svobode,⁴⁸ ampak je omogočil, da so tudi jasna določila, ki so vsiljena s strani močnejše pogodbene stranke, glede poštenosti presojana z namenom, da se uravnoteži potrošnikov podrejeni položaj. Gospodarski model svobodnega opravljanja poslovne dejavnosti in prostega oblikovanja cen je v socialni pravni državi omejen z zaščito splošnih interesov, tudi z zaščito potrošnikov.⁴⁹

47. Zakonska omejitev v naprej pripravljenega glavnega predmeta obveznosti z načelom vestnosti in poštenja po specialni ureditvi 23. in 24. člena ZVPot je po pojasnjenem smiselna in dopustna, pri tem pa ni nujno omejena zgolj na splošno ureditev oderuštva.⁵⁰ Tudi Ustavno sodišče je v zvezi s kreditiranjem opredelilo načelo vestnosti in poštenja kot samostojno omejitev svobodne gospodarske pobude in pogodbene svobode ne glede, ali so tudi podani elementi oderuštva, pri čemer je navedeno omejitev povežalo z ustavno materijo socialne države.⁵¹ Dolenc pojasnjuje, da bi morala sodišča upoštevati, da

navedeno stališče Ustavnega sodišča velja za vse terjatve in na splošno za obligacijsko pravo.⁵² Meni, da gre za nepogrešljiv vezni člen med ustavo in konkretnimi pravili obligacijskega prava.

48. Naveden širši preizkus (tudi jasnih pogodbenih določil glavne obveznosti) podpirajo tudi sodobna spoznanja v pravni teoriji, da morajo v podrejenem razmerju, kjer so izbire s strani ponudnika vsiljene, obstajati kakovostne izbire, da šele lahko govorimo o učinkovitem uravnoveženju pogajalske podrejenosti in učinkoviti svobodni izbiri.⁵³ Sama ustrezna poučenost oziroma informiranost o ponujenem produktu je za učinkovito svobodno izbiro sicer dobrodošla, a v skladu s sodobnimi pogledi ne zadošča za uresničenje dejanske avtonomije. Ker potrošnik nima pogajalske moči, da bi te izbire naredil sprejemljivejše in kakovostnejše, mora posredovati država, da z določitvijo omejitev tudi glede glavne obveznosti opredeli kakovostno izbiro in s tem potrošniku omogoči dejansko oziroma učinkovito svobodo izbire, s katero lahko omogoči svoj osebni razvoj ne samo kot potrošnik, ampak tudi kot človek. Na tem mestu je ponoviti, da potrošniško varstvo ne uresničuje le zasebnega interesa konkretnega potrošnika, ampak tudi javni interes dviga življenjske ravni in kakovosti življenja v družbi.⁵⁴

49. Varstvo potrošnikov je utemeljeno na vrednoti solidarnosti (38. člen Listine EU),⁵⁵ ki je tudi temeljna vrednota socialne države (2. člen URS), na navedenem področju pa je, kot je že bilo izpostavljeno, v ospredju spoznanje pravne teorije, da svoboda ni le svoboda proti državi – negativna svoboda (svoboda brez vmešavanja države, kamor tradicionalno spada tudi pogodbeno avtonomija), temveč tudi svoboda s pomočjo države – pozitivna svoboda (v obliki aktivne pomoči šibkejši stranki).⁵⁶

50. Pravna teorija je zaznala glede varstva potrošnikov pomemben premik tudi v praksi Sodišča EU v smeri transformacije golega opolnomočenja potrošnika (empowerment) preko informiranosti in posledično jasnosti pogodbenih določil v smeri delovanja Sodišča EU kot socialne institucije (socially activist institution), ki deluje z roko v roki s potrošniki in evropskimi državljani (t.i. evropsko civilno družbo).⁵⁷

51. Tudi iz smernic Komisije glede razlage Direktive 93/13 izhaja, da je s sklicevanjem na zasnovo minimalne harmonizacije s pravom EU skladna rešitev, da nacionalno pravo dopušča presojo tudi jasnih pogojev, ki se nanašajo na glavni predmet pogodbe.⁵⁸ V smernicah je tudi pojasnjeno, da države članice lahko določijo strožje pogoje, zlasti z uporabo nižjega praga za opredelitev, da je pogodbeni pogoj nedovoljen.

52. Tudi iz slovenskega poročila, pripravljenega za Evropsko komisijo, izhaja, da v slovensko pravo ni bila prenesena navedena omejitev iz člena 4(2) Direktive 93/13, kar omogoča širšo sodno presojo, kot po Direktivi 93/13, prav tako pa je pojasnjeno, da so elementi za presojo nepoštenih pogojev temeljno drugačni, s čimer so možnosti za razveljavitev pogodbe zaradi nepoštenih pogojev zelo široke.⁵⁹

53. Slovenski zakonodajalec pa ni izboljšal varstva potrošnikov le s presojo tudi jasnih pogodbenih pogojev glavne obveznosti, ampak je tudi opredelil v 23. in 24. členu Zakona o varstvu potrošnikov (v nadaljevanju ZVPot) širša, dodatna merila presoje nepoštenih pogojev, kot ta izhajajo iz člena 3(1) Direktive 93/13, ki olajšujejo presojo nedopustnosti.

Presoja jasnosti pogodbenega pogoja in pojasnilna dolžnost

54. Obravnavana kreditna pogodba je bila sklenjena v času, ko slovenski zakonodajalec še ni posebej predpisal obsega pojasnilne dolžnosti v zvezi z valutno klavzulo. Dolžnost ustrezno informirati potrošnika

o vseh vidikih kreditne pogodbe, še posebej z namenom, da lahko oceni morebitno tveganje v naprej pripravljene pogodbe, pa ni nujno predpisana le v obliki posameznih zakonskih določil, ampak ta izhaja (brez izrecne zakonske podlage) že iz vsebine načela vestnosti in poštenja, ki vsako od strank zavezuje, da pri sklepanju poslov ne zasleduje le lastnih interesov, temveč mora upoštevati tudi pravice, koristi in interese nasprotne stranke.⁶⁰

55. Za razumevanje vsebine pojasnilne dolžnosti sta bistveni zadevi Kasler⁶¹ in Andriciuc,⁶² kjer je Sodišča EU pojasnilo, da ne zadošča le formalna oziroma slovnična jasnost besedila, ampak mora banka podati ustrezna pojasnila in informacije, da bo lahko razumno pozoren in preudaren potrošnik, ne le seznanjen z možnostjo zvišanja ali znižanja vrednosti tuje valute, v kateri je bilo sklenjeno posojilo, temveč tudi zmožen oceniti potencialno znatne ekonomske posledice takega pogoja za njegove finančne obveznosti. Pregledno mora biti pojasnjeno konkretno delovanje mehanizma konverzije tuje valute, na katerega se nanaša zadevni pogoj, ter zveza med tem mehanizmom in mehanizmom, določenim z drugimi pogoji o izplačilu posojila.

56. Valutno tveganje mora biti s strani banke kot profesionalne osebe celovito pojasnjeno, zajema tudi pojasnilo intenzivnosti oziroma obsega tveganja, in ne le, da tveganje obstoji. Dokazno breme o opravljeni pojasnilni dolžnosti je na banki. Navedena dolžnost je vezana na standard povprečnega potrošnika in ni drugačna, četudi bi imel potrošnik sam višjo raven strokovnega znanja.⁶³ Sodišče prve stopnje ni pravilno upoštevalo navedenih izhodišč, saj je glede sposobnosti razumevanja potrošnika upoštevalo okoliščino, da ima dolžnik pravniško izobrazbo.

57. Sodišče prve stopnje je utemeljilo ugotovitev, da je bila pojasnilna dolžnost ustrezna, na pisni izjavi (priloga A22 in A26), iz katere izhaja le seznanjenost s tveganjem zvišanja in znižanja obveznosti zaradi valutne klavzule z navedbo spletnega naslova, kjer lahko spremlja potrošnik višino valutnega tečaja. Takšno pojasnilo je presplošno in nezadostno, da bi lahko potrošnik ocenil tudi potencialno znatne ekonomske posledice, torej tudi morebitno neomejeno veliko povečanje obveznosti. Intenzivnost oziroma obseg tveganja iz navedene izjave ne izhaja.

58. Običajen potrošnik sklepa kreditno pogodbo v prepričanju in zaupanju, da je v naprej pripravljena vsebina odraz spoštovanja zahtev bančnega okolja, ki mora zagotavljati stabilnost in upravljanje tveganja. Povprečen potrošnik izbere bančno financiranje kot eno izmed najbolj varnih oblik financiranja in razume prejete informacije in opozorila o tveganju glede na naravo kreditne pogodbe. Ta pa po svojem namenu ni špekulativni pravni posel, kjer je mogoče računati z neomejenim tveganjem velikih, tudi drastičnih izgub, ampak je namenjena dolgoročnemu financiranju pomembne dobrine, v obravnavani zadevi stanovanja, s čimer se zasleduje stabilnost.⁶⁴ Kreditna pogodba, ki vsebuje element neomejenega tveganja spremembe cene kredita, ki je povsem odvisna od sprememb na valutnem trgu, povsem spreminja svojo naravo, kot bo podrobneje pojasnjeno še tudi v nadaljevanju pri presoji elementov nepoštenosti in obrazložitvi zahteve po odgovornem kreditiranju.

59. Sodišče EU posebej izpostavlja informiranost glede na naravo pogodbe. Če je banka v kreditno pogodbo vključila element, ki povsem spremeni njeno temeljno naravo in namen, mora biti tudi opozorilo o tem elementu bistveno obsežnejše in bolj poglobljeno, kot to velja za običajne elemente, s katerimi potrošnik redno računa.⁶⁵ Zato ne zadošča le seznanjenost z možnostjo zvišanja in znižanja, ampak mora banka izrecno opozoriti potrošnika, da je sprememba cene kredita neomejena (izrecno opozorilo na neomejenost tveganja) in da je sprememba lahko tudi znatno v škodo potrošnika, tudi to do te mere, da je lahko tveganje zanj neobvladljivo. Tega pa banka v obravnavani zadevi ni storila.

60. Opozorilo o intenzivnosti oziroma obsegu tveganja ne izhaja ne iz navedene pisne izjave, ne iz obravnavane kreditne pogodbe, kjer je le opredeljena valutna klavzula brez dodatnih pojasnil, niti iz drugega procesnega gradiva.

61. Sodišče prve stopnje se je neustrezno in zunaj konteksta posebnosti zadeve oprlo na stališče o obsegu pojasnilne dolžnosti Sodišča EU v zadevi Gomez del Moral Guasch,⁶⁶ ki ga je podalo izrecno v zvezi z variabilno obrestno mero. Določeno mero spremembe cene kredita zaradi spremenljive obrestne mere potrošnik pričakuje, saj gre za običajen element, ki ga kreditne pogodbe redno vsebujejo. Obresti so značilna in obvezna sestavina kreditne pogodbe. Gre za izpostavljanje običajnemu tveganju, ki je značilno za dolgoročno kreditiranje. Neomejena valutna klavzula pa ne samo, da ni obvezna sestavina, ampak je nepričakovana in neobičajna sestavina, ki bistveno spreminja temeljno naravo in namen kreditne pogodbe.⁶⁷ Ustrezen nivo intenzivnosti pojasnila je zato utemeljeno višji pri neomejeni valutni klavzuli, kot pri pojasnilu variabilnih obresti. Tudi v tej zadevi pa je Sodišče EU ponovilo izhodišča, ki jih je opredelilo v prej navedenih zadevah Kasler in Andriciuc.

62. Pri tem je navedeno izjavo o valutnem tveganju podpisala le dolžnica, ne pa tudi drugi dolžnik, ki je prevzel solidarno poroštvo. Ker je poroštvo pogodbeno razmerje med banko in porokom potrošnikom v zvezi s poslom, za katerega velja bankina pojasnilna dolžnost (1012. člen in tretji odstavek 1019. člena OZ), ni razloga, da bi lahko opustila banka navedeno dolžnost do poroka. Nenazadnje tudi njegova zaveza vsebuje pogoj neomejene valutne klavzule, zavezo pa sprejema kot potrošnik, torej kot stranka v podrejenem razmerju. Drugačno razumevanje sodišča prve stopnje ni ustrezno.

Presoja nepoštenosti po slovenskem pravu

63. Za presojo nepoštenosti ni bistveno, ali se je po sklenitvi pogodbe valutno tveganje dejansko uresničilo in v kakšni meri. Za presojo je odločilno, da je valutna klavzula, ki ni ustrezno omejena, nedopustna pogodbeni vsebina, ki v stanovanjsko kreditno pogodbo v neomejenem obsegu tveganja ne bi smela biti vključena.

64. Pravni standard nepoštenega pogoja (23. člen ZVPot) dopolnjuje opredelitev elementov presoje iz 24. člena ZVPot. Kot nepošten šteje pogoj, če je podano znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank v škodo potrošnika, je izpolnitev pogodbe neutemeljeno v škodo potrošnika, je podana znatno drugačna izpolnitev pogodbe od potrošnikovega utemeljenega pričakovanja ali pogoj nasprotuje načelu vestnosti in poštenja. Elementi so navedeni alternativno, zato je dovolj, da je podan le eden od njih, da šteje pogoj kot nepošten. Tak pristop je ugodnejši za potrošnika, saj pravo EU opredeljuje dobro vero in neravnotežje med strankama kot pogoja, ki morata biti izpolnjena kumulativno.

65. Slovensko pravo sicer s splošnim predpisom za namen valorizacije denarne obveznosti dovoljuje valutno klavzulo (372. člen OZ). Tudi Zakon o potrošniških kreditih (ZPotK), ki velja za obravnavano kreditno razmerje, valutne klavzule ni prepovedoval. Vendar je v obravnavani zadevi, kjer je domača valuta evro trdna valuta, ki ni podvržena intenzivnim inflacijskim gibanjem, namen valutne klavzule drugačen od ohranjanja vrednosti. Valutna klavzula obravnavano kreditno pogodbo spreminja v posebej tvegan posel (neomejeno aleatorno pogodbo), ki je v celoti odvisen od nihanj na valutnem trgu. Zaradi variabilne obrestne mere, ki je bila dogovorjena v obravnavani zadevi, je element tveganja še intenzivnejši.

66. Sodišče druge stopnje se je pri presoji nepoštenosti osredotočilo na pogodbeno učinkovanje

spremembe tečaja valut. Iz notarskega zapisa, ki je podlaga obravnavane izvršbe, ne izhaja ustrezna omejitev valutnega tveganja. Iz obravnavanega notarskega zapisa kreditne pogodbe sicer v 11. členu izhaja možnost konverzije v evrski kredit, ki pa je dejansko prepuščena enostranski odločitvi (volji) banke. Potrošnik namreč nima pravice do konverzije, ampak jo lahko le predlaga, banka pa konverzijo lahko odobri ali zavrne, pri čemer je izrecno določeno, da se mora pogodba ob zavrnitvi potrošnikovega predloga izpolnjevati, kot je bilo dogovorjeno, torej z upoštevanjem neomejene valutne klavzule. Takšna možnost nedopustno utrjuje položaj banke kot močnejše stranke, ki določa usodo pogodbe, potrošniku pa ne nudi ustrezne omejitve tveganja. V pogodbi tudi ni kakšnih drugih omejitev tveganja (npr. maksimiranja upoštevne spremembe valutnega tečaja).

67. Takšna pogodbeno opredelitev vrednosti kreditne obveznosti prepušča stranko, ki ji je sprememba tečaja v škodo, tudi zelo velikim, pravzaprav neomejenim ekonomskim posledicam izgube. Kot je že bilo pojasnjeno, namen kreditnega razmerja ni špekuliranje z vrednostjo tuje valute, ampak pridobitev kredita, torej financiranja.⁶⁸ Kreditna pogodba tako že po svojem namenu bistveno odstopa od tipičnih neomejeno aleatornih (tveganih) poslov, t. i. kockarskih oziroma špekulativnih poslov, pri katerih je dopustno sprejeti tudi neomejeno tveganje velike izgube, ki ga ni mogoče obvladovati. Kreditna pogodba, ki vsebuje tak element, povsem spreminja svojo naravo, in onemogoči uresničenje prej pojasnenih potrošnikovih interesov.

Načelo vestnosti in poštenja, varstvo šibkejšega in odgovorno kreditiranje

68. Ker v pretekli ureditvi, ki velja za obravnavano zadevo, zakonodajalec ni konkretno opredelil omejitve valutne klavzule, je moralo sodišče druge stopnje presoditi, ali tovrstna omejitev izhaja iz same prepovedi nepoštenih pogojev (23. člen ZVPot), ki jo slovenski pravni red neposredno povezuje s pravnim standardom vestnosti in poštenja (24. člen ZVPot).

69. Presoja poštenosti je s tem osredotočena na zahtevo za uresničevanje interesa nasprotne stranke, v obravnavani presoji potrošnika in s tem na (samo)omejevanje svobode ravnanja banke v razmerju do nasprotne šibkejše stranke. Načelo vestnosti in poštenja (5. člen OZ) že kot splošno obligacijsko načelo omejuje prosto urejanje (pogodbena avtonomija) s tem, da zahteva od strank pogodbenega razmerja, da si ne prizadevata le za uresničenje svojih interesov, ampak tudi za interese nasprotne stranke.⁶⁹ Kot je že bilo pojasnjeno, je Ustavno sodišče navedeno načelo opredelilo kot samostojno podlago za omejitev pogodbene svobode in gospodarske pobude, na katero se sodišče lahko neposredno opre. Pri tem je navedeno načelo opredelilo tudi kot vstopno mesto, preko katerega se v pogodbenem pravu uresničuje ustavna vsebina socialne varnosti, socialna funkcija lastnine in načelo socialne države.⁷⁰

70. Če navedeno načelo povežemo z načelom varstva šibkejše stranke, je v obravnavani zadevi potrošniškega kreditnega razmerja poudarjena obveznost banke, da vnaprej pripravljeno vsebino pogodbe oblikuje tako, da se lahko učinkovito uresniči potrošnikovi interesi.⁷¹ V povezavi z načelom profesionalne skrbnosti (drugi odstavek 6. člena OZ) pa lahko navedeno razumevanje nadgradimo v zahtevo po odgovornem kreditiranju (responsible lending). Odgovornost ne obstaja samo v fazi sklepanja pogodbe, ampak v celotnem življenjskem ciklu kredita, tudi v fazi oblikovanja produkta. Za izravnavo pogajalske podrejenosti, ki je glavni cilj presoje nepoštenih pogojev, je bistvena odgovornost banke, ki ima v rokah škarje in platno, da oblikuje ustrezen bančni produkt.

71. Glavni interes in utemeljeno pričakovanje potrošnika pri stanovanjskem kreditu je dolgoročno stabilno financiranje, ki ga prekomerno ne obremeni in ne vsebuje težko obvladljivega tveganja nezmožnosti

odplačevanja (v obravnavani zadevi iz mesečnih prihodkov v domači valuti). Banka mora slediti razumnim pričakovanjem potrošnika in ga varovati pred tveganjem odškodovanja in položajem, da zaide v plačilno nesposobnost in posledično v spiralo zadolženosti, ki ga lahko potisne pri stanovanjskem hipotekarnem kreditu v položaj, da izgubi dom, celo zapade v revščino (zaradi nujnosti plačevanja obrokov iz eksistenčnega premoženja).⁷²

72. Zahteva po odgovornem kreditiranju pa ne izhaja le iz navedenih načel, ampak tudi iz temeljnih zahtev bančnega poslovanja. Banka je namreč dolžna vedno poslovati znotraj omejenega tveganja (127. člen Zakona o bančništvu - nadaljevanju ZBan-1), s čimer je stabilnost glavna zahteva bančnega okolja, kar mora banka upoštevati tudi pri pripravi bančnih produktov. Navedena odgovornost se odraža tudi v zahtevi, da mora pred odobritvijo vsakega kredita realno in skrbno oceniti dolžnikovo sposobnost izpolnjevanja obveznosti v celotnem življenjskem ciklu kredita (četrty odstavek 177. člena ZBan-1) - glede na vire odplačevanja v valuti mesečnih dohodkov. Pa tudi v zahtevi, da mora banka upravljati kreditno tveganje nasprotne stranke (tveganje nastanka izgube zaradi neizpolnitve obveznosti nasprotne stranke (peti odstavek 111. člena ZBan-1). Če banka ne upošteva navedenih zahtev, ne ogrozi le posameznega kreditogemalca, ampak sam bančni sistem.

73. Po pojasnjenem pogodbeni pogoj valutne klavzule, ki ni ustrezno omejena, ampak je povsem odvisna od nihanj na valutnem trgu, neskladna z zahtevo po odgovornem kreditiranju, saj omogoča neomejeno spremembo obveznosti kredita, tudi v morebitno izjemno škodo potrošnika.

74. Z opredelitvijo obvezne meje pri oblikovanju bančnega produkta ne gre za pretirano skrb za potrošnike, ki omejuje njihovo svobodo odločati o svojem življenju kot odraslih posameznikov.⁷³ Gre za aktivno ravnanje države, ki šele omogoči dejansko svobodo potrošnikov v podrejenem razmerju: da je njihova izbira financiranja lahko resnično svobodna in takšna, da jim omogoči dostojanstveno življenje in razvoj. Za doseg tega cilja pa mora biti pri presoji nepoštenih pogojev poudarek na odgovornosti in (samo)omejitvi bank, da pripravijo ustrezne izbire, in ne na odgovornosti potrošnikov za prevzemanje neomejenega ali neustrezno omejenega tveganja, ki ga v bančnem prostoru pri kreditiranju ne pričakujejo.

75. Pri intervenciji države, ki omeji svobodo banke glede v naprej pripravljene vsebine bančnega produkta s sklicevanjem na vestnost in poštenje, gre za postavitve in varstvo skrajne meje, ki je bančno okolje glede na svoj družbeni pomen zagotavljanja stabilnega in odgovornega financiranja in odgovornost za upravljanje tveganj ne sme prestopiti. Postavljanje skrajnih, temeljnih mej poslovanja bančnega sektorja s potrošniki, ki je v javnem (družbenem) interesu, že pojmovno ni mogoče opredeliti kot prekomerno, ampak kot temeljno skrb države za šibkejše. Gre za uresničevanje temeljnega mehanizma aktivnega delovanja socialne države, ki je obvezen pri interpretaciji zakona tudi za sodišče.⁷⁴

76. Da ne gre za prekomerno, ampak ustrezno skrb države, potrjuje tudi razvoj slovenskega prava in prava EU, ki sedaj ustrezno omejitev valutnega tveganja tudi konkretizirata.⁷⁵ Zakonodajalec je podrobneje konkretiziral materijo, ki je bila v času sklenitve obravnavane kreditne pogodbe urejena le s pravnim standardom nepoštenih pogojev ter načelom vestnosti in poštenja, enako kot je to veljalo za pojasnilno dolžnost, ki je bila pred sedaj veljavno zakonsko konkretizacijo urejena z navedenim načelom.⁷⁶

Ustavnopravni vidiki

77. Sodišče druge stopnje je že pojasnilo dopustni obseg omejevanja pogodbene svobode in svobodne gospodarske pobude ter tudi utemeljilo uveljavitev pozitivnega vidika svobode s pomočjo države z

določanjem obveznega okvira kreditiranja in s tem kakovostnih izbir za potrošnika. Navedeno razumevanje interesov v okviru varstva potrošnikov in glede vsebine standarda odgovornega kreditiranja utrjuje ustavnopravni pogled uresničevanja ciljev načela socialne države (2. člen URS). Ta je usmerjen v spoštovanje solidarnosti in varstva šibkejšega; na socialno funkcijo lastnine (67. člen URS) v pomenu omejevanja individualističnega pristopa k premoženju zaradi varstva družbenih interesov uresničevanja svobode in osebnega razvoja drugih in celotne družbene skupnosti; nenazadnje na temeljno zapoved spoštovanja človekovega dostojanstva (1. člen URS), ki preko spoštovanja osebnega (tudi socialnega) dostojanstva omogoča učinkovit osebni razvoj posameznika (34. člen URS), s financiranjem nakupa stanovanja pa posameznik tudi zasleduje ustvarjanje doma in pogojev za družinsko življenje (35., 36. in 53. člen URS).

78. Z vidika razvoja družbe (socialna funkcija) je dolgoročno potrošniško kreditiranje nujen in prevladujoč način financiranja nakupa stanovanja, s čimer si posameznik zagotavlja okolje za prebivanje (dom) in osebni razvoj, pa tudi materialne pogoje za družinsko življenje. Tak kredit je socialno funkcionalen, če je obrok kredita skozi daljše obdobje stabilen in ne pride do pomembnega odstopanja, ki ga povprečen potrošnik, četudi se njegova kreditna sposobnost od trenutka sklenitve pogodbe ne spremeni, ne more pokriti s tekočimi prilivi (v domači valuti), ne da bi posegel v eksistenčni del dohodka. S tem, ko je v potrošniško stanovanjsko kreditno pogodbo vnesen element neomejenega tveganja (neomejeno valutno tveganje, potencirano še z obrestnim tveganjem zaradi variabilne obrestne mere), torej tveganja tudi zelo velike premoženjske izgube, je povsem izstopajoč le ekonomski vidik možnosti (špekulativne) pridobitve ali izgube premoženjske koristi, socialni vidik pa je povsem v ozadju. Tak bančni produkt namesto, da bi okrepil svobodo in varnost posameznika, temeljna elementa dostojanstva človeka, lahko učinkuje povsem nasprotno. Na ključnem področju ustvarjanja temeljev za osebni razvoj ga potisne v nestabilno okolje možnosti velike izgube, v katerem obstaja resno tveganje, da bo okrnjeno njegovo osebno dostojanstvo zaradi tveganja učinka dolžniške spirale in posledično tveganja revščine.

79. Razlaga, ki bi dopustila, da kreditiranje potrošnikov postane špekulativno poslovanje s tveganjem pojasnjene neomejenega ogrožanja kreditojemalčevega ekonomskega položaja, izgubi razumen stik s predmetom pravnega urejanja. Po pojasnjenem tudi ustavni vidik (vidik poustavljanja), ki se odraža v civilnem pravu skozi načelo vestnosti in poštenja, utrjuje stališče nepoštenosti potrošniškega stanovanjskega kredita, ki ne vsebuje omejitve tveganja, ki ga prinaša neomejena vezanost kredita na tujo valuto. Omejitev tveganja je točka ravnotežja, ki upošteva vse pojasnjene interese. Ustrežno je upoštevan tudi interes banke. Kreditno razmerje z omejenim valutnim tveganjem še vedno omogoča razumen dobiček, ki ga v okviru ekonomske (individualistične) funkcije zasleduje banka, zato ta zaradi navedene omejitve ni prekomerno prikrajšana. Prej nasprotno. Omejitev valutnega tveganja daje stabilnost in predvidljivost doseganja ciljev kreditiranja obema stranema.

Ostali elementi presoje

80. Obravnavani bančni produkt tudi ni skladen z drugimi elementi presoje nepoštenega pogoja (24. člen ZVPot) in ne le z načelom vestnosti in poštenja. Ti se s presojo kršitve načela vestnosti in poštenja pravzaprav prepletajo. Pogodba z neomejenim valutnim tveganjem je neutemeljeno v škodo potrošnika (ko je podana velika negativna sprememba valutnega tečaja). Če banka ne bi kršila zahtev odgovornega kreditiranja in bi tveganje ustrezno omejila, do navedene škode ne bi moglo priti. Neomejena valutna klavzula je tudi očitno v nasprotju z utemeljenimi pričakovanji povprečnega potrošnika po stabilnem kreditiranju, kot je že bilo pojasnjeno. V tej zvezi je še pomembno, da pričakovano potrošnikovo povprečno ekonomsko razumevanje, po kateri je najugodnejši kredit tisti z najnižjo obrestni mero, v

obravnavani zadevi ne zadošča. Element neomejenega tveganja tudi drastične spremembe cene kreditiranja, lahko navedeno logiko obrne na glavo. Potrošnik, ki zaupa, da je v stabilnem, varnem, reguliranem in nadzorovanem okolju, česa takega ne pričakuje. Potrošnik razume dana opozorila in informacije skozi prizmo razumevanja okolja, v katerem sklepa pogodbo. Špekulativnost in neomejena nevarnost izgube, ki iz nje izvira, je bančnemu okolju, ki je utemeljeno na stabilnosti in omejevanju tveganj, povsem tuje.

81. Nenazadnje pa je tudi podano znatno pogodbeno neravnotežje v škodo potrošnika. Banka kot kapitalsko močna finančna institucija, opremljena s posebnim strokovnim znanjem, pomembnimi podatki in izkušnjami, valutno tveganje lažje obvladuje, kot to velja za potrošnika, zato je tudi nominalno enaka (škodljiva) sprememba valutnega tečaja v mnogo večjo škodo potrošnika. Povprečen potrošnik je v takem pogodbenem razmerju močno ranljiv, saj nima na voljo možnosti, da tveganje obvladuje in upravlja. Povprečen potrošnik vzame stanovanjski kredit, ker nima sredstev za financiranje pridobitve stanovanja, s čimer praviloma ne gre v posel s presežnim kapitalom, s katerim bi lahko ublažil učinke morebitnih večjih nihanj kreditne obveznosti. Pričakovati je, da so edini vir odplačevanja kredita mesečni prihodki v domači valuti, pri čemer je pričakovano glavni del namenjen plačilu stanovanjskega kredita, zato povprečen potrošnik lahko obvladuje le majhne spremembe višine kreditnega obroka. Že sama variabilna obrestna mera lahko občutno vpliva na višino kreditnega obroka, zato je dodatno obvladovanje še valutnega tveganja pri povprečnem potrošniku pričakovano minimalna. Dodatno poslabšuje potrošnikov položaj glede tveganja dolgoročnost kredita, v obravnavani zadevi dvajset let. Potrošnik mora imeti vsaj učinkovito možnost, da se umakne iz neobvladljivega valutnega tveganja, česar pa obravnavana pogodba, kot je bilo pojasnjeno, ne dopušča.

Presoja po pravu EU

82. Ker banka ni ustrezno opravila pojasnilne dolžnosti in je pogodbeni pogoj glede neomejen valutne klavzule ostal nejasen in za potrošnika nerazumljiv, je moralo sodišče opraviti presojo elementov nepoštenosti. Sodišče druge stopnje se pri presoji nepoštenosti po pravu EU v bistvenem sklicuje na razloge, ki jih je navedlo v zvezi s presojjo po nacionalnem pravu, kolikor se te nanašajo na elemente, ki jih opredeljuje tudi člen 3(1) Direktive 93/13. Pogodbeni pogoj, o katerem se stranki nista dogovorili posamično, velja za nepoštenega, če v nasprotju z zahtevo dobre vere v škodo potrošnika povzroči znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank. Dobro vero je mogoče razumeti sorodno, kot to velja glede načela vestnosti in poštenja, ki ga je sodišče druge stopnje že povežalo s spoštovanjem utemeljenega interesa potrošnika po stabilnem kreditiranju in zavrnitvi razumevanja, da je tovrstno financiranje po namenu špekulativni posel.

83. V tej zvezi je pomembna zahteva po odgovornem kreditiranju in profesionalni skrbnosti banke pri oblikovanju kreditnega produkta.⁷⁷ Sodišče druge stopnje, kot je že navedlo, ob zahtevi transparentnosti, poudarja zahtevo po kakovostnih izbirah, da se lahko potrošniku zagotovi učinkovita izravnava pogajalske podrejenosti in s tem učinkovito izvrševanje pogodbene svobode. Potrošniški dolgoročni stanovanjski kredit, vezan na tujo valuto, ki vsebuje neomejeno valutno tveganje, tudi zelo velike spremembe cene kreditiranja, ni takšna izbira, kot je že bilo pojasnjeno, saj lahko povzroči, da potrošnik zapade v spiralo zadolženosti in izgubi dom.

84. Enako kot po nacionalnem pravu je tudi v pravu EU varstvo potrošnikov in s tem presoja nepoštenih pogojev, kot je bilo že pojasnjeno, prepletena z vrednoto solidarnosti, svobode in spoštovanjem socialne funkcije lastnine. Že pojasnjeni vsebinski poudarki, vezani na spoštovanje slovenske ustave, so zato

uporabni tudi pri presoji nepoštenih pogojev po pravu EU s sklicevanjem na 38. člen Listine EU (ki omogoča omejevanje lastninske oziroma premoženjske svobode (17. člen Listine EU) v javnem interesu varstva šibkejšega - potrošnika) in s sklicevanjem na zavezanost socialnemu tržnemu gospodarstvu, ki je usmerjeno v socialni napredek (člen 3(3) Pogodbe o Evropski Uniji - PEU).⁷⁸

85. Nenazadnje pa sodišče druge stopnje tudi upošteva stališče Sodišča EU, da je pri presoji pomembno, ali lahko ponudnik, če bi s potrošnikom lojalno in pravično posloval, razumno pričakuje, da bi potrošnik naveden pogoj sprejel v okviru posamičnih pogajanj.⁷⁹ Sodišče druge stopnje po vsem pojasnjenem meni, da razumen potrošnik pri dolgoročnem stanovanjskem kreditu ne bi pristal na neomejeno valutno tveganje, ki ima lahko zanj izjemno škodljive posledice, in bi, če bi se lahko enakovredno pogajal, sklenil le pogodbo, ki bi vsebovala ustrezno omejitev navedenega tveganja.

86. Tudi v zvezi s pogojem znatnega pogodbenega neravnotežja, ki mora biti po pravu EU za razliko od slovenske ureditve ob elementu nasprotovanja dobri veri podan kumulativno, se sodišče druge stopnje sklicuje na že podano obrazložitev, da pogodbeno določilo o neomejenem valutnem tveganju lahko mnogo bolj prizadene potrošnika kot banko.

Razlikovanje sankcij po slovenskem pravu in pravu EU

Sankcije zaradi kršitve po enem in drugem pravu so različne. Nepoštenega pogoja po Direktivi 93/13 nacionalno sodišče ne sme spreminjati oziroma prilagajati na dopustno mero (zadeva Banco Espanol de Credito),⁸⁰ kar sicer dovoljuje slovenska ureditev instituta delne ničnosti (88. člen Obligacijskega zakonika - v nadaljevanju OZ).⁸¹ Slovensko sodišče sme prilagoditi nepošteni pogodbeni pogoj le, če gre za kršitev slovenskega prisilnega predpisa, ne pa, če gre hkrati tudi za nepošteni pogoj po Direktivi 93/13 (zadevi Unicaja Banco⁸² in Dunai).⁸³ Pravo EU določa le sankcijo, da nepošteni pogoj ne zavezuje (člen 6(1) Direktive 93/13), medtem ko je slovenski zakonodajalec določil sankcijo ničnosti (23. člen ZVPot).

87. Ker je podana tako kršitev po slovenskem pravu, kot tudi po Direktivi 93/13, nacionalno sodišče nepoštenega pogoja ne sme spreminjati oziroma prilagoditi na dopustno mero. Po stališču Sodišča EU sama prilagoditev ni dovolj učinkovita, da bi odvrnila ponudnika od nadaljnje uporabe nepoštenih pogojev po direktivi (člen 7(1) Direktive 93/13, zadeva Banco Espanol de Credito).⁸⁴ Pogodba mora praviloma obstajati še naprej brez kakršne koli druge spremembe, razen tiste, ki izhaja iz odprave nepoštenih pogojev, če je tak nadaljnji obstoj pogodbe v skladu s pravili nacionalnega prava pravno mogoč (člen 6(1) Direktive 93/13, zadeva Banco Primus),⁸⁵ kar je treba preveriti v skladu z objektivnim pristopom (zadeva Pereničova).⁸⁶

88. V obravnavani zadevi bi odstranitev valutne klavzule, ki se nanaša na glavno obveznost, spremenila naravo kreditne pogodbe, s čimer niso izpolnjeni pogoji, da bi ta lahko ostala še naprej v veljavi brez nepoštenega pogoja. V slovenski ureditvi tudi ni dispozitivnih določil (veljavnih v času sklenitve obravnavane kreditne pogodbe), ki bi lahko nadomestila nepošteno valutno klavzulo, kar je sicer izjemoma dopustno (zadeva Kasler).⁸⁷ Rešitev bi bila uporaba že navedenih načel (vestnosti in poštenja, skrbnosti), s konkretizacijo katerih bi lahko sodišče nadomestilo neustrezno vsebino nepoštenega pogoja, vendar je takšno možnost Sodišče EU zavrnilo (zadeva Dziubak).⁸⁸ Po pojasnjenem zaradi ničnosti valutne klavzule preostane le sankcija ničnosti celotne kreditne pogodbe.

89. V izvršilnem postopku v skladu z uvodoma pojasnjenim pristopom omiljenega razumevanja načela formalne legalitete notarski zapis s takšno pogodbo, ki ji pravni red odreka pravni učinek (za nazaj, kakor

da nikoli ni nastala) zaradi nasprotovanja prisilnim določilom glede nepoštenih pogojev (ničnosti), nima učinka izvršilnega naslova (4. člen ZN, tretji odstavek 3. člena ZPP v zvezi 15. členom ZIZ in 2. točka prvega odstavka 55. člena ZIZ). Potrošnik bi lahko ohranil v veljavi obravnavano kreditno pogodbo le, če bi se odpovedal varstvu pred nepoštenim pogojem (zadeva Dziubak),⁸⁹ vendar v obravnavani zadevi ni dvoma, da dolžnika ves čas in tudi še v pritožbi nasprotujeta uveljavitvi kreditnih obveznosti prav s sklicevanjem na varstvo pred nepoštenimi pogoji.

90. Ker po pojasnjenem upnik nima izvršilnega naslova, je ugovor dolžnikov utemeljen, s tem pa je tudi odpadla podlaga za opravljena izvršilna dejanja. Po pojasnjenem je sodišče druge stopnje pritožbi ugodilo in sklep sodišča prve stopnje spremenilo, kot izhaja iz izreka (3. točka 365. člena ZPP v zvezi s 15. členom ZIZ).

91. Ob spremembi odločitve je sodišče druge stopnje odločilo o stroških celotnega postopka (drugi odstavek 165. člena ZPP v zvezi s 15. členom ZIZ). Ker sta dolžnika uspela z ugovorom in pritožbo sta upravičena do povrnitve priglašeni stroškov sodne takse za ugovor v znesku 110,00 EUR (vsak po 55,00 EUR) in sodne takse za pritožbo 250,00 (vsak po 125,00 EUR) (prvi odstavek 154. člena ZPP v zvezi s 15. členom ZIZ).

¹ Pogodba je bila sklenjena dne 14. 3. 2007 za kredit v višini 121.275,00 CHF, ki sta ga bila dolžna dolžnika vrniti v 180 mesečnih obrokih, pri čemer je bila dogovorjena spremenljiva obrestna mera šestmesečni CHF LIBOR + 1,75%.

² O tem obširno glej VSM Sklep I Ip 370/2019 (16. točka obrazložitve in nasl.), VSM Sklep 585/2020 (18. točka obrazložitve in nasl.), primerjaj tudi VSM Sklep I Ip 289/2017 in tam v opombi 9 navedeno sodno prakso. Glej tudi VSM Sklep I Ip 138/2018 (19. točka obrazložitve in nasl.) in VSM Sklep I Ip 561/2018 (19. točka obrazložitve).

³ VSM Sklep I Ip 712/2019.

⁴ Sodišče EU je določilo kot minimalno zahtevo odlog izvršbe po uradni dolžnosti, s čimer spoštuje različne ureditve izvršilnih postopkov v državah članicah. Te urejajo različno širino in možnosti uveljavljanja vsebinskih ugovorov in presojo spornih dejstev v izvršilnem postopku, pri čemer je slovenski izvršilni postopek bistveno bolj naklonjen širši vsebinski obravnavi ugovornih razlogov, kot to velja za tipično germansko ureditev, kjer je težišče na izvršilnih tožbah.

⁵ (Aziz, C-415/11, 60. točka obrazložitve, Banco Popular Espanol in Banco de Valencia, C-537/12, 56. točka obrazložitve).

⁶ Zadeve C-618/10 (39. do 43. točka), C-243/08 (31. in 32. točka), C-415/11 (46. točka), C-537/12 in C-116/13 (41. točka), C-49/14 (46. točka), C-407/18 (54. točka).

⁷ USRS Odločba U-I-93/03 (7. točka obrazložitve). Načelo socialne države zahteva od države (s tem tudi sodišča) pozitivno ravnanje v smeri vzpostavljanja dejanskih enakih možnosti za vse, tudi za tiste, ki si zaradi šibkejšega položaja nasproti drugim tega niso sposobni zagotoviti sami.

⁸ Mostaza Claro, Pannon GSM, Asturcom Telecomunicaciones, Banco Espanol de Credito (67. in 68. točka obrazložitve), Sziber, C-483/16 (33. točka obrazložitve).

⁹ Nobeno načelo kot vrednostno merilo ni vsebinsko absolutno, ampak vsebuje zahtevo, da ravnamo s pravo mero. Glej Pavčnik, M.: Argumentacija v pravu, GV Založba, Ljubljana, 2013, str. 128, 129 in 133.

¹⁰ Sodba II Ips 524/2003. Vrhovno sodišče meni, da načelo formalne legalitete izvršilnemu sodišču ne dovoljuje presoje konkretne materialne zakonitosti in pravilnosti izvršilnega naslova, kar velja tudi za neposredno izvršljiv notarski zapis (glede nedopustne pogodbene kazni), čeprav zanj ne veljajo učinki pravnomočnosti in ni odločba.

¹¹ Iz Sklepa II Ips 55/2020 izhaja, da načelo stroge formalne legalitete izvršilnemu sodišču preprečuje, da po uradni dolžnosti zavrne predlog za izvršbo na podlagi notarskega zapisa iz razloga, ker je v njem vsebovana obveznost nična zaradi nasprotovanja prisilnemu predpisu.

¹² To določilo glasi: "Sodišče dovoli izvršbo na podlagi izvršilnega naslova."

¹³ Pavčnik, M.: Teorija prava, prispevek k razumevanju prava, Cankarjeva založba, Ljubljana, 2003, str. 55.

¹⁴ Pravna teorija pojasnjuje, da je procesna prepoved nedopustnega razpolaganja (dispozicije) odsev omejitve dispozitivnosti v materialnem civilnem pravu. Glej Galič, A.: Pravdni postopek, zakon s komentarjem, Uradni list in GV Založba, Ljubljana 2005, 1. knjiga, str. 44 in nasl.

¹⁵ Združene zadeve C-154/15, C-307/15 in C-308/15, Gutiérrez Naranjo (točka 54), zadeva C-488/11, Asbeek Brusse in de Man Garabito (točka 44), zadeva C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones (točka 52) in zadeva C-76/10, Pohotovost (točka 50).

¹⁶ C-260/18, točka 53 obrazložitve.

¹⁷ Wedam Lukić, D.: Civilno izvršilno pravo, ČZ Uradni list RS, Ljubljana, 1992, str. 32 in Triva, S., Belajec, V., Dika, M., Sodsko izvršno pravo, Informator, Zagreb, 1984, str. 45.

¹⁸ Dika, M: Građansko ovršno pravo, I. knjiga, Opće građansko ovršno pravo. Narodne novine, Zagreb, 2007, str. 216, 217, 230. Galič, A.: Materialnopravni razlogi za pravna sredstva v izvršilnem postopku. V: Seminar Izvršba in zavarovanje v praksi. Pravna praksa, Ljubljana, 2006, str. 39 in 40. Ljubimski, J.: Bančne skrivalnice neposredno izvršljivih kreditnih obveznosti v izvršbi, Pravna praksa, 2011, št. 41-42, str. 8 in 9. Plavšak, N.: Neposredna izvršljivost notarskega zapisa. Podjetje in delo, 2102, št. 8, str. 1649. Ekart, A.: v: Ekart, A., Rijavec, V.: Zakon o izvršbi in zavarovanju z razširjenimi uvodnimi pojasnili z novelo ZIZ-L, GV Založba, Ljubljana, 2019, str. 50 in 51. Omejen preizkus vsebine notarskega zapisa dopušča tudi Orož, D.: Ugovor v izvršbi in njegov vpliv na stopnjo pravne varnosti, doktorska disertacija. Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, 2018, str. 91 in 92.

¹⁹ Galič, A: navedeno delo. Različno obravnavo notarskega zapisa in sodbe kot izvršilnih naslovov podpira tudi Vuksanović, I.: Sodišče EU in izvršba na podlagi notarskega zapisa. Odvetnik, 2019, št. 92, str. 20 in 21.

²⁰ Vuksanović, navedeno delo, str. 21 in 25. Vrhovno sodišče se je sicer oprlo na naveden prispevek, a ne na navedena stališča. Vuksanović se je sicer opredelil tudi do možnosti odloga izvršbe, a le v okviru minimalnih standardov učinkovitega sojenja, pri čemer je izrazil pomisleke, da je mogoče slovensko ureditev razlagati ustavno skladno. Iz prispevka je razbrati, da se zavzema za obe prilagojeni možnosti, ne da bi katero izključeval.

²¹ Pravna teorija pojasnjuje, da je prav zavrnitev negativnega koncepta svobode (svobode pred vmešavanjem države) in razumevanje državne intervencije v določena področja družbenega življenja kot razširjanje in udejanjanje svobode posameznika (pozitivni koncept svobode) pripeljalo do izoblikovanja socialne države. Teršek, A.: Socialna ustavna demokracija. Iz filozofije in teorije v prakso. Založba Univerze na Primorskem, Koper, 2017, str. 50 in 51. Avtor se zavzema za povezovanje liberalizma s socialnostjo, pri čemer se zavzema za oblikovanje socialno-ekonomske skupnosti avtonomnih posameznikov, kjer so poudarjeni mehanizmi socialne države, ki šele omogočajo svobodo posameznikov - s prelivanjem ustavnih pravic (tudi socialnih) na vse ravni družbe in v vse procese oblastnega odločanja. Primerjaj str. 47 in nasl.

²² Glej tudi zadevo Addiko Bank proti Kuhar.

²³ Sprejetje ZPotK-1 in ZPotK-2, ki sta sledila razvoju potrošniškega prava EU.

²⁴ Ekart, A., v: Ekart, A., Rijavec, V.: Zakon o izvršbi in zavarovanju z novelo ZIZ-L, razširjena uvodna pojasnila. Lexpera, GV Založba, 2019, str. 46.

²⁵ Triva, S.: Građansko procesno pravo I., Narodne novine, Zagreb, 1964, str. 96.

²⁶ Rijavec, V.: Civilno izvršilno pravo. GV Založba, Ljubljana, 2003, str. 113.

²⁷ Galič, A. in Jenull, H. v: Galič, A., Jan, M., Jenull, H.: Zakon o izvršbi in zavarovanju - vključno z novelo ZIZ-A (komentar novele in uvodna pojasnila). GV Založba, Ljubljana 2002, str. 31 in 32. Ta sprememba narave postopka izhaja iz spremembe 59. člena ZIZ z novelo ZIZ-A.

²⁸ Jenull, H. v: navedeno delo, str. 199, 200 in 203. Tudi Orož, D.: Ugovor v izvršbi in njegov vpliv na stopnjo pravne varnosti, doktorska disertacija. Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, 2018, str. 186.

²⁹ Glej sklepne navedbe Orož, D., nav. delo, str. 199.

³⁰ Dolžnik lahko vloži tožbo zaradi nedopustnosti izvršbe, stranke izvršilnega postopka pa lahko vložijo tudi ugotovitevno tožbo; dolžnik predvsem tožbo na ugotovitev ničnosti vsebine notarskega zapisa, upnik pa tožbo na ugotovitev, da ničnost ni podana. Sodno varstvo zaradi nedopustnosti izvršbe se prepleta in prekriva s sodnim varstvom v okviru ugotovitvene tožbe glede ničnosti. Preizkus nepoštenih pogojev kot presoja nasprotovanja prisilnim predpisom materialnega prava (kjer je podana materialnopravna sankcija ničnosti) se namreč prepleta s procesnim vidikom zakonskih pogojev obstoja izvršilnega naslova in s tem dopustnosti izvršbe.

³¹ Obširno o tem VSM Sklep I Ip 712/2019. Iz obrazložitve izhaja, da ob morebitnem sočasnem teku izvršilnega in pravnega postopka z ničnostno tožbo v skladu z načelom ekonomičnosti postopka izvršilno sodišče počaka na odločitev pravnega sodišča le izjemoma, če je pravdni postopek v zaključni fazi. Prekinitev postopka pa je izbrana kot ustrežnejša rešitev od instituta odloga izvršbe, kjer se porajajo tehtni razlagalni pomisleki, če se zavzame stališče o odlogu po uradni dolžnosti in zanemari zakonska ureditev, da mora biti (ob ugovoru ali tožbi, ki ne zadržita izvršbe) podana posebna zahteva dolžnika za odlog z navedbo in izkazovanjem posebnih zakonskih pogojev. Pravu EU skladna razlaga nacionalne ureditve namreč ne sme preseči meje, ko bi lahko postala razlaga contra legem. Pojasnjeni so tudi pomisleki ustavnopravne narave glede učinkovitega sodnega varstva.

³² Tovrstno dikcijo je uporabilo Vrhovno sodišče v Sklepu II Ips 55/2020 (32. točka obrazložitve).

³³ Na neustreznost tovrstne argumentacije je opozoril bivši ustavni sodnik Ribič v ločenem mnenju k USRS Odločbi Up-1391/07: "Nič namreč ne pomaga še tako natančno lekarniško tehtanje in zatekanje v takšne in drugačne teste ..., če je v izhodišču na eni strani tehtnice vse in še več, kot bi tam sploh bilo ..., druga stran pa je že apriorno obsojena na poraz." Navedeno stališče je povzel tudi ustavni sodnik Čeferin v ločenem mnenju k USRS Odločbi U-I-83/20, kjer je v zvezi s presojo "pravičnega in prave mere" opozoril, da je tehtanje orodje, s katerim se naj pride do pravilnega rezultata, ne sme pa postati zgolj sredstvo za upravičenje odločitve.

³⁴ Ekart, A. v: navedeno delo, str. 45 in 46.

³⁵ Glej že naveden VSM Sklep I Ip 712/2019 s tam citirano pravno teorijo.

³⁶ Tretji odstavek 138. člena ZIZ.

³⁷ Pričakovati je, da velikokrat za presojo ne bo potreben niti kakšen poseben napor in bo nasprotje s prisilnimi predpisi razvidno že iz samega notarskega zapisa, kot je primer pri nedopustnih obrestih.

³⁸ Sodba in sklep II Ips 195/2018 (44. točka obrazložitve). Vrhovno sodišče RS se pri tem sklicuje na zadevo Andriciuc (C-186/16). Posamično dogovorjeni pogoji namreč ne morejo biti predmet presoje poštenosti.

³⁹ Prvič je Vrhovno sodišče zavzelo navedeno stališče v Sklepu II Ips 201/2017 (zlasti 25. in 26. točka obrazložitve), pojasnilno dolžnost kot temeljni element presoje pa je upoštevalo tudi v Sodbi in sklepu II Ips 195/2018, Sklepu II Ips 137/2018, Sklepu II Ips 141/2017, Sodbi II Ips 197/2018.

⁴⁰ Glej točko 86 sklepnih predlogov generalne pravobranilke Verice Trstenjak v zadevi Caja de Ahorros, C-484/0.

⁴¹ C-484/08, točke 35-44 obrazložitve. Sodišče EU je obravnavalo enak položaj, kot je v slovenski ureditvi, kjer v španski nacionalni pravni red ni bila prenesena omejitev iz člena 4(2) Direktive 93/13.

⁴² C-125/18. Tudi iz sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Macieja Szpunarja izhaja, da člen 8 nasprotuje temu, da lahko nacionalno sodišče uporabi člen 4(2) te direktive z namenom, da ne presoja

morebitne nepoštenosti pogodbenega pogoja, ki je sestavljen v jasnem in razumljivem jeziku, če nacionalni zakonodajalec te določbe ni prenesel v svoj pravni red. V tej zvezi navaja kršitev načel pravne varnosti, transparentnosti in lojalnega sodelovanja (točke 91-100 obrazložitve).

⁴³ Primerjaj 99. točko že navedenih sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Macieja Szpunarja v zadevi Gomez del Moral Guasch.

⁴⁴ Sklep II Ips 201/2017, 25. in 26. točka obrazložitve.

⁴⁵ Glej sklepne predloge generalne pravobranilke Verice Trstenjak v zadevi Caja de Ahorros, točke 87 in 53-55 obrazložitve. Da se s tem zagotovi višja stopnja varstva meni tudi generalni pravobranilec Macieja Szpunarja v zadevi Gomez del Moral Guasch, 98. točka obrazložitve. Po pojasnjenem je vprašljivo razumevanje, da je na področju, kjer pravo EU izrecno prepušča državam članicam, da drugače (bolje) uredijo določeno vprašanje varstva, lojalna razlaga tista, ki kot skladno opredeli le ureditev po pravu EU.

⁴⁶ Primerjaj Reich, N.: *Balancing in Private Law and the Imperatives of Public Interest: National Experiences and (Missed?) European Opportunities*. V: Brownsword, R., Micklitz, H. W., Niglia, L., Weatherill S. (ed.): *The Foundations of European Private Law*. Oxford, Hart Publishing, 2011, str. 239 in 240. Tudi po mnenju generalnega pravobranilca v zadevi Gomez del Moral Guasch iz ustaljene sodne prakse Sodišča EU izhaja, da člen 4(2) Direktive 93/13 ni obvezna in zavezujoča določba, ki bi jo bilo potrebno prenesti v nacionalno ureditev (točka 97 obrazložitve).

⁴⁷ Vrhovno sodišče meni drugače, da je presoja nepoštenosti tudi glavne obveznosti preširoka in nesmiselna. Sklep II Ips 201/2017, 16. točka obrazložitve.

⁴⁸ Drugače navedeni Sklep II Ips 201/2017.

⁴⁹ Tako glede omejitve pogodbene svobode tudi nemška in avstrijska vlada v zadevi Caja de Ahorros v zvezi z razlago, da ni nujno omejiti preizkusa nepoštenih pogojev le na nejasne (netransparentne) pogoje, kot to določa 4(2) člen potrošniške direktive. Avstrijska vlada je še opozorila, da mora biti dopustno presojati tudi glavni predmet pogodbe. Glej že navedene sklepne predloge generalne pravobranilke (24. in 27. točka obrazložitve).

⁵⁰ Vrhovno sodišče je presojo določila, za katerega ni opravilo presoje nepoštenosti, ker ga je opredelilo kot jasnega, izvedlo le glede elementov oderuštva. Sklep II Ips 201/2017, 17. točka obrazložitve.

⁵¹ Odločba U-I-202/93. Ustavno sodišče se je ukvarjalo z dopustnim omejevanjem cene kreditiranja z zakonsko omejitvijo pogodbene svobode določanja višine pogodbениh obresti.

⁵² Dolenc, M.: *Načelo vestnosti in poštenja v civilnem pravu*. V: Pavčnik, M., Novak, A. (ur.): (Ustavno)sodno odločanje. GV Založba, Ljubljana, 2013, str. 267.

⁵³ Primerjaj Kimel, D.: *Personal Freedom and the Protection of the Weak through the Lens of Contract: Jurisprudential Overview*. V: Vogenauer S. in Weatherill, S. (ed.): *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*. Oxford: Hart Publishing, 2017, str. 301-303. Avtor poudarja, da je pri zaščiti šibkejše stranke v pogodbeni sferi pomemben premik od pojmovanja negativne svobode k osebni svobodi (avtonomiji), ki ga razume v odnosu med osebno avtonomijo in možnostjo izbir. Navedeno razumevanje pri tem ni zavrto v možnost izbire same na sebi, ampak na vsebinsko kakovost izbir. Osebno svobodo dajejo le izbire, ki imajo pozitivni pomen in vrednost, ali vsaj potencial za uresničenje (ne pa oviranje) moralne kakovosti življenja tistega, ki izbira.

⁵⁴ Mostaza Claro, Pannon GSM, Asturcom Telecomunicaciones, Banco Espanol de Credito (67. in 68. točka obrazložitve), Sziber, C-483/16 (33. točka obrazložitve).

⁵⁵ Naveden člen je uvrščen v poglavje "Solidarnost".

⁵⁶ Glej opombo 21 tega sklepa. Teršek, A.: navedeno delo, str. 50 in 51. Primerjaj tudi str. 47 in nasl.

⁵⁷ Weatherill, S.: *Empowerment is not the only Fruit*. V: Leczykiewicz, D. in Weatherill S. (ed.): *The Image of Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law*. Hart Publishing, Oxford, 2016, str. 212, 213 in 218. Avtor meni, da je opaziti mnogo več kot le transparentnost in s tem opolnomočenje potrošnika (empowerment), da lahko opravi poučeno izbiro; na vidiku je varstvo šibkejše

stranke kot temeljno načelo prava EU. Avtor se sklicuje med drugim na zadevi Kasler in Sturgeon. Meni, da je pristop Sodišča EU razlagalno ustvarjaln v korist potrošnikov in daleč presega golo opredelitev minimalnih standardov. Avtor navaja stališče, da je poseg v pogodbeno svobodo racionalizirano utemeljen na razumevanju, da vztrajanje pri pogodbeni svobodi v neuravnoteženem razmerju nikakor ni svoboda, ampak dovoljenje močnejši stranki, da odreja šibkejši. Avtor vidi kot velik potencial pri razvoju razlagalnega pristopa v korist potrošnikov v sklicevanju na 12. člen PDEU in na 38. člen Listine EU.

⁵⁸ Smernice glede razlage in uporabe Direktive Sveta 93/13/EGS o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah (2019/C 323/04), str. 18 in 19.

⁵⁹ "Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law, Final report Part 3 - Country reporting" (maj 2017), str. 1085 in 1086. <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/db28cd4d-772c-11e7-b2f2-01aa75ed71a1/language-en>

⁶⁰ Sklep II Ips 201/2017, 19. točka obrazložitve.

⁶¹ C-26/13.

⁶² C-186/16.

⁶³ Tako Sklep II Ips 137/2018, v katerem se Vrhovno sodišče sklicuje na člen 2 Direktive 93/13 in zadevo Costea, C-110/14.

⁶⁴ Primerjaj tudi 21. točko obrazložitve Sklepa II Ips 201/2017.

⁶⁵ Če potrošnik stopi v kazino, računa s neomejeno špekulativno naravo dejavnosti iger na srečo, enako je njegovo zaznavanje tveganja pričakovano drugačno, če kupuje delnice z namenom špekulativne pridobitve premoženjske koristi.

⁶⁶ C-125/18.

⁶⁷ V nekoliko oddaljeni preteklosti so bili potrošniki sicer seznanjeni z valutno klavzulo, a s povsem drugim namenom, kot v času stabilne domače valute, kar ni koristno razumevanje za aktualno sklepanje tovrstnih kreditnih pogodb. Valutna klavzula v kreditni pogodbi v času nestabilne domače valute, ki je občutno izgubljala vrednost, je pomenila element stabilnosti zaradi ohranjanja vrednosti trdne tuje valute.

⁶⁸ Primerjaj 21. točko obrazložitve Sklepa II Ips 201/2017.

⁶⁹ Več o tem Krajnc, V. v: Obligacijskih zakonik s komentarjem. GV Založba, Ljubljana, 2003, 1. knjiga, str. 97 in 98. Primerjaj tudi Dolenc, M.: Načelo vestnosti in poštenja v sodni praksi. Pravosodni bilten, št. 3/2013, str. 35 in nasl. Avtor podaja kritiko premalo pogumne uporabe navedenega načela v slovenski sodni praksi in se zavzema za neposredno uporabo navedenega načela, zlasti v primeru nepopolne zakonske ali pogodbene ureditve, lahko pa tudi kot njun korektiv.

⁷⁰ Odločba U-I-202/93. Tudi v najnovejši ustavnosodni praksi je pojasnjeno, da je zakonski nedoločen pravni pojem pomensko odprto vdorno mesto, skozi katero v sprejeti razlagi zakona odseva pomen človekovih pravic in drugih vrednostnih opredelitev Ustave (kot sta npr. načelo pravne in socialne države iz 2. člena Ustave ter zapoved spoštovanja človekovega dostojanstva). Odločba U-I-171/16-15, Up-793/16-25, 14. točka obrazložitve. V pravni teoriji je govora o t. i. poustavljanju prava (tudi civilnega), ki se nanaša na neposredno sklicevanje na ustavna določila pred rednimi sodišči, ki pri svoji argumentaciji uporabljajo tehnike ustavnosodnega odločanja (transformacija vloge rednih sodišč). Teršek, A.: Ustavna demokracija in vladavina prava. Famnit, Koper, 2009, str. 78-79.

⁷¹ Slednje potrjujejo tudi že navedena spoznanja pravne teorije o oblikovanju kakovostnih izbir. Glej opombo 53 tega sklepa.

⁷² Glede pojasnenih zahtev odgovornega kreditiranja glej mnenje Financial Services User Group (FSUG), ki deluje pri Komisiji EU: Responsible consumer credit lending.

https://ec.europa.eu/info/publications/fsug-opinions-2019_en, objavljeno dne 8. 4. 2019. Str. 6 in nasl.

⁷³ Tak pomislek je sicer podalo Vrhovno sodišče v Sodbi in sklepu II Ips 195/2018 (52. točka obrazložitve).

⁷⁴ Primerjaj Kresal, B.: Komentar Ustave Republike Slovenije (2002), 112. in 113. točka komentarja k 2.

členu. <https://e-kurs.si/komentar/podrocje-varovanja-2/> Načelo socialne države je zavezujoče; ne gre za programsko določbo, ampak za določbo, ki zavezuje državo in njene državne organe.

⁷⁵ Prvi odstavek 52. člena Zakona o potrošniških kreditih (ZPotK-2), 23. člen Direktive 2014/17/EU. Iz 33. uvodne točke Direktive 2014/17/EU izhaja, da je zaradi znatnih tveganj, povezanih s posojili v tuji valuti, treba sprejeti ukrepe z namenom, da bodo potrošniki imeli možnost omejiti svojo izpostavljenost tveganju menjalnega tečaja v obdobju trajanja kredita. Navedena je pravica do pretvorbe valute kredita in tudi drugi ukrepi kot je uvedba zgornje meje tveganja in dolžnost obveščanja s strani banke.

⁷⁶ Sklep II Ips 201/2017 (19. točka obrazložitve).

⁷⁷ Pravna teorija se zavzema za objektivizirani pristop k razumevanju pogoja dobre oziroma slabe vere. Vuksanović, I: Hladen tuš za kreditojemalce v švicarskih frankih, Pravna praksa, št. 47/2018, str. 14.

⁷⁸ O tem več Weatherill, S., Vogenauer, S., Weingerl, P.: Private Autonomy and Protection of the Weaker Party. V: Vogenauer S. in Weatherill, S. (ed.): General Principles of Law: European and Comparative Perspectives. Oxford: Hart Publishing, 2017, str. 267-268.

⁷⁹ Zadeva Aziz, 69. točka obrazložitve, ponovljeno v zadevi Andriciuc.

⁸⁰ Točke 67-73 obrazložitve.

⁸¹ Ničen bi bil lahko le del valutne klavzule, ki presega ustrezno omejitev tveganja, sorodno kot velja za obresti, kolikor presegajo dopustno mero.

⁸² V združenih zadevah C-482/13, C-484/13, C-485/13 in C-487/13; znižanje nedopustnih obresti.

⁸³ C-118/17; nedopustna valutna klavzula.

⁸⁴ Točka 67-73 obrazložitve.

⁸⁵ C-421/14, točka 71 obrazložitve in tam navedena sodna praksa.

⁸⁶ C-453/10, točka 32 obrazložitve.

⁸⁷ C-26/13, točke 82-84 obrazložitve.

⁸⁸ C-260/18, točke 59-62 obrazložitve. V slovenskem prevodu je napaka v 62. točki obrazložitve in 3. točki izreka. V poljski različici (jezik postopka) in drugih prevodih je navedeno, da nadomestitev ni skladna z direktivo, kar tudi izhaja iz predhodne obrazložitve.

⁸⁹ Točka 53 obrazložitve.

Datum zadnje spremembe: 21.01.2021