

Prisilno namirenje tražbine u svjetlu Direktive o hipotekarnim kreditima

1. Uvod

Direktiva 2014/17/EU Europskog parlamenta i vijeća od 4. veljače 2014. o ugovorima o potrošačkim kreditima koji se odnose na stambene nekretnine i o izmjeni direktiva 2008/48/EZ i 2013/36/EU i Uredbe (EU) br. 1093/2010 (dalje: Direktiva)¹ objavljena je 28. veljače 2014. i u skladu s čl. 49. Direktive stupila je na snagu dvadesetog dana od objavljivanja, dakle 20. ožujka 2014.² Čl. 42. st. 1. Direktive države članice Europske unije (dalje: EU) obvezane su na njezinu implementaciju u roku od dvije godine, a taj rok istječe 21. ožujka 2016.³ Dakle, primjena pravila Direktive i s njom usklađenih nacionalnih propisa trebala bi početi 21. ožujka 2016. (čl. 42. st. 2. Direktive). Naš zakonodavac, kako sada izgleda, odlučio implementirati Direktivu u varijanti donošenja novog propisa (najavljenog Zakona o potrošačkim stambenim kreditima).^{4 5}

Zanimljivo je da Direktiva samo u odnosu na dva pitanja predviđa tzv. najvišu razinu harmonizacije.⁶ Riječ je o uređenju koje se tiče *standardnih informacija* prije sklapanja ugovora te *standarda za izračun efektivne kamatne stope* (EKS). S obzirom na ova pitanja državama članicama zabranjeno je nacionalnim propisima predvidjeti drukčija rješenja nego što se predviđaju u čl. 14. st. 2. Direktive i Prilogu II., dijelu A - za dužnosti davanja standardnih informacija prije sklapanja ugovora putem Europskoga standardiziranog informativnog obrasca (ESIS), odnosno čl. 17. st. 1. – 5., 7. i 8. Direktive te Prilogu I. - za standard Unije za izračun efektivne kamatne stope (čl. 2. st. 2. Direktive).

Što se tiče drugih pitanja (izvan kruga onih za koja nije dopušteno drukčije uređenje) – u skladu s preuzetim obvezama državama članicama dopušteno je da ih uredi drukčije, no, zapravo, samo *strože*⁷ nego što to čini Direktiva ili mogu zadržati postojeće *strože* uređenje (čl. 2. st. 1. Direktive).⁸

Između ostalih,⁹ Direktiva u svom čl. 28. uređuje i određena pitanja koja se tiču prisilnog namirenja tražbine iz ugovora o potrošačkom kreditu koji se odnosi na stambene nekretnine. Upravo će se ona analizirati u radu, a posebno će ih se promatrati uzimajući u obzir korelaciju s našim nacionalnim pravilima.

Analiza pravila Direktive obuhvatit će u prvom poglavlju rada relevantne naznake uz polje primjene Direktive koje će se promatrati *ratione personae* i *ratione materiae*, ipak samo u mjeri koja je važna za analizu pravila iz čl. 28. Direktive. Prije toga, u



Doc. dr. sc.
Gabrijela Mihelčić

Katedra za
gradansko
pravo,
Pravni fakultet
Sveučilišta u
Rijeci

1 OJ L 60, 28. 2. 2014., str. 34.-85. Direktiva se naziva i *Mortgage Credit Directive*. V. MIŠĆENIĆ, E., *Mortgage Credit Directive (MCD): Are consumers finally getting the protection they deserve?*, *Libar amicorum in honorem Vilim Gorenc* (ur. SLAKOPER, Z.), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2014., str. 220.

2 V. detaljnije o razlozima donošenja: MIŠĆENIĆ, E., *Novo europsko uređenje hipotekarnih kredita*, *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, Zenica, 2014., br. 14., str. 114.-118.

3 V. recital (83) preambule Direktive.

4 V. Prijedlog programa za preuzimanje i provedbu pravne stečevine Europske unije za 2015. godinu (str. 7.) i Nacrt prijedloga plana usklađivanja zakonodavstva Republike Hrvatske s pravnom stečevinom Europske unije za 2015. godinu (str. 5.) s 200. sjednice Vlade Republike Hrvatske (dalje: Vlada RH) od 17. prosinca 2014., kojim se upućivanje ovog propisa pred Hrvatski sabor (dalje: Sabor) planira u IV. kvartalu i određuje za dan 7. prosinca 2015.

5 Razloge za drukčiji pristup implementaciji, v. u: MIŠĆENIĆ, E., *Ugovor o potrošačkom kreditiranju* (u objavi) u: *Bankovni i financijski ugovori*, 2. izd., (ur. SLAKOPER, Z.), (u objavi), u dijelu pod 2. *Potrošačko kreditiranje u hrvatskom pravu*, str. 4.

6 Inače se radi o Direktivi na stupnju tzv. minimalne harmonizacije. V. MIŠĆENIĆ, E., *Novo europsko uređenje hipotekarnih kredita*, *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, Zenica, 2014., br. 14., str. 117.

7 V. recital (7) preambule Direktive.

8 V. recital (9) preambule Direktive.

9 Za predmet Direktive, v. čl. 1. Direktive.

najkraćem se donosi presjek nacionalnog uređenja koje se tiče ciljane materije. Posebno se bavi novim rješenjima koja se odnose na ništetnost ugovora o potrošačkom kreditu i posebnog režima odgode ovrhe radi provođenja postupka utvrđenja ništetnosti ugovora o kreditu. Drugo poglavlje rada bavi se analizom pravila iz čl. 28. Direktive i posebno su apostrofirani detalji koji se tiču režima komisornih klauzula, zahtjeva za postizanje odgovarajuće prodajne cijene predmeta osiguranja i *sudbine* nenamirenog dijela založne tražbine, čiji se vjerovnik nije uspio namiriti iz ostvarene kupovine.

Zaključci do kojih se došlo izneseni su u radu i na kraju se ne donosi njihov sažetak.

2. NAZNAKE UZ NAŠE PROPISE KOJI SE TIČU POTROŠAČKOG KREDITIRANJA STAMBENIH NEKRETNINA

2.1. Naznake o temeljnim propisima

2.1.1. – Prije analize pravila Direktive koja se tiču ciljane materije potrebno je vidjeti na koji je način *potrošačko kreditiranje* uređeno u našim nacionalnim pravilima. Najopćenitije je moguće kazati kako se radi o normativnom okviru *zaštite potrošača*¹⁰ u kojem je temeljni propis Zakon o zaštiti potrošača¹¹. Njegova pravila koja uređuju obveznopravne odnose potrošača i trgovaca *posebne* su naravi, budući da se *opća* obveznopravna pravila nalaze u Zakonu o obveznim odnosima¹² čija se supsidijarna primjena i predviđa.

Ovaj odnos općih i posebnih pravila proizlazi iz čl. 4. st. 2. ZZZP-a u kojem je, premda upućeno na primjenu ZOO-a, to učinjeno uza značajne rezerve.

Prva se tiče toga što se za pojedina pitanja isključuje ne samo primjena ZOO-a, već i ZZZP-a kada njegova pravila nisu usklađena s „posebnim zakonima kojima se uređuju pojedina *upravna* područja, a koji su usklađeni s pravnom stečevinom EU-a“¹³.

10 Za *genezu* v. MIŠČENIĆ, E., Usklađivanje prava zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj. Rad je objavljen u Godišnjaku Akademije pravnih znanosti Hrvatske, vol. IV, br. 1., 2012., ovdje tekst dostupan na: hrcak.srce.hr, str. 1.-6., V. i od iste autorice: Ugovor o potrošačkom kreditiranju (u objavi) u: Banovni i financijski ugovori, 2. izd., (ur. SLAKOPER, Z.), (u objavi), osobito dio 2. Potrošačko kreditiranje u hrvatskom pravu.

11 Narodne novine br. 141/14., dalje: ZZZP.

12 Narodne novine br. 35/05., 41/08. i 125/11., dalje: ZOO.

13 „Čl. 4. ZZZP-a glasi:

(1) Ako su odredbe ovoga Zakona u suprotnosti s odredbama zakona kojima se uređuju pojedina upravna područja, a koji su usklađeni s pravnom stečevinom Europske unije, na odnose između potrošača i trgovaca primarno se primjenjuju odredbe tih posebnih zakona.

(2) Ako posebnim zakonima iz stavka 1. ovoga članka ili ovim Zakonom nije drukčije određeno, na obveznopravne

Bitnija proizlaze iz naravi dijela pravila ZZZP-a koja su, za razliku od ZOO-a, po nomenklaturi pravila javnopravne naravi¹⁴ pa to dodatno komplicira eventualnu primjenu pravila ZOO-a.

Posebno složeno zapreku za primjenu općih pravila tamo gdje nema posebnih pravila i kada ona ne određuju drukčije vidimo u tome što ZZZP autonomno uređuje pojedine institute drukčije od ZOO-a (v. *infra* dio rada pod 2.1.3.).

Potrebno je napomenuti da postoji i specijalniji propis kada se radi o *potrošačkom kreditiranju*. Taj (*sub*)*specijalni* propis je Zakon o potrošačkom kreditiranju¹⁵ uz koji za niz pitanja treba konzultirati Zakon o kreditnim institucijama.¹⁶

2.1.2. – Kada će se potrošački krediti, koji se odnose na stambene nekretnine, ticati stvarnopravnih osiguranja trebat će ih promatrati i s obzirom na odgovarajuća pravila Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima¹⁷ i Zakona o zemljišnim knjigama¹⁸, odnosno - radi li se o prisilnom namirenju tražbina s tog naslova, pravila iz Ovršnog zakona.¹⁹

2.1.3. – Složenosti subordinacije općih, posebnih i posebnijih pravila iz korpusa zaštite potrošača i u tom svjetlu, mogućoj primjeni ZOO-a, u značajnoj mjeri pridonosi što ZZZP (kao i ZPK-a) *autonomno* uređuju vitalne institute u njihovu značenju u tim propisima, a najčešće drukčije nego ZOO. Dobar je primjer definicija temeljnog pojma ugovora o kreditu iz čl. 2. toč. 3. ZPK-a usporedi li se s onom iz čl. 1021. ZOO-a. Prema čl. 1021. ZOO-a, *ugovorom o kreditu* banka se obvezuje korisniku kredita staviti na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava na određeno ili neodređeno vrijeme za neku namjenu ili bez nje, a korisnik se obvezuje plaćati ugovorene kamate i iskorišteni iznos novca vratiti u ugovoreno vrijeme i na ugovoreni način. *Ugovor o kreditu* prema čl. 2. toč. 3. ZPK-a definira se kao ugovor u kojem vjerovnik odobrava ili obećava odobriti potrošaču kredit u obliku odgode plaćanja, zajma ili slične financijske nagodbe, osim ugovora o trajnom pružanju usluga ili isporuke proizvoda iste vrste kada potrošač plaća za takve usluge ili proizvode tijekom cjelokupne njihove isporuke u obliku obroka.²⁰

odnose između potrošača i trgovca primjenjuju se odredbe Zakona o obveznim odnosima.“

14 MIŠČENIĆ, E., Usklađivanje prava zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj, str. 7.

15 Narodne novine br. 75/09., 112/12., 143/13., 147/13., 9/15. i 102/15., dalje: ZPK.

16 Narodne novine br. 159/13., 19/15. i 102/15., dalje: ZKI.

17 Narodne novine br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 129/00., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., 38/09., 153/09., 143/12. i 152/14., dalje: ZV.

18 Narodne novine br. 91/96., 68/98., 137/99., 114/01., 100/04., 107/07., 152/08., 126/10., 55/13. i 60/13., dalje: ZZK.

19 Narodne novine br. 112/12., 25/13. i 93/14., dalje: OZ.

20 V. i usp. čl. 3. toč. (c) Direktive 2008/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2008. o ugovorima o

Subjekti ugovora o kreditu prema ZOO-u (za sada) su banka²¹ i korisnik kredita. Prema navedenom pravilu ZPK-a subjekti ugovora o kreditu su vjerovnik i potrošač. Korisno je napomenuti da je prema posebnom rješenju iz novog čl. 19.a st. 5. ZPK-a, „u smislu ove glave“²² vjerovnik i osoba na koju je prenesena tražbina iz obveznih odnosa - kredita denominiranih u CHF te kredita denominiranih u kunama s valutnom klauzulom u CHF.

S druge strane, pored navedene definicije ugovora o kreditu, ZPK, za razliku od ZOO-a, poznaje i *potrošačko kreditiranje* kao autonoman pojam. Prema čl. 2. toč. 15. ZPK-a, *potrošačko kreditiranje* je: a) pravni posao kojim se jedna ugovorna strana obvezuje drugoj staviti na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava na određeno ili neodređeno vrijeme, za neku namjenu ili bez nje, a druga ugovorna strana obvezuje se plaćati ugovorene kamate odnosno naknade te iskorišteni iznos novaca vratiti u vrijeme i na način kako je ugovoreno, b) kao i svaki drugi pravni posao, koji je po svojoj gospodarskoj biti jednak ovome pravnom poslu. Mišćenić smatra da je hvalevrijedan pokušaj zakonodavca da definicijom iz čl. 2. toč. 15. ZPK-a dâ korektiv definiciji iz čl. 2. toč. 3. ZPK-a (nekritički preuzete iz čl. 3. toč. (c) Direktive 2008/48/EZ).²³ Svakako da definicija potrošačkog kreditiranja iz čl. 2. toč. 15. ZPK-a u manjoj mjeri odudara od definicije ugovora o kreditu iz ZOO-a pa je i korelacija propisa lakše zamisliva.

potrošačkim kreditima i stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 87/102/EEZ, (dalje: Direktiva 2008/48/EZ), OJ L 133, 22. 5. 2008., str. 66.-92., prema kojem ugovor o kreditu znači ugovor u kojem vjerovnik odobrava ili obećava odobriti potrošaču kredit u obliku odgode plaćanja, zajma ili slične financijske nagodbe, izuzev ugovora o trajnom pružanju usluga ili isporuke proizvoda iste vrste kada potrošač plaća za takve usluge ili proizvode tijekom cjelokupne njihove isporuke u obliku mjesečnih obroka. Za ovu se odredbu smatra da je nekritičkim preuzimanjem u naš ZPK otvoren niz dvojbi. MIŠĆENIĆ, E., Ugovor o potrošačkom kreditiranju (u objavi): Banovni i financijski ugovori, 2. izd., (ur. SLAKOPER, Z.), (u objavi), osobito dio 3.1. Ugovor o potrošačkom kreditu i pravni posao potrošačkog kreditiranja, str. 7.

21 Treba imati u vidu da je čl. 373. st. 1. Zakona o kreditnim institucijama iz 2008. (Narodne novine br. 117/08., dalje ZKI/08.) stavljen izvan snage - prestao je važiti Zakon o bankama (Narodne novine br. 84/02. i 141/06., dalje: ZB) osim čl. 28. st. 1. toč. 3., čl. 62., 63., 65., 66., 68., 69., 70., 72., 74. – 78., 82. – 84., 87., 128. st. 1. i 2., čl. 132. st. 2. toč. 3. i čl. 182. za koje je određeno da prestaju važiti 30. lipnja 2009. Ovim je Zakonom u čl. 2. st. 1. ZKI/08. *kreditna institucija* određena kao pravna osoba koja je od nadležnog tijela dobila odobrenje za rad, a čija je djelatnost: primanje depozita ili drugih povratnih sredstava od javnosti i odobravanje *kredita* za svoj račun ili izdavanje sredstva plaćanja u obliku elektroničkog novca. Prema čl. 2. st. 2. ZKI/08., kreditna institucija sa sjedištem u Republici Hrvatskoj mogla se, pod uvjetima utvrđenim tim Zakonom, osnovati kao: banka, štedna banka, stambena štedionica ili institucija za elektronički novac. Usp. v. čl. 3. ZB prema koje su bankovne usluge: primanje novčanih depozita i odobravanje *kredita* i drugih plasmana iz tih sredstava u svoje ime i za svoj račun, kao i izdavanje sredstava plaćanja u obliku elektroničkog novca.

22 Radi se o glavi IV.a ZPK.

23 V. *supra* bilješku 20.

2.2. Posebno o nekim pravilima iz ZPK-a

2.2.1. Naznake uz čl. 3. st. 1. toč. g. i čl. 19.a ZPK-a

2.2.1.1. – Jedno od važnijih pravila ZPK-a, imajući u vidu naša nacionalna pravila koja uređuju hipoteku u smislu založnih prava na nekretninama i prisilno ostvarenja hipotekarnih tražbina (o čemu više nešto kasnije), je čl. 3. ZPK-a osobito njegova *nesretna* toč. g., st. 1., čl. 3. ZPK-a. U čl. 3. st. 1. ZPK-a određeno je za koje vrste ugovora o kreditu se ZPK ne primjenjuje.²⁴ Između ostalih, prema čl. 3. st. 1. toč. g. ZPK-a, ZPK se ne primjenjuje na „ugovore o kreditu koji su rezultat nagodbe postignute na sudu ili pred nekim drugim tijelom određenim zakonom.“

Interpretacijom odredbe čl. 3. st. 1. toč. g. ZPK-a zaključeno je kako se pravila ZPK-a ne primjenjuju kada se radi o ugovorima o kreditima sadržanim u tzv. javnobilježničkim ispravama (javnobilježničkim aktovima i solemniziranim privatnim ispravama).

Suprotno, Čikara smatra da je namjera zakonodavca o *neisključenju* takvih ugovora o kreditu iz dosega ZPK-a (podredno Direktive 2008/48/EZ) vidljiva iz toga što „*nije preuzet*“ čl. 2. st. 2. sl. a) i sl. b) Direktive 2008/48/EZ, a upravo su njime isključeni od primjene pravila Direktive 2008/48/EZ ugovori o kreditu čije su tražbine osigurane hipotekom ili drugim usporedivim sredstvom osiguranja na nekretninama koje se uobičajeno ugovara u državi članici odnosno pravom na nekretnini.“²⁵ Slijedom toga da se „preuzeto isključenje iz čl. 2. st. 2. sl. i) Direktive 2008/48/EZ“²⁶ odnosi na druge vrste kredita koji su zaista rezultat rješavanja spora stranaka postizanjem nagodbe stranaka pred sudom ili miriteljem putem, primjerice, odgode plaćanja duga ili sl.“²⁷

Ako su iz primjene ZPK-a isključeni ugovori o kreditima iz javnobilježničkih isprava to, zapravo, isključuje iz primjene ZPK i pripadajuće sporazume o stvarnopravnim osiguranjima tražbina iz tih ugovora. To primjenu ZPK-a (s gledišta stvarnopravnih osiguranja na stambenim nekretninama) *sužava* na ugovore o kreditima (ako nisu isključeni po nekoj drugoj osnovi iz čl. 3. st. 1. ZPK-a) tražbine kojih su osigurane dobrovoljnim ugovornim hipo-

24 Prema čl. 3. st. 1. ZPK-a, između ostalog, isključuje se primjena Zakona na: (a) ugovore o kreditu koji obuhvaćaju ukupan iznos kredita veći od 1 000 000,00 kuna, ... g) ugovore o kreditu koji su rezultat nagodbe postignute na sudu ili pred nekim drugim tijelom određenim zakonom... (st. 1.).

25 ČIKARA; E., Zakon o potrošačkom kreditiranju iz aspekta javnobilježničkih isprava, Javni bilježnik, 2008., br. 32., str. 61., bilješka 35.

26 Prema čl. 2. st. 2. t. i) Direktive 2008/48/EZ, Direktiva 2008/48/EZ ne primjenjuje se na ugovore o kreditu koji su rezultat nagodbe postignute na sudu ili pred nekim drugim tijelom sa zakonskim ovlastima.

27 MIŠĆENIĆ, E., op. cit., osobito dio 3.1.1. Ugovori o kreditu isključeni iz polja primjene ZPK, str. 8. i 9. V. na istom mjestu i daljnja pojašnjenja.

tekama (za koje nije potrebna intervencija suda ili javnog bilježnika). Ova se vrsta hipoteka u praksi gotovo ne koristi, budući da se hipoteke (a i neka druga stvarnopravna osiguranja), u pravilu, osnivaju kao javnobilježnička (iznimno, sudska).

(Vidjeti još o ovom pitanju u dijelu rada pod l.3.3.3.).

2.2.1.2. – Prema uređenju koje je vrijedilo prije stupanja na snagu Zakon o izmjeni i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju,²⁸ čl. 3. st. 1. toč. a. ZPK-a bilo je predviđeno da se ZPK ne primjenjuje na ugovore o kreditu koji obuhvaćaju ukupan iznos kredita veći od 1 000 000,00 kuna. Novela ZPK/15 o ovom je pitanju učinila jednu iznimku. Njezinim je čl. 1. ZIDZPK/15, između ostalog, dodan i dio IV.a i njegovi članci 19.a *et seq.*, a ovdje je zanimljiv upravo taj čl. 19.a ZPK-a i to njegov st. 4., čl. 19.a ZPK-a. Njime je predviđena iznimka od pravila čl. 3. st. 1. toč. a. ZPK-a.

Naime, premda osnovno uređenje iz čl. 3. st. 1. toč. a. ZPK-a i dalje vrijedi, radi li se o nekim *posebnim* ugovorima o kreditu koji obuhvaćaju ukupan iznos kredita veći od

1 000 000,00 kuna i za njih vrijede pravila ZPK-a. Koji su to ugovori o kreditu vidljivo je već iz naziva iznad dodanog dijela IV.a ZPK-a. Riječ je kreditima denominiranim u CHF te kreditima denominiranim u kunama s valutom klauzulom u CHF (v. čl. 19.a st. 1. al. 1. i 2. ZPK-a).

2.2.2. Naznake uz čl. 19. j i 19.k ZPK-a

2.2.2.1. – Već je navedeno kako je zakonodavac posegnuo za izmjenama i dopunama ZPK-a i donio ZIDZPK. Njegovim je čl. 1. ZIDZPK/15 dodani i dio IV.b i njegovi članci 19.j, 19.k i 19.l. ZPK-a.

Uređuju: a) tzv. ništetnost ugovora i posljedice ništetnosti (čl. 19. j ZPK-a), b) odgodu ovrhe (čl. 19.k ZPK-a) i nadležnost suda (čl. 19.l ZPK-a). Ostavljajući sa strane uređenje sudske nadležnosti, iznimno su zanimljive odredbe čl. 19.j i 19.k ZPK-a, a posebno čl. 19.j ZPK-a u kojem je predviđeno kako su *ništetni* takvi ugovori o kreditu koje je sklopio vjerovnik, odnosno kreditni posrednik koji *nema odobrenje* za pružanje usluga potrošačkoga kreditiranja, odnosno za posredovanje pri potrošačkom kreditiranju (čl. 19.j st. 1. ZPK-a).

Učinjen je i korak dalje. Kada se *inače* radi o posljedicama ništetnosti, naime, pravilo iz čl. 323. ZOO-a određuje da je u slučaju ništetnosti ugovora svaka ugovorna strana dužna: a) vratiti drugoj sve što je primila temeljem takvog ugovora, odnosno: b) nije li to moguće ili se narav ispunjenja protivi vraćanju daje se odgovarajuća naknada u novcu i to prema cijenama u vrijeme donošenja

sudske odluke, sve nije li zakonom drukčije određeno (čl. 323. st. 1. ZOO-a). St. 2. istog čl. 323. ZOO-a predviđa da ugovaratelj koji je kriv za sklapanje ništetnog ugovora odgovara za štetu suugovaratelju koju on pretrpi zbog ništetnosti ugovora pod pretpostavkom da on nije znao ili s obzirom na okolnostima nije morao znati za postojanje uzroka ništetnosti.

Novela ZPK/15 predviđa *posebno* rješenje. Tako, prema čl. 19.j st. 2. ZPK-a, u slučaju postojanja obveze vraćanja primljenog temeljem ništetnog ugovora o kreditu sklopljenog s *neovlaštenim* vjerovnikom (neovlaštenim kreditnim posrednikom) - potrošač je dužan na primljeni iznos platiti kamate od dana pravomoćnosti odluke kojom se utvrđuje ništetnost.

Ovo je pravilo moguće tumačiti u dvije varijante od kojih je jedna nepovoljnija za potrošača. Moguće je da bi dužnost potrošača bila vratiti onoliko jedinica novaca na koje glasi tražbina iz kredita umanjene za iznos jedinica novaca koji je već vraćen u vidu otplate kredita, a na preostali iznos jedinica novaca - od dana pravomoćnosti odluke kojom se utvrđuje ništetnost bio bi dužan platiti kamate. U drugoj varijanti, potrošač bi bio dužan vratiti onoliko jedinica novaca na koje glasi tražbina iz kredita, s tim da bi se s njima *prebijao* iznos jedinica novaca koji je već vratio u vidu otplate kredita. U obje varijante, čini se, otpalo bi raslojavanje otplaćenog dijela s naslova kredita (jedinica novaca na koje glasi tražbina iz kredita) na tražbinu s naslova glavnice odnosno kamata - pa bi u restituciji, što se tiče otplaćenog dijela kredita, i glavnica i kamate zajedno činile (ulazile) u iznos jedinica novaca dugovane tražbine iz ništetnoga kredita. Po tako obračunatom preostalom iznosu dugovale bi se kamate od dana pravomoćnosti odluke kojom je utvrđena ništetnost. U toj je konstrukciji moguća pojava pitanja vjerovnikova prava na *naknadu* za korištenje jedinica novca s naslova tražbine iz ništetnog ugovora o kreditu do trenutka pravomoćnosti odluke kojom je utvrđena ništetnost, hipotetski, i uz određene pretpostave moguće i putem instituta stjecanja bez osnova.

Pitanje koje će se izvjesno javiti je i *vraćanje* osiguranja, posebice onih stvarnopravnih. Opće pravilo o prestanku obveze iz čl. 160. st. 1. ZOO-a koje kaže da obveza prestaje suglasnošću volja sudionika u obveznom odnosu, ispunjenjem i u drugim zakonom određenim slučajevima (a uslijed ništetnosti obveza ne postoji) određuje u st. 2., čl. 160. ZOO-a da se prestankom glavne obveze gase jamstvo, zalog i druga sporedna prava. Radi li se, primjerice, o hipoteci kao stvarnopravnom osiguranju kojim je osigurana tražbina iz ugovora o kreditu koji je utvrđen ništetnim, od pravomoćnosti takve odluke trebala bi se ugasiti i hipoteka. Ima-

28 Narodne novine br. 102/15., dalje: ZIDZPK/15 ili Novela ZPK/15.

jući u vidu da hipoteka prestaje tek brisanjem iz zemljišne knjige (v. čl. 350. ZV-a) - kondemncija kojom je odlučeno o ništetnosti ugovora o kreditu i naloženo vraćanje danog trebala bi riješiti i pitanje ekstabilacije hipoteke dane u osiguranje tražbine iz ništetnog ugovora o kreditu.

2.2.2.2. – Još je jedno pravilo uvedeno ZIDZPK/15 vrlo zanimljivo. Radi se o *posebnoj* pravilu o odgodi ovrhe iz čl. 19.k ZPK-a. Tim je pravilom u st. 1., čl. 19.k ZPK-a predviđeno da će sud, radi li se o ostvarenju tražbine iz ugovora o kreditu s međunarodnim obilježjem zbog koje se vodi ovršni postupak protiv potrošača koji je podnio tužbu radi utvrđenja ništetnosti, na prijedlog ovršenika, odgoditi ovrhu do pravomoćnog okončanja postupka radi utvrđenja ništetnosti i pri tome neće ispitivati postojanje drugih zakonom propisanih pretpostavki o odgodi ovrhe na prijedlog ovršenika (predviđenih čl. 65. *et seq.* OZ). Štoviše, u takvom slučaju ovrhovoditelj ne može uvjetovati odgodu ovrhe davanjem jamčevine (čl. 19.k st. 2. ZPK-a). Ovaj specifični prijedlog za odgodu ovrhe, ovršeniku je dopušteno podnijeti neovisno o tome je li podnio prijedlog za odgodu ovrhe u ovršnom postupku koji je u tijeku na dan stupanja na snagu Novele ZPK/15 (čl. 19.k st. 2. ZPK-a).

Kod ovog režima odgode ovrhe treba uočiti određena obilježja. Točnije, za odgodu ovrhe prema ovom modelu trebaju se steći (traže se) određene posebne pretpostavke:

2.2.2.2.1. – Posebni režim odgode ovrhe predviđen je samo radi li se o ovrsi radi ostvarenja tražbine iz ugovora o kreditu s *međunarodnim obilježjem*. U drugim slučajevima tj. nema li ugovor o kreditu takvo obilježje – ne bi se mogao koristiti poseban režim odgode ovrhe. Zašto se zakonodavac odlučio na ovakvo reduktivno uređenje može se samo spekulirati. Naime, prema čl. 19.j ZPK-a ništetnost je dopušteno utvrđivati u svakom slučaju kada je ugovor o kreditu sklopio vjerovnik, odnosno kreditni posrednik koji nema odobrenje za pružanje usluga potrošačkog kreditiranja odnosno za posredovanje pri potrošačkom kreditiranju, dakle, i onda kada ugovor o kreditu nema međunarodna obilježja. Međutim, je li ili nije to bila ideja zakonodavca, izgleda da se poseban režim odgode ovrhe neće primjenjivati izostane li međunarodno obilježje. U tom bi se slučaju primjenjivala pravila o odgodi ovrhe iz čl. 65. *et seq.* OZ-a (osim kod ovrhe na nekretnini, gdje opet postoji poseban režim) pa ovršenik kako bi uspio sa svojim prijedlogom za ovrhu, u smislu čl. 65. st. 1. OZ-a, treba učiniti *vjerojatnim* da bi provedbom ovrhe trpio nenaknadivu ili teško naknadivu štetu, odnosno da je odgoda potrebna kako bi se spriječilo nasilje, a kumulativno s tim i da bi se ostvarila barem jedna od pretpostavki navedenih u čl. 65. st. 1. t. 1.-10. OZ-a.

2.2.2.2.2. – Druga je pretpostavka za primjenu

posebnog režima odgode ovrhe: mora se raditi o ovrsi radi prisilnog namirenja tražbine iz ugovora o kreditu čija se valjanost odnosno ništetnost propituje u smislu čl. 19.j ZPK-a. Traži se i da je ovršenik podnio tužbu radi utvrđenja ništetnosti (čl. 19.k st. 1. ZPK-a). Predviđeno je i do kada će trajati odgoda ovrhe - do pravomoćnog okončanja postupka radi utvrđenja ništetnosti.

Zanimljiva posebnost tiče se ovrhovoditeljeva mogućeg utjecaja na odgađanje ovrhe. Prema čl. 19.k st. 2. ZPK-a, radi li se o ovom posebnom režimu odgode ovrhe ovrhovoditelj ne može odgodu ovrhe uvjetovati davanjem jamčevine kako bi mogao u općem režimu temeljem pravila iz čl. 65. st. 3. OZ-a.

Zapravo, čini se da će sud uvijek i pri tome ne ispitujući jesu li se stekle pretpostavke za odgodu ovrhe po prijedlogu ovršenika odgoditi ovrhu kada se radi o slučaju propitivanja ništetnosti ugovora o kreditu. U pogledu ostalog, npr. iznimke od nepoduzimanja radnji dok traje ovrha u smislu čl. 65. st. 6. OZ-a, čini se da bi vrijedio opći režim.

Prema čl. 19.k st. 3. ZPK-a, prijedlog za odgodu ovrhe prema posebnom režimu, ovršenik može podnijeti neovisno od tome je li podnio prijedlog za odgodu ovrhe u postupku koji je u tijeku na dan stupanja na snagu propisa. Moguće da je zakonodavac imao na umu da usprkos već (prije) određenoj odgodi ovrhe po ovršenikovu prijedlogu za ovrhu ovršenik može odgodu ovrhe tražiti i po ovoj osnovi, ako bi vrijeme za koje je odgoda ovrhe određena – do pravomoćnosti odluke povodom utvrđenja ništetnosti, ako bi ta varijanta za njega bila povoljnija. U biti, radilo bi se o *produljenju* vremena za koje je ovrha odgođena.

Ovo bi se uređenje moglo dovesti u vezu s praksom Suda Europske unije (dalje: Sud EU-a) i zahtjevom za *djelotvornim instrumentom* (v. u dijelu rada pod II. 2.).

Korisno je napomenuti i da sve ovo vrijedi radi li se o *ovrsi* radi prisilnog namirenja tražbine iz ugovora o kreditu čija se valjanost odnosno ništetnost propituje u smislu čl. 19.j ZPK-a. Odnosno, postoji mogućnost da se u takvom slučaju ovrha odgodi do pravomoćnog okončanja postupka radi utvrđenja ništetnosti.

Što u slučaju da se prisilno namirenje tražbine ne provodi u ovršnom postupku, već moguće u *izvansudskom* postupku putem javnog bilježnika (naime, u ovršnom se postupku – ovrhom na nekretnini – prisilno namiruju samo hipotekarne tražbine), što bi se moglo dogoditi kod prisilnog ostvarenja tražbine osigurane prijenosom prava vlasništva na stvari, odnosno prijenosom prava. Pravilo iz čl. 19.k ZPK-a ne predviđa ovu mogućnost. Znači li to da je ona isključena?

Ili, imajući u vidu već analizirani čl. 3. st. 1. toč. g.

ZPK-a (v. dio rada pod 2.2.1.) koji proizvodi zaključak da se pravila ZPK-a ne primjenjuju na ugovore o kreditu sadržanima u javnobilježničkim ispravama (i njima osnovanim osiguranjima, pa i stvarno-pravnim – hipotekama, fiducijarnim osiguranjima) da se niti čl. 19.k ZPK-a, pa onda i 19.j ZPK-a (i 19.l ZPK-a) *ne primjenjuju* radi li se o tražbinama iz takvih osiguranih kredita. Takav se zaključak ne bi povoljno odrazio na pravni položaj potrošača.

I. RELEVANTNE NAZNAKE UZ POLJE PRIMJENE DIREKTIVE

1. Općenito

Odredbu čl. 28. Direktive, koja sadrži pravila koja se tiču prisilnog ostvarenja tražbine iz ugovora o potrošačkom kreditu koji se odnosi na stambene nekretnine, nije moguće analizirati prije nego se kaže više o polju primjene Direktive. Za razmjere analize u kontekstu čl. 28. Direktive promatrat će se polje primjene Direktive *ratione personae* i *ratione materiae* u odabranim segmentima.

Najprije treba reći da je uočljivo kako postoje određene funkcionalne uvjetovanosti koje povezuju osobe na koje se Direktiva odnosi, odnosno osobe u koje te osobe ulaze.

Načelno, može se kazati da se Direktiva primjenjuje na ugovore o potrošačkom kreditiranju (*credit agreements for consumers*) koji se odnose na nekretnine namijenjene stambenim potrebama potrošača (*residential immovable property*).

Funkcionalna posebnost odnosi se na činjenicu što je pojam *potrošača*, pa time i polje primjene Direktive, dovedeno u vezu s tzv. *dvojnomo svrhom* ugovora o potrošačkom kreditu koji se odnosi na stambene nekretnine. Radi li se o ugovoru s takvom svrhom – dvojnomo svrhom, potrošačem se smatraju i još neke osobe (v. recital (12) preambule Direktive, v. *infra* I.2.2.).

2. POLJE PRIMJENE DIREKTIVE RATIONE PERSONAE

2.1. Općenito

Najjednostavnije je reći kako se Direktiva primjenjuje na ugovore o kreditu koji se tiču nekretnina namijenjenih stanovanju koje *potrošač* zaključi s vjerovnikom (davateljem kredita). No kada se radi o osobi potrošača predviđaju se i posebna rješenja u vezi s već spomenutom dvojnomo svrhom

ugovora, a ona za posljedicu ima da se osobom potrošača smatraju još neke osobe.

2.2. Posebno o definiciji potrošača u vezi s tzv. dvojnomo svrhom ugovora o kreditu

2.2.1. – Definicija potrošača nalazi se u čl. 4. toč. 1. Direktive. Prema toj odredbi, predviđeno je da se pojam potrošača definira u skladu s čl. 3. toč. (a) Direktive 2008/48/EZ, dakle, onako kako to čini ta odredba (čl. 3. toč. (a) Direktive 2008/48/EZ).

U ciljanom odredbi određuje se da *potrošač* znači fizičku osobu koja (u sferi primjene Direktive 2008/48/EZ) djeluje izvan svoje trgovačke, poslovne ili profesionalne djelatnosti.²⁹ Dakle, i u odnosu na Direktivu, kada se radi o osobi potrošača njime se, u prvom redu, smatra fizička osoba koja u transakcijama koja djeluje u svrhe izvan svoje trgovačke, poslovne ili profesionalne djelatnosti.

Utoliko su definicije pojma potrošača (i ona iz čl. 3. toč. (a) Direktive 2008/48/EZ i ona čl. 4. toč. 1. Direktive) kompatibilne, odnosno naši su: čl. 5. toč. 15. ZP-a u kojem se određuje da je *potrošač* svaka fizička osoba te čl. 1. st. 1. toč. 1. ZPK-a koji kaže da je *potrošač* fizička osoba - u dijelu koji obuhvaća *personalni dio definicija* usklađeni s definicijama iz direktiva.

Što se tiče *funkcionalnog dijela* (djelovanja na tržištu izvan svoje trgovačke, poslovne, obrtničke ili profesionalne djelatnosti, čl. 5. toč. 15. ZP-a te djelovanja izvan poslovne djelatnosti ili slobodnog zanimanja, čl. 1. st. 1. toč. 1. ZPK-a), smatra se da naša pravila djelomično odstupaju od definicija iz navedenih direktiva.³⁰

2.2.2. – Da bi se definirao pojam potrošača u smislu Direktive treba imati u vidu još jedan aspekt – spominjani kriterij dvojne svrhe ugovora i s njim u vezi, zapravo, *proširenje* definicije potrošača.³¹ Tako je, kako se vidi iz recitala (12) preambule Direktive proširena definicija potrošača i dovedena u vezu sa svrhom ugovora o kreditu.³²

Potrošačem se (pored osoba određenih čl. 4. toč.

29 V. za naznake uz prijevod čl. 3. toč. (a) Direktive 2008/48/EZ, MIŠČENIĆ, E., op. cit., osobito dio 3.2.1. Potrošač, str. 10. i 11., posebno bilješku 60. i tamo navedenu literaturu.

30 Kriterij *personalnog* i *funkcionalnog* razlikovanja, prema MIŠČENIĆ, E., ibidem.

31 U ovom je pravcu u Direktivi učinjen korak po uzoru na rješenje iz recitala (17) preambule Direktive 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača, izmjeni Direktive Vijeća 93/13/EEZ i Direktive 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća te o stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 85/577/EEZ i Direktive 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća (dalje: Direktiva 2011/83/EU), OJ L 304, 22. 11. 2011., str. 64.-88.

32 V. MIŠČENIĆ, E., *Mortgage Credit Directive (MCD): Are consumers finally getting the protection they deserve? Libar amicorum in honorem Vilim Gorenc* (ur. SLAKOPER, Z.), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2014., str. 222.-223.

1. Direktive) smatraju i osobe koje inače nemaju svojstvo potrošača, ako se radi o ugovorima s dvojnog svrhom. Kakav je to ugovor kaže recital (12) preambule i predviđa da je riječ o ugovoru (koji se tiče potrošačkoga kreditiranja stambene nekretnine) sklopljenom samo djelomično u svrhu koja ima veze s trgovačkom, poslovnom ili profesionalnom djelatnosti koju osoba (koju se u tom slučaju također smatra potrošačem) obavlja. S tim da se zahtijeva da je svrha (trgovačke, poslovne ili profesionalne djelatnosti) ograničena u tolikoj mjeri da nije prevladavajuća u cjelokupnom kontekstu ugovora.

2.2.3. – U vezi s ovim pitanjem zanimljiva su stajališta Suda EU-a izražena npr. u predmetima: *Horajiu Ovidiu Costea*³³ u vezi s predmetima *Asbeek Brusse i de Man Garabito*³⁴ i *Šiba*.³⁵ Premda se ona, zapravo, tiču tumačenja čl. 2. t. b. Direktive Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima (dalje: Direktiva 93/13/EEZ).³⁶

U predmetu *Costea*³⁷ sud koji je uputio zahtjev (rumunjski sud) dvojio je treba li čl. 2. t. b. Direktive 93/13/EEZ tumačiti na način da se fizička osoba, koja obavlja odvjetničku djelatnost i koja s bankom sklapa ugovor o kreditu u kojem nije naznačena namjena kredita, može smatrati potrošačem.³⁸ Posebno je zanimljivo što je tražbina iz ugovora o kreditu bila osigurana hipotekom s tim da je ugovor (sporazum) o osnivanju hipoteke odvjetnik zaključio u svojstvu zastupnika svoga odvjetničkog ureda, a sama je hipoteka osnovana na nekretnini koja je bila u službi obavljanja odvjetničke djelatnosti – nekretnina u vlasništvu odvjetničkog ureda. Upravo je u tomu i suština upita rumunjskog suda – treba li čl. 2. t. b. Direktive 93/13/EEZ kada se radi o definiciji pojma potrošač tumačiti tako da je u definiciju pojma uključena fizička osoba koja obavlja odvjetničku djelatnost i koja s bankom sklapa ugovor o kreditu u kojem nije naznačena namjena kredita kada je sredstvo osiguranja tražbine iz tog ugovora hipoteka na nekretnini (odvjetničkom uredu) te fizičke osobe.

Potrebno je kazati da se u čl. 2. t. b. Direktive 93/13/EEZ potrošač definira na tragu definicija koju sadrže i čl. 4. toč. 1. Direktive i čl. 3. toč. (a) Direktive 2008/48/EZ.

Dajući tumačenje u smislu navedene odredbe (čl. 2. t. b. Direktive 93/13/EEZ), Sud EU-a najprije kaže da je nacionalni sud pred kojim se vodi spor dužan, vodeći računa o svim okolnostima slučaja,

a osobito o ugovornim odredbama, provjeriti može li se korisnika kredita kvalificirati kao potrošača u smislu Direktive 93/13/EEZ.³⁹ Taj je zahtjev istaknut i u predmetu *Faber*⁴⁰ gdje je u t. 48., osvrćući se na tumačenje čl. 1. st. 2. t. a. Direktive 1999/44 Europskog parlamenta i Vijeća od 25. svibnja 1999. o određenim aspektima prodaje robe široke potrošnje i o jamstvima za takvu robu (dalje: Direktiva 1999/44/EEZ),⁴¹ Sud EU-a naglasio kako Direktivu 1999/44/EEZ treba tumačiti na način da je dužnost nacionalnog suca koji odlučuje o sporu koji se odnosi na ugovor koji bi mogao ući u područje primjene Direktive 1999/44/EEZ, kada raspolaže potrebnim pravnim i činjeničnim instrumentima, provjeriti može li se kupac okvalificirati kao potrošač, pa i kada se potonji nije pozvao na to svojstvo.⁴²

Provjeravajući može li se u konkretnom slučaju (predmet *Costea*) korisnika kredita (odvjetnika) kvalificirati kao potrošača u smislu čl. 2. t. b. Direktive 93/13/EEZ, Sud EU-a (razmatrajući još neka pitanja) smatra da se ta mogućnost ne može isključiti kada taj odvjetnik nastupa za potrebe izvan okvira svoje profesije.

Pri tomu je odlučna činjenica što se potrošač (odvjetnik) koji je s vjerovnikom (davateljem kredita) sklopio ugovor (koji nije u vezi s njegovom djelatnošću) nalazi u podređenom položaju, što omogućuje primjenu pravila čl. 6. st. 1. Direktive 93/13/EEZ o tzv. nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima.^{43 44} Sud EU-a smatra odlučnim utvrđenje da odvjetnik ima svojstvo potrošača u glavnom ugovoru (ugovoru o potrošačkom kreditu), što omogućuje i pretpostavka je primjene mehanizma zaštite predviđenog Direktivom 93/13/EEZ. Pri tomu ne nalazi odlučnim što takvo svojstvo nema i u (akcesornom) sporazumu kojim je osnovana hipoteka.⁴⁵

39 Presuda *Costea*, EU:C:2015:538, t. 22.

40 Presuda *Froukje Faber*, dalje: *Faber*, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357

41 OJ L 171, 7. 7. 1999., str. 12.-16.

42 Definirajući čl. 1. st. 2. t. a. Direktive 1999/44/EEZ pojam potrošača navodi se da potrošač znači bilo koju fizičku osobu koja djeluje u svrhe koje nisu u vezi s njegovom poslovnom ili profesionalnom djelatnošću.

43 Pravilom iz čl. 6. st. 1. Direktive 93/13/EEZ traži se da države članice utvrde da nepoštene odredbe, koje se nalaze u ugovorima između prodavatelja roba ili pružatelja usluga s potrošačem, nisu obvezujuće za potrošača s tim da ugovor i dalje obvezuje stranke može li opstati (održati se na snazi) i bez tih odredbi.

44 U takvom slučaju, smatra Sud EU-a, neovisno o činjenici što odvjetnik raspolaže visokom razinom određenih znanja (što je bio relevantan kriterij u predmetu *Šiba*, EU:C:2015:14, t. 23., cit. prema: presuda *Costea*, EU:C:2015:538, t. 27.), to nije dovoljno kako bi se pretpostavilo da nije slabija stranka u odnosu na prodavatelja robe ili pružatelja usluga (u smislu 6. st. 1. Direktive 93/13/EEZ), budući da se podređeni položaj potrošača u odnosu na prodavatelja robe ili pružatelja usluga, koji se nastoji ispraviti sustavom zaštite uspostavljenim Direktivom 93/13/EEZ, odnosi – kako na dostupnost informacija potrošaču, tako i na mogućnost da utječe na ugovorne kondicije postavljene po vjerovniku.

45 Presuda *Costea*, EU:C:2015:538, t. 25.-30.

33 Presuda *Horajiu Ovidiu Costea*, dalje: *Costea*, C-110/14., ECLI:EU:C:2015:538

34 Presuda *Asbeek Brusse i de Man Garabito*, dalje: *Garabito*, C-488/11., ECLI:EU:C:2013:341.

35 Presuda *Šiba*, dalje: *Šiba*, C-537/13, ECLI:EU:C:2015:14.

36 OJ L 95, 21. 4. 1993., str. 29.-34.

37 Presuda *Costea*, EU:C:2015:538, t. 14.

38 Ibidem.

2.3. Posebno o definiciji vjerovnika

2.3.1. – *Vjerovnikom* se u smislu čl. 4. toč. 2. Direktive smatra svaka fizička ili pravna osoba koja odobrava ili obećava odobriti kredit koji potpada pod područje primjene čl. 3. Direktive u sklopu svog obrta, djelatnosti ili profesije.⁴⁶ Referirajući se upravo na osobu vjerovnika (davatelja kredita) i s obzirom na njega na pitanje o primjeni Direktive, u recitalu (10) preamule Direktive određuje se kako Direktivu treba primjenjivati neovisno o tomu je li vjerovnik odnosno kreditni posrednik pravna ili fizička osoba, s tim što je državama članicama dopušteno nacionalnim propisima suziti ulogu vjerovnika ili kreditnog posrednika samo na pravne osobe ili na određenu vrstu tih osoba.

Radi li se o našem pravu čini se da neće biti mogućnosti za korištenje ovog ovlaštenja imajući u vidu već postojeću definiciju *vjerovnika* iz čl. 2. toč. 2. ZPK-a. Usp. još s čl. 3. toč. b) Direktive 2008/48/EZ prema kojem se *vjerovnik* (u ovoj se Direktivi 2008/48/EZ za vjerovnika koristi naziv *davatelj kredita* koji je znatno primjereniji) definira kao fizička ili pravna osoba koja odobrava ili obećava odobriti kredit u okviru svojeg obrta, poslovanja ili profesije.⁴⁷

Dakle, naše je uređenje takvo da se pojam vjerovnika u smislu potrošačkog kreditiranja ravnopravno odnosi i na fizičke i na pravne osobe, s tim što je posebno naglašen krug određenih, u tom smislu posebno profiliranih pravnih osoba. Naime, prema našem čl. 2. toč. 2. ZPK-a, *vjerovnik* je fizička ili pravna osoba koja odobrava ili obećava odobriti kredit u okviru poslovne djelatnosti ili slobodnog zanimanja, a posebno su to pravne osobe čije je poslovanje uređeno propisima: a) o kreditnim institucijama ili unijama,⁴⁸ b) o institucijama za elektronički novac,⁴⁹ odnosno: c) institucije za platni promet koje pružaju usluge platnog prometa u skladu s posebnim zakonom, d) pravna osoba koja posluje prema zakonima koji uređuju poslovanje poduzetnika te e) fizička osoba koja posluje prema zakonima koji uređuju poslovanje obrtnika ili slobodnih zanimanja.⁵⁰

46 V. detaljno MIŠĆENIĆ, E., op. cit., str. 223.-225.

47 S obzirom na naziv (*vjerovnik*) čini se da se teorija opredijelila za varijantu „doslovnog preuzimanje izraza *davatelj kredita* iz čl. 3 sl. b) Direktive 2008/48/EZ.“ V. ČIKARA, E., Zakon o potrošačkom kreditiranju iz aspekta javnobilježničkih isprava, Javni bilježnik, 2008., br. 32., str. 59.

48 Prema čl. 5. st. 1. ZKI, kreditna institucija sa sjedištem u našoj državi može se, pod uvjetima utvrđenima pravilima ZKI-ja, osnovati kao banka, štedna banka ili stambena štedionica.

49 Prema čl. 2. toč. 2. Zakona o elektroničkom novcu, Narodne novine br. 139/10, dalje: ZEN, institucija za elektronički novac jest pravna osoba koja je dobila odobrenje za izdavanje elektroničkog novca. Za izdavatelje elektroničkog novca u našoj državi, v. čl. 4. ZEN.

50 Usp. s čl. 5. toč. 26. ZJP-a, prema kojem je *trgovac* bilo koja osoba koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu u okviru

2.3.2. – Kada se radi o polju primjene Direktive, neizostavno treba upozoriti i na ulogu tzv. *kreditnog posrednika* premda se njegova uloga detaljnije u radu ne analizira⁵¹.

Bitno je kazati da u smislu našeg čl. 2. st. 1. toč. 6. ZPK-a (kao niti čl. 4. toč. 5. Direktive) kreditni posrednik nije vjerovnik. Naime, u navedenoj odredbi ZPK-a kreditni posrednik definira se kao fizička ili pravna osoba koja *nije vjerovnik*, a koja u okviru svoje djelatnosti ili slobodnog zanimanja temeljem punomoći i za naknadu: a) prezentira ili nudi ugovore o kreditu potrošačima, b) provodi druge pripremne radnje za potrošače vezane uz ugovor o kreditu ili c) sklapa ugovore o kreditu s potrošačima u ime vjerovnika.

U smislu čl. 4. toč. 5. Direktive, kreditni posrednik ima suštinski jednak opseg djelovanja no izrijekom se, pored što se određuje da nije vjerovnik, navodi da nije ni javni bilježnik niti osoba koja povezuje potrošača s vjerovnikom odnosno kreditnim posrednikom – izravno ili neizravno.⁵²

Zanimljivo je, a o tome je detaljno bilo riječi u dijelu rada pod 2.2.2.1., da je naš zakonodavac u noveliranoj čl. 19. j ZPK-a predvidio kako su *ništeti* takvi ugovori o kreditu koje je sklopio ne samo vjerovnik koji nema odobrenje za pružanje usluga potrošačkoga kreditiranja, već i kreditni posrednik koji nema dopuštenje za posredovanje pri potrošačkom kreditiranju.

3. POLJE PRIMJENE DIREKTIVE RATIONE MATERIAE

3.1. Općenito

Ako je tako moguće diferencirati za analizu kojom se bavi rad, ovo je posebno zanimljivo poglavlje gdje najprije treba obratiti pozornost na recital (15) preambule Direktive u kojem se navodi cilj Direktive i označuje zahtjevom da se potrošačima u sklapanju ugovora o kreditima koji se odnose na nekretnine osigura visok stupanj zaštite. U tom bi pravcu, prema navedenom recitalu (15) preambule Direktive, Direktivu i njome ustrojen mehanizam zaštite potrošača trebalo primjenjivati na kredite osigurane nekretninom bez obzira na njihovu svrhu.

Ovdje će se iskristalizirati nekoliko važnih pitanja. Općenito bi se moglo reći da su u vezi s *vrstom* stvarnopravnog osiguranja i *vrstom* nekretnine za koje se primjenjuju.

svoje trgovačke, poslovne, obrtničke ili profesionalne djelatnosti, uključujući i osobu koja nastupa u ime ili za račun trgovca.

51 V. detaljno, osobito o primjedbama koje se odnose na nejasnoće u definiranju (prijevodu) u: MIŠĆENIĆ, E., Novo europsko uređenje hipotekarnih kredita, Anali Pravnog fakulteta u Zenici, Zenica, 2014., br. 14., god. 7., str. 124.-127.

52 Usp. s čl. 3. toč. f) Direktive 2008/48/EZ.

3.2. Naznake uz čl. 3. Direktive

3.2.1. – Prema uređenju iz čl. 3. st. 1. Direktive, Direktiva se *primjenjuje* na:

- a) ugovore o kreditu osigurane hipotekom ili nekim drugim sličnim sredstvom osiguranja koji se obično upotrebljava u dotičnoj državi članici za stambenu nekretninu ili osigurane nekim pravom u vezi s tom stambenom nekretninom, i
- b) ugovore o kreditu čiji je cilj steći ili zadržati imovinska prava nad zemljištem ili na postojećoj ili projektiranoj građevini.

3.2.2. – Prema čl. 3. st. 2. Direktive, Direktiva se *ne primjenjuje* na sljedeće ugovore o kreditu:

- a) uz otplatu kredita iz vrijednosti založene nekretnine gdje je vjerovnik, ili: a1) taj koji isplaćuje kredit paušalno, obročnim plaćanjem ili na drugi način u zamjenu za iznos iz buduće prodaje stambene nekretnine ili prava koje se na nju odnosi te gdje vjerovnik: a2) neće tražiti otplatu kredita prije nego se dogodi određeni događaj izuzev povrijedi li potrošač ugovornu obvezu što omogućuje vjerovniku da raskine ugovor o kreditu
- b) koje poslodavac odobrava zaposlenicima kao sekundarnu djelatnost i koji se nudi bez kamata ili po nižoj efektivnoj kamatnoj stopi (EKS) od tržišne i koja se obično ne nudi javnosti
- c) bez kamata i bez ikakvih drugih naknada, osim onih koje služe za naknadu troškova izravno povezanih s osiguranjem kredita
- d) u obliku prekoračenja po računu kada se kredit mora otplatiti u roku od mjesec dana
- e) koji su rezultat nagodbe postignute na sudu ili pred nekim drugim tijelom sa zakonskim ovlastima
- f) koji se odnose na odgođeno plaćanje postojećeg duga, bez naknade, a koji nisu obuhvaćeni toč. a), st. 1., čl. 3. Direktive .

U vezi s mogućnostima *rezerve*, v. čl. 3. st. 3. Direktive prema kojem države članice *moгу odlučiti da neće primjenjivati* određene članke ili Direktivu za pojedine vrste ugovora o kreditu odnosno pod određenim pretpostavkama. Primjerice, na ugovore o kreditu koji se odnose na nekretninu u kojima se predviđa da je potrošač ili član njegove obitelji potrošača ne smije koristiti kao kuću, stan ili drugo boravište, a ona se temeljem ugovora o najmu treba koristiti kao kuća, stan ili drugo boravište (čl. 3. st. 3. toč. b) Direktive). U tom su slučaju, koriste li ovu mogućnost (iz čl. 3. st. 3. toč. b) Direktive), države članice dužne osigurati primjenu odgovarajućeg okvira za ovu vrstu kredita na nacionalnoj razini (čl. 3. st. 4. Direktive).

3.2.3. – Uz citirano pravilo čl. 3. st. 1. Direktive 2014/17/EU u vidu treba imati i recital (18) pream-

bule Direktive 2014/17/EU u kojem stoji kako bi i neosigurani ugovori o kreditu, a čija je glavna svrha obnova stambene nekretnine i koji iznose više od 75 000 eura trebali biti uključeni u područje primjene Direktive 2008/48/EZ radi osiguravanja jednakovrijedne razine zaštite tih potrošača i izbjegavanja bilo kakvih regulatornih praznina između te direktive i Direktive 2014/17/EU – zbog čega valja na odgovarajući način izmijeniti Direktivu 2008/48/EZ. V. dio rada pod. I.3.4.1.

3.3. Posebno o čl. 3. st. 3. toč. e) Direktive

Kontroverzno u odnosu na naše pravo (točnije uz čl. 3. st. 1. toč. g. ZPK-a) može se pokazati uređenje iz čl. 3. st. 3. toč. e) Direktive prema kojem se ona ne primjenjuje na ugovore o kreditu *koji su rezultat nagodbe postignute na sudu ili pred nekim drugim tijelom sa zakonskim ovlastima*. (V. dio rada pod 2.2.1.).

Riječ je o onoj istoj formulaciji koju ima i naš čl. 3. st. 1. toč. g. ZPK-a i uz koju je kreirano stajalište o isključenju pravila ZPK-a radi li se o ugovorima o kreditu sastavljenim u formi javnobilježničke isprave.

No što sada kada i Direktiva (koja se kolokvijalno naziva *Direktivom o hipotekarnim kreditima*) sadrži jednaku rezervu? U kojoj mjeri bi razložno bilo tumačenje (pa u tom kontekstu i čl. 3. st. 1. toč. g. ZPK-a) da Direktiva – prenese li se na *teren* naših nacionalnih propisa – isključuje primjenu svojih pravila na ugovore o kreditu u formi javnobilježničke isprave. Razumnije je stajalište da Direktiva (ne bi trebao ni ZPK) to ne čini.

Posebice, sluteći da je noveliranje ZPK-a (u IV.b. dijelu, čl. 19.j do 19.l ZPK-a) uslijedilo upravo na tragu pojave velikog broja ovršnih postupaka na nekretninama radi prisilnog ostvarenja hipotekarnih kredita u formi javnobilježničke isprave zaključenih s vjerovnicima, čije su ovlasti za takvu vrstu posla problematične.

3.4. Problematika pojmova stambene nekretnine i ugovora o kreditu osiguranih stvarnopravnim osiguranjem u smislu Direktive

3.4.1. Općenito

Kako je *supra* navedeno, sukladno čl. 3. st. 1. Direktive, Direktiva se primjenjuje na:

- a) ugovore o kreditu osigurane hipotekom ili nekim drugim sličnim sredstvom osiguranja koji se obično upotrebljava u dotičnoj državi članici za stambenu nekretninu ili osigurane nekim pravom u vezi

s tom stambenom nekretninom, i

b) ugovore o kreditu čiji je cilj steći ili zadržati imovinska prava nad zemljištem ili na postojećoj ili projektiranoj građevini.

U prvu skupinu ugovora o kreditu (navedenu pod a)) ulaze ugovori o kreditu koji su *osigurani* kojim od stvarnopravnih sredstava osiguranja, u prvom redu založnim pravom, ali i drugim instrumentima stvarnopravnog osiguranja koje se *obično* upotrebljava u državi članici kada se radi o takvim osiguranjima na stambenim nekretninama

U drugoj skupini bili bi, zapravo, *neosigurani krediti* - dakle, takvi krediti čije tražbine nisu osigurane kojim od instrumenata stvarnopravnog osiguranja na stambenoj nekretnini pod pretpostavkom da za svrhu imaju stjecanje ili zadržavanje *imovinskih prava* nad zemljištem ili na postojećoj ili projektiranoj građevini.

To je jasno navedeno u recitalu (18) preambule Direktive i, dapače, određeno kako je u tu skupinu potrebno uključiti i one ugovore o kreditu čija je glavna svrha obnova stambene nekretnine, a čije tražbine iznose više od 75 000,00 eura. Na taj je iznos, naime, bila *limitirana* visina tražbine iz ugovora o kreditu koji je potrošač zaključio s vjerovnikom i koji ugovori o kreditu su ulazili u polje primjene Direktive 2008/48/EZ (na koje se ona primjenjivala).⁵³ U ovom smislu Direktivom su izvršene izmjene.⁵⁴

Izmjene su učinjene na način da je dodan čl. 2.a. Direktive 2008/48/EZ - kojim je polje primjene Direktive 2008/48/EZ prošireno i za ugovore o kreditu većim od 75 000,00 eura tiču li se oni renoviranja stambenih nekretnina. Napominje se da u Direktivi 2008/48/EZ nisu predviđena posebna pravila o prisilnom ostvarenju nenamirenih tražbina.

3.4.2. Stambena nekretnina kao predmet ugovora o kreditu

U samom je nazivu Direktive da se ona tiče stambenih nekretnina (*residential immovable property*), međutim, Direktiva ne sadrži pojmovno određenje stambene nekretnine tako da bi se određivalo što su, odnosno koje bi nekretnine bile obuhvaćene

⁵³ Prema čl. 2. st. 2. toč. c) Direktive 2008/48/EZ u njezino polje primjene ne ulaze ugovori o kreditu koji obuhvaćaju ukupan iznos kredita manji od 200 eura ili viši od 75 000,00 eura.

⁵⁴ V. recital (18) preambule Direktive. U naznačenom smislu *izmijenjen* je čl. 2. st. 2. toč. c) Direktive 2008/48/EZ, zapravo, čl. 46. Direktive intervenirano je u čl. 2. Direktive 2008/48/EZ tako da je dodan čl. 2a. Direktive 2008/48/EZ kojim se određuje: „Neovisno o čl. 2. st. 2., ova se Direktiva primjenjuje na neosigurane ugovore o kreditu čija je svrha renoviranje stambene nekretnine i koji obuhvaćaju ukupan iznos kredita iznad 75 000 eura.”

pojmom stambene nekretnine.

Za razumijevanje pojma stambene nekretnine u smislu Direktive treba u vidu imati više odrednica.

3.4.2.1. – Poopćeno, može se kazati da se stambenim nekretninama smatraju nekretnine u kojima potrošač stanuje odnosno namjerava stanovati.

Usporedbe radi, u hrvatskom pravu, barem kada se stvarnopravnim i zemljišnoknjižnim pravilima definira pojam nekretnine,⁵⁵ ne koristi se funkcionalni kriterij prema kojem bi se razlikovalo nekretnine, ovisno je li riječ o nekretninama koje su namijenjene stanovanju ili ne.⁵⁶ Kriterij za koji se može donekle kazati da odgovara onome koji se tiče funkcije nekretnine može se uočiti u pravilima OZ-a, npr. čl. 75. st. 5., čl. 84.a, čl. 127. OZ-a i dr., pa se sljedeći dikciju čl. 84.a st. 1. OZ-a može reći da hrvatski ovršni zakonodavac apostrofira i u nekim slučajevima predviđa poseban režim za nekretninu u kojoj (ovršnik, dužnik) stanuje i koja je nužna za zadovoljenje njegovih osnovnih stambenih potreba i osoba koje je po zakonu dužan uzdržavati.

Direktiva slijedi potpuno drukčiji uzorak. Iz pravila kojima se u čl. 3. st. 1. Direktive uređuje polje primjene Direktive može se zaključiti da se u smislu Direktive stambenim nekretninama smatraju, pored onih u kojima potrošač stanuje ili to namjerava činiti, pa čak i u slučaju radi li se tek o *projektu* takve nekretnine, odnosno zemljištu koje će služiti u svrhu izgradnje buduće stambene nekretnine - radi li se o ugovoru o kreditu čija je tražbina namijenjena stjecanju ili zadržavanju imovinskih prava na tom zemljištu.

Pogleda li se recital (13) preambule Direktive u svjetlu definiranja *stambenih nekretnina* vidljivo je da autori Direktive osim ekstenzivnog određenja pojma stambene nekretnine predviđaju i primjenu Direktive na tzv. *druge oblike nekretnina*. U navedenom recitalu određuje se da, usprkos tomu što se Direktivom uređuju ugovori o kreditu koji se isključivo ili pretežito odnose na stambene nekretnine time se ne sprječava države članice da prošire mjere poduzete s njom u skladu i na ugovore o kreditu povezane s *drugim oblicima nekretnina* ili da na drugi način reguliraju takve ugovore o kreditu.

U svjetlu ovakvog određenja pojma stambene nekretnine povodom kojih će ugovori o kreditu uživati režim iz Direktive odnose li se na potrošače trebat će vidjeti mogu li opstati naša ovršna pravila poput primjerice onog iz čl. 75. st. 5. OZ-a, koje određuje da se nekretnine za stanovanje ili obav-

⁵⁵ Usp. npr. čl. 2. i 9. ZV-a i čl. 2. ZZK-a.

⁵⁶ V. detaljnije u MIHELČIĆ, G., MAROCHINI, M., Koneksitet ostvarenja vindikacijskog zahtjeva na nekretnini i tzv. prava na poštovanje doma, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 35, br. 1, 2014., str. 167.-168.

ljanje poslovne djelatnosti ne smatraju stvarima koje su nužne za zadovoljavanje osnovnih životnih potreba ovršenika i osoba koje je po zakonu dužan uzdržavati ili za obavljanje samostalne djelatnosti koja je njegov glavni izvor sredstava za život, osim ako zakonom nije drukčije određeno, a što bi dopustilo primjenu režima isključenja odnosno ograničenja ovrhe.

3.4.2.2. – Osim same Direktive koja pokazuje namjeru proširenja pojma stambene nekretnine izvan onih nekretnina koje naše pravo takvima u pojedinim slučajevima smatra, može se razmišljati i skrenuti pozornost i na činjenicu što je u svojoj praksi i Europski sud za zaštitu ljudskih prava (dalje: Europski Sud ili Sud) u kontekstu zaštite prava predviđenih čl. 8 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda⁵⁷ *autonomno* tumačeći pojam doma u svjetlu konvencijskog prava na poštovanje doma,⁵⁸ izrazio stajalište prema kojem se *domom* (a što je drugo stambena nekretnina?) smatraju i *atipične* nekretnine (čak i pokretnine) primjerice, i poslovni prostor (*Niemietz protiv Njemačke*),⁵⁹ sjedište tvrtke, odnosno njene podružnice i druge poslovne prostore (*Societe Colas Est i drugi protiv Francuske*), i sl.⁶⁰

Dakle, prakse oba suda, i Suda EU-a i Europskog suda, svjedoče o primjeni sasvim drugih kriterija od onih koji bi proizlazili iz našeg nacionalnog prava. Barem tiče li se funkcionalnog kriterija vezanog uz nekretnine premda, istini za volju, taj kriterij u hrvatskom pravu i ne postiže kakav poseban režim u vezi s tim svojstvima nekretnine, osim nešto malo radi li se o nekretninama izuzetim od ovrhe odnosno na kojima je ovrha ograničena.

3.4.3. Stvarnopravna osiguranja na stambenim nekretninama

Kako je *supra* navedeno, Direktiva se odnosi na ugovore o kreditu koji su *osigurani* kojim od stvarnopravnih sredstava osiguranja u prvom redu založnim pravom, ali i drugim instrumentima stvarnopravnog osiguranja koje se *obično* upotrebljava u državi članici kada se radi o takvim osiguranjima na stambenim nekretninama.

3.4.3.1. – U samoj Direktivi nema pojmovnog određenja sredstava stvarnopravnog osiguranja u smi-

slu da bi se predvidio sadržaj takvog osiguranja. Dapače, kada se govori o vrsti osiguranja, točnije ugovorima o kreditu osiguranim tim instrumentima, navodi se da se Direktiva primjenjuje radi li se o (u engleskoj verziji teksta) *credit agreements which are secured either by a mortgage or by another comparable security* (čl. 3. st.1. toč. a) Direktive).⁶¹

Posljedica je to složenoga sustava stvarnopravnih osiguranja u državama članicama i mukotrpnog puta na oživotvorenju zamisli o njihovu uskladenju. Svjedoči tome i činjenica što se pravila o stvarnopravnim osiguranjima i ovlasti vjerovnika na namirenje iz predmeta tih osiguranja u Knjizi IX. Nacrta Zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo (*Draft Common Frame of Reference for a European Private Law*, dalje: DCFR)⁶² tiču samo osiguranja *na pokretninama* i prisilnog namirenja tih tražbina.

Pa i ta pravila koja se, ponavljamo, predviđaju samo radi li se o pokretninama kao predmetima osiguranja sadrže gotovo *egzotična* rješenja nesvojstvena pravnim sustavima kontinentalnoga europskoga pravnoga kruga, kako radi li se o sredstvima osiguranja (njihovim vrstama) tako i o uredenju ovlasti na prisilno namirenje. Dobar je primjer predviđanje dužnikova *right of redemption* kao tipične ovlasti kod engleskog *mortgagea*.⁶³

Naravno, ovdje se neće detaljnije analizirati pravila DCFR-a, no ipak će se upotrijebiti određeni smjerkovi jer izgleda da su neka rješenja predviđena u čl. 28. Direktive inspirirana pravilima o prisilnom namirenju iz DCFR-a, a za koja se može reći da su u bitnom sličnija uređenjima iz engleskoga ili angloameričkog prava osobito (npr. *razuman stupanj strpljenja, postizanje najbolje cijene* i sl.), nego onima iz kontinentalnih pravnih sustava uz sve njihove različitosti.⁶⁴ (V. detaljnije dio rada pod. II.).

61 V. SEIN, K., LILLEHOLT, K., Enforcement of Security Rights in Residential Immovable Property and Consumer Protection: An Assessment of Estonian nad Norwegian Law, Oslo Law Review, 2014., Issue 1, str. 21.-22.

62 DCFR (DCFR prema Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, prema revidiranoj verziji VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H. I., BEALE, H., HERRE, J., HUET, J., SCHLECHTRIEM, P., STORME, M. E., SWANN, S., VARUL, P., VENEZIANO, A., ZOLL, F., Principles of European Contract, www.sellier.de

63 V. općenito o problemu harmonizacije u domeni stvarnopravnih osiguranja: STORME, M., E., The Harmonisation of the Law of Personal Security, Juridica International, 2009, vol. XIV, 1, str. 73.-74. <http://www.juridicainternational.eu/>. VON BAR, C., The Launch of the Draft Common Frame of Reference, Juridica International, 2008., vol. XIV, 1., str. 4.-9. <http://www.juridicainternational.eu/>. VON BAR, C., Working Together Toward a Common Frame of Reference, Juridica International, 2005., 1., str. 17.-26. <http://www.juridicainternational.eu/>.

64 Jednako su za rješenjima iz DCFR u radu Enforcement of Security Rights in Residential Immovable Property and Consumer Protection: An Assessment of Estonian nad Norwegian Law "posegnuli" autori Sein i Lilleholt, v. SEIN, K., LILLEHOLT, K., op.

57 Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99. - pročišćeni tekst i 8/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06. i 2/10., dalje: Konvencija.

58 V. detaljno i tamo navedenu praksu Suda u: MIHELČIĆ, G., MAROCHINI, M., op. cit., str. 168.-174.

59 *Niemietz protiv Njemačke*, presuda od 16. 12. 1992., br. 13710/88.

60 *Societe Colas Est i drugi protiv Francuske*, presuda od 16. 12. 2002., br. 37971/97.

3.4.3.2. – Potrebnije je kazati nešto o engleskom nazivu *mortgage* i osiguranju koje se krije iza tog naziva, a zato jer je to važno kada će se Direktiva ticati drugih stvarnopravnih osiguranja na stambenim nekretninama, izuzev hipoteka. Jer, *mortgage*, zapravo nije hipoteka u smislu našeg založnog prava na nekretnini.

Iako nije neuobičajeno *mortgage* razumjeti kao založno pravo na nekretnini – hipoteku, radi se o različitim institutima. *Mortgage* u kompliciranom sustavu stvarnopravnih osiguranja na nekretninama u engleskom pravu ima središnje mjesto i osniva se kao tzv. *legal mortgage* ili *equitable mortgage*.⁶⁵ Sličnost s našom hipotekom proizlazi iz činjenice što se osniva radi osiguranja tražbine (iz zajma)⁶⁶ i ovlašćuje vjerovnika u slučaju nastupi li tzv. *default* dužnika (povreda ugovorne obveze, između ostalog, i zakašnjenje odnosno nenamirenje tražbine) da se namiri iz nekretnine. Međutim, ključno je kod ovog osiguranja što se radi o svojevrsnom prijenosu (*conveyance*) tzv. *legal* ili *equitable interest* s dužnika na vjerovnika u svrhu osiguranja tražbine (skoro o prijenosu prava vlasništva radi osiguranja)⁶⁷, tako da vjerovnik (ovisno o vrsti osiguranja) stječe te ovlasti na nekretnini nasuprot ovlasti dužnika da namiri osiguranu tražbinu u *svako doba nakon dospijeca* i na taj način *otkupi* nekretninu (*right of redeem*).

Ilustracije radi, postoji i tzv. *charge*, kod kojeg, a to je i osnovna razlika, ne dolazi do prijenosa tzv. *legal* ili *equitable interest* s dužnika na vjerovnika, pa se često promatra kao svojevrsni *species*.⁶⁸ Takvo osiguranje vjerovniku na predmetu osiguranja (nekretnini) daje samo one ovlasti koje proizlaze iz osiguranja tražbine, primjerice ovlast na namirenje.⁶⁹ Odnosno, kako najrazumljivije kaže Good, „*mortgage* vjerovniku daje *ius in re sua*, a *charge*

- *ius in re aliena*.“

3.4.3.3. – S druge strane, promatraju li se pravila hrvatskoga prava, treba imati u vidu da se Direktiva ne tiče *svih* hipoteka koje postoje u našem pravu. U prvom redu, Direktiva se ne primjenjuje na založna prava na nekretnini ne radi li se o tzv. stambenim nekretninama.

Osim toga, iako je uobičajeno smatrati hipoteku založnim pravom na nekretnini, to nije potpuno točno. Definirajući hipoteku hrvatski je zakonodavac u čl. 304. ZV-a pod naslovom *Založno pravo kao hipoteka* u st. 1., čl. 304. ZV-a odredio da je hipoteka dobrovoljno založno pravo koje se na stvari osniva bez predaje stvari vjerovniku u posjed i koje ga ne ovlašćuje da drži zalog u posjedu. Nastavno, u čl. 304. st. 2. ZV-a određuje se da je založno pravo na nekretninama moguće osnovati jedino kao hipoteku. Promatraju li se ove dvije odredbe u nužnom slijedu, može se zaključiti kako je moguće da hipoteka kao založno pravo na nekretnini jest dobrovoljno založno pravo, ali i svako drugo založno pravo neovisno na kojem je pravnom temelju nastalo osniva li se na nekretnini. To znači da osim dobrovoljnih založnih prava na nekretninama, hipoteke jesu i druga založna prava na nekretninama, a među njima, nesumnjivo, najzanimljivija i tzv. prisilna (dakle, nedobrovoljna) založna prava koja se osnivaju temeljem rješenja o osiguranju na nekretnini u postupku osiguranja što ga uređuju pravila čl. 295. – 298. OZ-a.

Ostavljajući sa strane pravni temelj na kojem nastaje založno pravo, radi li se o stvarima i subjektivnim imovinskim pravima koja mogu biti predmet zalaganja moguće je založno pravo i to kao hipoteku osnovati ne samo na nekretninama već i na pokretninama i subjektivnim imovinskim pravima. Naime, prema čl. 304. st. 3. ZV-a, na pokretninama i pravima koja se mogu steći jedino upisom u javni upisnik ili se bez upisa ne smiju koristiti, moguće je osnovati hipoteku pod pretpostavkama i na način određen za to zakonom (tzv. registarsko založno pravo ili mobilijarna, besposjedovna hipoteka). Na ovu se hipoteku primjenjuju posebne zakonske odredbe, a podredno – na odgovarajući način odredbe Zakona koje uređuju založno pravo na nekretninama nisu li u suprotnosti s posebnim pravilima ili naravi takve hipoteke (čl. 304. st. 4. ZV-a). Dakle, hrvatsko stvarno pravo hipotekom smatra, zapravo, svako registarsko založno pravo i to neovisno o pravnom temelju na kojem je nastalo kao i to na kojem se predmetu (zalogu) osniva.

Direktiva se primjenjuje samo na ugovore o kreditu osigurane hipotekom – založnim pravom na nekretnini radi li se o stambenoj nekretnini. Na ostale hipoteke odnosno založna prava, posebno ona mobilijarna, Direktiva se ne primjenjuje.

cit., str. 22.

65 HALEY, M., *Land Law, Seventh Edition*, London, Sweet & Maxwell, 2007., str. 101.-103. VON BAR, C., DROBNIG, U., ALPA, G., *The interaction of contract law and tort and property law in Europe: A comparative study*, Sellier (european law publ.), 2004., str. 351.

66 HALEY, M., op. cit., str. 101. MEGARRY, R., THOMPSON, M. P., *Megarry's Manual of the Law of Real Property*, VII izd., London, Sweet&Maxwell, 1993., str. 438. GRAY, K., GRAY, S. F., *Land Law*, 5th ed., Oxford University Press, Oxford, 2007., str. 498.-499.

67 MEGARRY, R., THOMPSON, M. P., op. cit., str. 439. HALEY, M., op. cit., str. 101. GOOD, R., *Legal Problems of Credit and Security*, Sweet & Maxwell, London, 2003., str. 35. Utoliko *mortgage* svojim sadržajem ne odgovara založnom pravu (pa niti hipoteci), budući da vjerovnik postaje tzv. *legal owner*, no ipak se, a iz razloga što dužniku *ostaju* tzv. *equitable interest* i *right of redeem*, u literaturi *mortgage* najčešće dovodi u svezu sa založnim pravom na nekretnini. V. STORME, E. M., *Property law in a Comparative Perspective*, KU Leuven Centre for Advanced Legal Studies, 2004., str. 30.-32., posebno bilješku 31.

68 MEGARRY, R., THOMPSON, M. P., op. cit., str. 439.

69 V. MOKAL, R. J., *Liquidation Expenses and Floating Charges-the Separate Funds Fallacy*, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly (August), [2004]. papers.ssrn.com/sol3/Delivery.../SSRN_ID524022_code327740.pdf?..., str. 4.-6.

Korisno je spomenuti da se, logikom stvari, Direktiva odnosi na ugovore o kreditu čije su tražbine osigurane *dobrovoljnim* hipotekama na stambenim nekretninama, a ne i na hipoteke koje su osnovane za stambenu nekretninu na drukčijem pravnom temelju, primjerice zakonskom ili prisilnom.

3.4.3.4. – Direktiva se primjenjuje i na druga stvarnopravna osiguranja (ugovore o kreditu čije su tražbine njima osigurane) na stambenim nekretninama shvaćenim onako kako to čini Direktiva. Kako je navedeno, u smislu čl. 3. st. 1. Direktive, ona se primjenjuje i na ugovore o kreditu osigurane hipotekom ili nekim drugim *sličnim sredstvom osiguranja* koji se obično upotrebljava u dotičnoj državi članici za stambenu nekretninu. Takvim tzv. sličnim sredstvom osiguranja, u prvom redu, treba smatrati druga stvarnopravna osiguranja kojima je u određenoj državi moguće osigurati tražbinu iz kredita.

U našem pravu primjena Direktive doći će u obzir za ugovore o kreditu osigurane fiducijarnim osiguranjem, dakle sudskim i javnobilježničkim osiguranjem prijenosom prava vlasništva radi osiguranja na stambenoj nekretnini. Pri tomu ne treba zaboraviti čl. 297. st. 2. ZV-a koji predviđa odgovarajuću primjenu svega što je određeno za založno pravo i na prijenos vlasništva radi osiguranja, kao i na svako drugo osiguravanje namirenja tražbine stvarima ili pravima dužnika ili treće osobe, nije li zakonom što drugo određeno.

II. POSEBNA OBILJEŽJA PRISILNOG NAMIRENJA TRAZBINE TEMELJEM ČL. 28. DIREKTIVE

1. Općenito

1.1. – Direktiva predviđa posebna pravila o prisilnom namirenju tražbine iz ugovora o kreditu koji se tiče stambenih nekretnina i ulaze u polje primjene Direktive, a ta se pravila nalaze u čl. 28. Direktive.⁷⁰ Riječ je o samo jednoj odredbi Direktive, no u

⁷⁰ U prijevodu koji se može pronaći na službenim mrežnim stranicama čl. 28. Direktive i naslov iznad njega glase:

„Članak 28.

Dospjele neplaćene obveze i ovršni postupak

1. Države članice donose mjere s ciljem poticanja vjerovnika da pokažu razuman stupanj strpljenja prije pokretanja ovršnog postupka.

2. Države članice mogu odrediti da, ako je vjerovniku dopušteno odrediti i nametnuti potrošaču plaćanje naknada koje proizlaze iz neispunjavanja obveza, te naknade ne smiju biti veće nego što je to potrebno da bi se vjerovnik kompenzirao za troškove koji su nastali kao posljedica neispunjavanja obveza.

3. Države članice mogu dopustiti vjerovnicima nametanje dodatnih naknada potrošačima u slučaju neispunjavanja obveza. U tom slučaju, države članice utvrđuju gornju granicu iznosa tih naknada.

4. Države članice ne sprečavaju stranke ugovora o kreditu da se izričito dogovore da je povrat ili prijenos sredstva osiguranja ili prihoda od prodaje sredstva osiguranja dovoljan za

njoj se predviđaju vrlo zanimljiva rješenja. Težište pravila u čl. 28. Direktive (kao i Direktiva u cijelosti) usmjereno je na osiguranje mehanizama kojim je moguće uspostaviti djelotvoran okvir zaštite potrošača, pa i u slučajevima kada se radi o prisilnom namirenju tražbina iz kredita koji su predmet regulacije Direktive. Taj je cilj jasno formuliran i vidljivo naznačen u recitalu (27) preambule Direktive koji zajedno s čl. 28. Direktive čini logički i normativni okvir o pitanju prisilnog namirenja tražbine iz potrošačkih kredita za stambene nekretnine.

1.2. – Prije nego se o njima više kaže pogledat ćemo rješenja koja su ponuđena DCFR-om. Ova su nam rješenja zanimljiva, kako je istaknuto, stoga što predstavljaju primjer *zajedničkog* uređenja određenih pitanja koja se tiču stvarnopravnih osiguranja tražbina i njihova prisilnog namirenja, što može dobro poslužiti kada se zna koliko su međusobno različita uređenja koje države članice predviđaju svojim nacionalnim propisima.

Ono što se može označiti temeljnim o pitanju prisilnog namirenja tražbina osiguranih stvarnopravnim sredstvima osiguranja, kada se radi o potrošačima, jest da pravila DCFR-a predviđaju za potrošače posebna rješenja i ta su rješenja *stroža* za vjerovnike od onih izvan tog režima.⁷¹ Ponavljamo, rješenja se odnose samo na prisilno namirenje osiguranih tražbina iz pokretnina kao predmeta osiguranja jer u DCFR-u nema pravila o stvarnopravnim osiguranjima na nekretninama.

Usporede li se rješenja iz DCFR-a i ona koja predviđa Direktiva, uočljive su dvije značajne razlike: a) pravila DCFR-a isključuju mogućnost komisionog namirenja iz predmeta osiguranja, dok Direktiva aktualizira takvo namirenje, b) iako su i pravila DCFR-a i pravilo čl. 28. Direktive pod utjecajem rješenja nesvojstvenih onima iz europskoga kontinentalnoga pravnoga kruga taj je utjecaj, sasvim sigurno, snažniji u pravilima DCFR-a nego u čl. 28. Direktive.

1.2.1. – Ono što može pomalo zbuniti kada se radi o čl. 28. Direktive, pa posebno uspoređi li se s pravilima DCFR-a, jest što čl. 28. Direktive govori o *izvansudskom* namirenju (iako se u prijevodu upotrebljava u smislu *ovrhe*), dok DCFR izrijeком određuje kao redovan put prisilnog namirenja –

otplatu kredita.

5. Ako cijena postignuta za nekretninu utječe na iznos koji potrošač duguje, države članice moraju imati postupke ili mjere koji će omogućiti postizanje najbolje cijene za nekretninu koja je predmet ovrhe.

Ako je nakon ovršnog postupka dug i dalje nepodmiren, države članice osiguravaju donošenje mjera s ciljem olakšavanja otplate u svrhu zaštite potrošača.“

⁷¹ Kada se radi o potrošačima i ugovorima o kreditima koji su oni zaključili te prisilnom namirenju osiguranih tražbina tih kredita pravilima DCFR-a ustanovljen je poseban režim - inverzan onome koji se primjenjuje kada se *ne radi* o potrošačima.

onaj putem suda, *sudski*.⁷²

Naime, u verziji na engleskom jeziku naslov iznad čl. 28. Direktive sadrži riječ *foreclosure*, a i inače se, u samoj odredbi, koristi termin *foreclosure proceedings*, što bi više upućivalo na izvansudsko nego sudsko prisilno namirenje osiguranih tražbina. U teoriji je već upozoreno na neprimjerenost tog naziva, pa *Sein* i *Lilleholt* koriste bitno prikladniju inačicu – prisilno namirenje stvarnopravno osiguranih tražbina (naravno, onih kojih se Direktiva tiče).⁷³

Pitanje nije teorijskog značenja jer može rezultirati stajalištem da se pravila čl. 28. Direktive tiču samo postupaka prisilnog namirenja koji se provodi izvansudski (npr. prema našim nacionalnim propisima – prisilnog namirenja fiducijarne tražbine kada se ono ne provodi temeljem pravila o ovrsi na nekretnini) koje ne bi bilo u skladu s ciljem Direktive. Razumno bi bilo odgovor potražiti u cilju i svrsi Direktive (v. npr. recital (27) preambule Direktive), pa zaključiti da se pravila čl. 28. Direktive primjenjuju radi li se i o sudskom i o izvansudskom putu prisilnog namirenja, uz dodatak – ukoliko su njima predviđena rješenja *povoljnija* za potrošača od onih koja se predviđaju nacionalnim pravilima.

Obično se, u praksi Suda EU-a, raspravljaju *obrnute* situacije. Odgovarajući više puta na upite nacionalnih sudova u vezi tumačenja čl. 1. st. 1. Direktive 93/13/EEZ,⁷⁴ kao npr. u predmetu *János István Vizsnyiczai*⁷⁵ i predmetima *Impact*⁷⁶ i *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*,⁷⁷ Sud EU-a naglasio je da se postupovnim pravilima koja uređuju mehanizme, čiji je cilj osigurati zaštitu prava koje pravni subjekti izvode iz pra-

va Unije, ne smiju predviđati nepovoljnija uređenja od onih koja su predviđena za slična sredstva u nacionalnom pravu (načelo ekvivalentnosti) niti u praksi smije biti onemogućeno ili pretjerano otežano korištenje prava koja priznaje pravni poredak Unije (načelo učinkovitosti).⁷⁸

Primjena nacionalnih pravila ispred pravila Direktive, ako su ona povoljnija za potrošača, proizlazila bi i iz same Direktive budući da za je za druga pitanja (izvan kruga onih za koja nije dopušteno drukčije uređenje) državama članicama dopušteno zadržati odnosno predvidjeti *strože* uređenja (v. čl. 2. st. 1. Direktive i recitale (7) i (9) preambule Direktive).

1.2.2. – Što se tiče komisornog namirenja – namirenja samim predmetom osiguranja takva je varijanta pravilima DCFR-a isključena radi li se o tzv. potrošačkim stvarima. I inače, pravila § 7:105 (1) DCFR zabranjuju ugovoriti komisorno namirenje prije nego nastupi *default* dužnika, osim iznimno.⁷⁹ Tzv. *default* dužnika (potrošača) spominje i čl. 28. Direktive. Prema § 1:201 (5) DCFR-a *default* ima ono značenje koje se uz ovaj pojam veže u pravnim sustavima anglo-američkoga pravnoga kruga, može imati značenje kakvo poznajemo i u našem pravu – da je tražbina dospjela, a dužnik je nije namirio ili je nije spreman namiriti, ali i značenje povrede bilo koje druge ugovorne obveze neovisno o tražbini i njezinom dospijeću, ako je tako stipulirano među strankama. Iznimke nisu dopuštene radi li se o namirenju tražbina stvarnopravnih osiguranja u potrošačkim stvarima kada generalno komisorno namirenje nije dopušteno (§ 7:105 (3) DCFR).⁸⁰

Direktiva je, pak, odstupila od zabrane ugovaranja komisornog namirenja, pa ne samo što se ne odnosi restriktivno prema toj mogućnosti nakon što nastupi *default* dužnika, već se čini da nema zapreke ni ugovaranju komisornog namirenja već prilikom samog osnivanja stvarnopravnog osiguranja (čl. 28. st. 4. Direktive, v. dio rada pod II. 4.).

1.2.3. – Pravila DCFR-a znatno su, a sama Direktiva odnosno njena pravila u manjoj su mjeri, pod utjecajem uređenja koja su insignifikantna onima iz europskoga kontinentalnoga pravnoga kruga (primjerice, u § 7:106 DCFR predviđen je institut *dužnikova right of redemption*, predviđa se tzv. *notice to consumer*,⁸¹ i sl.).

72 Naime, redovnim se putem prisilnog namirenja stvarnopravno osiguranih tražbina u smislu DCFR-a može označiti izvansudsko namirenje (*extra-judicial enforcement*) i prisilno namirenje putem suda (*enforced by a court or other competent authority*) predviđeno je samo u slučaju kada su stranke to izrijekom ugovorile (§ 7:103 DCFR). Utoliko je zanimljivo da je mehanizam zaštite potrošača, koji je očitno snažno obilježio pravila DCFR-a, rezultira uređenjem prema kojem je u tzv. potrošačkim stvarima sudsko prisilno namirenje redovan put, a izvansudsko se namirenje provodi samo ako je tako ugovoreno i postoje li još neke pretpostavke (§ 7:103 (2) DCFR). Posebnost postoji radi li se o pridržaju prava vlasništva odnosno kada je riječ o tražbinama koje su osigurane tim sredstvom osiguranja. Naime, i kada je riječ o potrošačkim stvarima, strankama nije dopušteno isključiti izvansudsko namirenje radi li se o tražbini osiguranoj pridržajem prava vlasništva (§ 7:103 (3) DCFR).

73 V. SEIN, K., LILLEHOLT, K., op. cit., str. 22.

74 Tim je pravilom ciljem Direktive 93/13/EEZ označeno uskladjivanje zakona i drugih nacionalnih propisa država članica u odnosu na tzv. *nepoštene odredbe* u ugovorima između prodavatelja robe ili pružatelja usluga i potrošača.

75 Presuda *Nóra Baczó i János István Vizsnyiczai*, dalje: *Baczó i Vizsnyiczai*, C-567/13, ECLI:EU:C:2015:88.

76 Presuda *Impact*, dalje: *Impact*, C-268/06, ECLI:EU:C:2008:223, t. 46. i tamo navedena sudska praksa, cit. prema: *Baczó i Vizsnyiczai*, EU:C:2015:88, t. 42.

77 Presuda *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, dalje: *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, C-413/12, ECLI:EU:C:2013:800, t. 30. cit. prema: *Baczó i Vizsnyiczai*, EU:C:2015:88, t. 42.

78 Presuda *Baczó i Vizsnyiczai*, EU:C:2015:88, t. 42.

79 Izuzeci postoje kad je: a) riječ o takvom predmetu osiguranja koji ima burzovnu ili cijenu na organiziranom tržištu (§ 7:105 (2) (a) DCFR), ili b) u slučaju kada su se stranke sporazumjele o objektivnom (relevantnom) načinu utvrđenja tržišne cijene predmeta osiguranja (§ 7:105 (2) (b) DCFR).

80 Kada je i dopušteno komisorno namirenje vjerovnik je dužan dužniku vratiti *hyperochu*, odnosno ovlašten je, ne uspije li namirenje iz predmeta osiguranja (pokretnine) nenamireni dio tražbine namiriti iz preostale imovine dužnika (§ 7:105 (4) DCFR). Prema § 7:105 (5) DCFR, komisorno namirenje nije dopušteno ugovoriti kod pridržaja prava vlasništva.

81 Za sadržaj obavijesti v. IX. - 7:107 DCFR.

S druge strane, polazeći od zamisli o primjeni pravila čl. 28. Direktive i na *sudske* (dakle, ovršne) i na izvansudske postupke prisilnog namirenja (posebno kada se kreira praksa Suda EU-a), za očekivati je intervencije u nacionalna pravila usprkos načelno proklamiranoj autonomiji država članica u preskripciji nacionalnih ovršnih procesnih pravila.

Sud EU-a već je više puta, zapravo, konfrontirao načelo procesne autonomije (premda se najčešće koristi ogradom u smislu da *ne dira* u to načelo) kada se ono suprotstavlja načelima ekvivalentnosti i učinkovitosti.⁸² Tako je španjolski zakonodavac, od predmeta *Aziz*⁸³ donio već treću generaciju ovršnih pravila, sve u cilju harmonizacije nacionalnih pravila s pravilima Direktive 93/13/EEZ. U presudi Suda EU-a u spojenim predmetima *Unicaja Banco i Caixabank*⁸⁴ detaljno su prikazane promjene koje je za španjolsko zakonodavstvo postigao predmet *Aziz*. Druga je strana medalje da su se i nova rješenja već našla pred Sudom EU-a i da su i u njima nadene povrede.⁸⁵

Moguće je da su autorima DCFR-a intervencije u nacionalna pravila manje bile na umu (v. § 7:217 (1) DCFR koji određuje da se prisilno namirenje koje se provodi sudskim putem ili putem drugog nadležnog tijela ostvaruje sukladno nacionalnim pravilima). S tim, a to ih značajno približava već opisanima iako iz perspektive vjerovnika, da je vjerovnik ovlašten od suda ili drugog tijela koje provodi prisilno namirenje zahtijevati zaštitu bilo kojeg prava (ovlasti) koje se u vezi s prisilnim namirenjem predviđaju DCFR-om.

Iako je na općenitoj razini moguće zaključiti da je pravilo iz čl. 28. Direktive pod manjim utjecajima uredenja iz engleskoga (škotskoga) i npr. federalnoga američkog prava, dva su instituta u čl. 28. Direktive tipični upravo za te pravne sustave: tzv. *reasonable forbearance* i *best efforts price* o kojim se nastavno govori. Nakon toga pogledat će se kako su autori Direktive zamislili komisorno namirenje.

2. TZV. REASONABLE FORBEARANCE

Direktiva (čl. 28. st. 1. Direktive) traži od vjerovnika da prije pokretanja postupka prisilnog namirenja prema dužniku postupaa s *reasonable forbearance*

(što se prevodi kao *razuman stupanj strpljenja*), točnije čl. 28. st. 1. Direktive obvezane su države članice donijeti mjere kako bi potaknule vjerovnike prije pokretanja ovršnog postupka da pokažu razuman stupanj strpljenja.⁸⁶ Kakve bi to bile *mjere* u cilju poticanja vjerovnika, teško je reći. Odgovor se može neizravno tražiti u praksi koja je prema Sudu EU-a kreirana uz tzv. nepoštene ugovorne odredbe u implementaciji Direktive 93/13/EEZ.

Reasonable forbearance, a u biti zapravo, *sporazumi* s takvim smislom postoje u sustavima u kojima se prisilno namirenje stvarnopravnih tražbina, posebice kod nekretnina, u pravilu provodi kao izvansudsko. Njima vjerovnik i dužnik ugovaraju određene kondicije u cilju poboljšanje pravnog položaj dužnika, a najčešće tako što se vjerovnik obvezuje za određeno vrijeme *ne aktivirati* postupak prisilnog namirenja (za koji, zapravo, postoje pretpostavke), kako bi se dužniku omogućilo da *stane na noge* (npr. *Bank of America* nudi razdoblje od šest mjeseci).⁸⁷

U određenoj mjeri moguću adaptabilnost našem sustavu moguće je promatrati s obzirom na tzv. akceleracijske klauzule koje se u jednoj inačici pojavljuju kao ugovorna stipulacija kojom se određuje kako osigurana tražbina dospijeva u cijelosti, a s njom i mehanizmi prisilnog namirenja osigurane tražbine, primjerice, ne namiri li potrošač (dužnik) određeni broj anuiteta, a koje su već s uspjehom problematizirane pred Sudom EU-a u predmetu *Aziz*.

Baveći se ovim pitanjem, Sud EU-a preispitivao je njihov legitimitet i naglasio kako treba voditi računa radi li se o bitnom sastojku ugovora i na koji se način povreda odražava na cjelokupni ugovorni odnos, polazeći od zahtjeva za očuvanjem ugovorne ravnoteže.

Sud EU-a polazi od pretpostavke o potrošaču kao slabijoj ugovornoj strani, što je izrazio u više odluka (predmetu *Aziz* te u predmetima *Barclays Bank i Morcillo i García*)⁸⁸ dajući tumačenje čl. 6. st. 1. Direktive 93/13/EEZ koji određuje kako *nepoštene*

⁸⁶ *Member States shall adopt measures to encourage creditors to exercise reasonable forbearance before foreclosure proceedings are initiated.*

⁸⁷ Reklo bi se da je u pitanju snažniji zahtjev od onog koji primjerice postavlja DCFR kada traži da vjerovnik prilikom ostvarenja ovlasti na namirenje postupaa na trgovački razuman način (*commercially reasonable way*, § 7:103 (3) DCFR), kao i instrumenti kojima se inače zahtijevaju *različite vrste razumnosti* (primjerice, u § 9, dijela 6. *Uniform Commercial Code - commercial reasonableness* ili *reasonable care* u engleskom pravu). Prema § 7:104 DCFR, dužnik i treće osobe, čija su prava povrijeđena vjerovnikovim ponašanjem protivnim ovom zahtjevu, mogu tražiti da sud zabrani takvo postupanje odnosno ostvarivati naknadu štete prouzročene takvim postupanjem (§ 7:104 DCFR). Vidjet će se kasnije da Sud EU-a mogućnost podnošenja odštetnog zahtjeva ne drži djelotvornim sredstvom protiv nepoštenih ugovornih odredbi.

⁸⁸ Presude *Barclays Bank SA*, dalje: *Barclays Bank*, C-280/13, ECLI:EU:C:2014:279, t. 32. i *Aziz*, EU:C:2013:164, t. 44., cit. prema presudi *Morcillo i García*, EU:C:2014:2099, t. 22.

⁸² Presuda *Baccó i Vizsnyiczai*, EU:C:2015:88, t. 42., Presuda *Juan Carlos Sánchez Morcillo i María del Carmen Abril García*, dalje: *Morcillo i García*, C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099, t. 31. i dr.

⁸³ Presuda *Mohamed Aziz*, dalje: *Aziz*, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164.

⁸⁴ Presuda *Unicaja Banco SA i Caixabank SA*, dalje: *Unicaja Banco i Caixabank*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 i C-487/13, ECLI:EU:C:2015:21, t. 12.-17.

⁸⁵ V. presudu *Morcillo i García*, EU:C:2014:2099.

ugovorne odredbe nisu obvezujuće za potrošača. Mehanizmi zaštite predviđeni Direktivom 93/13/EEZ imaju za cilj uspostaviti narušenu ugovornu ravnotežu između prava i obveza ugovornih strana⁸⁹ i u tom smislu postoji dužnost nacionalnog suda ocijeniti je li problematizirana ugovorna odredba (koja ulazi u područje primjene Direktive 93/13/EEZ) nepoštena kako bi bile uklonjene posljedice koje takva odredba ostvaruje za ugovornu ravnotežu.^{90 91} Sve ovo može se ostvariti jedino postoje li u državama članicama odgovarajući instrumenti, odnosno u slučaju da su nacionalni propisi usklađeni s Direktivom 93/13/EEZ

U predmetu *Aziz* Sud EU-a je utvrdio da su španjolski nacionalni propisi protivni Direktivi 93/13/EEZ. Hipoteza o njihovoj neusklađenosti temelji se na zaključku da ne predviđaju instrumente kojim bi se omogućilo ovršeniku da u ovršnom postupku od suda traži da ispita legitimitet određene ugovorne odredbe sadržane u ovršnom naslovu, jednako kao što ne predviđaju niti djelotvorne mehanizme kojima bi sud u tom slučaju utjecao na provedbu ovrhe.⁹²

U suštini se radi, i to je supstancijalno, da Sud EU-a smatra kako nacionalnom sudu mora biti moguće ispitati ugovorne odredbe sadržane u javnobilježničkoj ispravi temeljem koje se kao *ovršne* isprave podobne za ovrhu provodi ovrha na nekretnini.⁹³

Sljedeći zahtjev iskristaliziran u predmetu *Aziz* posljedica je stajališta Suda EU-a da su protivna

89 Presuda *Banco Español de Crédito SA*, dalje: *Banco Español de Crédito*, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, t. 40. i u njoj citirana praksa i presuda *Morcillo i García*, EU:C:2014:2099, t. 23., cit. prema: presudi *Morcillo i García*, EU:C:2014:2099, t. 23.

90 Presude *Aziz*, EU:C:2013:164, t. 46. i *Barclays Bank*, EU:C:2014:279, t. 34., cit. prema: presudi *Morcillo i García*, EU:C:2014:2099, t. 24.

91 Vrlo je zanimljivo stajalište Suda EU-a, iskazanu u predmetu *Barclays Bank SA*, prema kojem je za primjenu mehanizama Direktive 93/13/EEZ i načela prava Unije, koja se odnose na zaštitu potrošača, potrebno da je ugovornom odredbom izmijenjen doseg ili područje primjene zakonski i podzakonski pravila država članica. Zato je izostala ocjena španjolskih pravila kojima je ovrhovoditelj ovlašten, za slučaj bezuspješne ovršne prodaje nekretnine, tražiti da mu se nekretnina dosudi za iznos 50 % njezine procijenjene vrijednosti, s tim da je razliku do punog namirenja ovlašten namirivati iz preostale imovine dužnika (španjolska pravila predviđaju mogućnost da se ugovori da će ostvarena kupovna dostajati za cjelokupno namirenje), a u svjetlu još jedne ovlasti – naime, vjerovnik u slučaju da založena nekretnina izgubi 20 % procijenjene vrijednosti može zatražiti novu procjenu. Za španjolska pravila, v. presudu *Barclays Bank SA*, EU:C:2014:279., t. 8.-17.

92 Presuda *Aziz*, EU:C:2013:164, t. 64.

93 Španjolski je zakonodavac nakon presude Suda EU-a u predmetu *Aziz* izmijenio svoje zakonodavstvo tako da je kao žalbeni razlog uveo i postojanje nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnom naslovu. U presudi Suda EU-a u spojenim predmetima *Unicaja Banco SA*, dalje: *Unicaja Banco*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 i C-487/13, ECLI:EU:C:2015:21, t. 12.-17. detaljno su prikazane promjene koje je po španjolsko zakonodavstvo postiglo polučio predmet *Aziz* (t. 12. do 17.). Posebna je priča da su se i nova rješenja već našla pred Sudom EU-a i da su i u njima nađene povrede. V. presudu *Morcillo i García*, EU:C:2014:2099.

mehanizmima Direktive 93/13/EEZ takva nacionalna pravila koja ne predviđaju instrumente kojima bi sud utjecao na provedbu ovrhe na nekretnini za vrijeme dok se ne donese odluka o legitimitetu određene ugovorne odredbe sadržane u ovršnoj ispravi.⁹⁴ Osim što se traži da su nacionalnim propisima takvi instrumenti predviđeni, postoji i zahtjev u pravcu njihove *učinkovitosti*. Kako je već rečeno, Španjolci su mijenjali nacionalne propise i to vrlo *široko*, mijenjajući neka pravila koja su uređivala zaštitu potrošača, zatim pravila Zakona o parničnom postupku te Zakona o hipoteci i to u dva smjera: a) ograničenja kamate na maksimalnu visinu kada se radi o hipotekarnim kreditima za stambene nekretnine (jer se i tim pitanjem Sud EU-a bavio u predmetu *Aziz*, v. čl. 11.b *et seq.* ZPK) i predviđanjem nove žalbene osnove protiv rješenja o ovrsi (koja izgleda nema *pandan* u našim ovršnim pravilima).

Vrlo je zanimljivo na koji je način u predmetu *Morcillo i García* Sud EU-a doveo u korelaciju tri važna segmenta prisilnog namirenja hipotekarne tražbine: ovršnost i podobnost za ovrhu javnobilježničke isprave kao ovršnog naslova, specifičnost ovršnog postupka na nekretnini radi li se o nekretnini u kojoj ovršenik stanuje i učinkovitost odštetnog zahtjeva kao instrumenta za uklanjanje povreda u slučaju postojanja nepoštenih ugovornih odredbi, a sve to i u kontekstu odgode ovrhe. Polazeći od činjenice da provedba ovrhe na nekretnini *de facto* rezultira iseljenjem ovršenika i da naknada štete nema restitucijski karakter – ovršenik ne ostvaruje povrat u prijašnje stanje koje je postojalo prije ovršnog iseljenja, zaključak je Suda EU-a da se pravom na podizanje odštetnog zahtjeva potrošaču ne pruža potpunu i dostatna zaštita odnosno da on ne predstavlja djelotvorno sredstvo u smislu čl. 7. st. 1. Direktive 93/13/EEZ.⁹⁵

3. TZV. BEST EFFORTS PRICE

Vrlo zanimljiv zahtjev onaj je iz čl. 28. st. 5. al. 1. Direktive prema kojem su države članice, u slučaju utječe li cijena postignuta za nekretninu na dugovanje potrošača, dužne osigurati postupke ili mjere koji će omogućiti postizanje *najbolje cijene*.⁹⁶

Kao mali putokaz u definiranju pojma najbolje cijene (ostavljajući sa strane pitanje radi li se o utvrđenoj vrijednosti ili ostvarenoj kupovini ili o obje, a najprije je da se radi i o jednoj i o drugoj) može poslužiti zahtjev iz DCFR-a kod izvansudske pro-

94 Presuda *Aziz*, EU:C:2013:164, t. 60., 64.

95 Presuda *Morcillo i García*, EU:C:2014:2099, t. 51.

96 *Where the price obtained for the immovable property affects the amount owed by the consumer Member States shall have procedures or measures to enable the best efforts price for the foreclosed immovable property to be obtained.*

daje prema kojem u postupku (bilo na javnoj ili privatnoj dražbi ili na koji drugi način na koji se namirenje poduzima) treba ostvariti *trgovački* razumnu cijenu (*commercially reasonable price*). Prema § 7:212 DCFR, takva je ona *priznata na tržištu* dostupnom vjerovniku odnosno ona koja odgovara tržišnoj cijeni u trenutku prodaje s obzirom na bilo koju posebnu značajku opterećenog predmeta osiguranja.

U vezi s ovim zahtjevom zanimljiva su dva gledišta. Prvo koje ovisi o tome ima li ostvarena kupovna kakva utjecaja na dug potrošača, odnosno kakav je režim u državi članici predviđen ostane li nakon prisilne prodaje predmeta osiguranja osigurana tražbina u dijelu nenamirena.

Hrvatsko pravo ima dva različita režima koji uređuju ovo pitanje. Jedan je predviđen kod hipotekarnog osiguranja (i općenito radi li se o založnopravnom osiguranju), a drugi kada je riječ o prisilnom namirenju tražbina osiguranih prijenosom prava vlasništva na stvari odnosno prijenosom prava. Najopćenitije bi se moglo odgovoriti da kada se radi o založnom pravu ostvarena kupovna utječe na dugovanje, a kod fiducijarnog osiguranja, u pravilu i načelno, *ne*.

Naime, prema pravilima čl. 336. ZV (v. st. 5., čl. 336. ZV-a), ako nakon prisilnog namirenja prodajom zalogu založni vjerovnik ostane nenamiren slobodno mu je za nenamireni dio svoje založne tražbine zahtijevati prisilno namirenje iz preostale imovine svoga osobnog dužnika sve dok se ne namiri u cijelosti (takvo namirenje može tražiti i istodobno ocjeni li da kupovna neće dostajati za namirenje založne tražbine u cijelosti). Jedino što u takvim postupcima prisilnog namirenja (kada se namiruje iz preostale imovine) nema više ulogu stvarnopravnog vjerovnika i prednosti koje mu taj položaj nosi.

Suprotno, pravilo iz čl. 322. OZ-a izričito određuje da se prodajom i ostvarenom kupovinom fiducijar smatra u cijelosti namirenim (za iznos glavnice osigurane tražbine i sporednih tražbina), a jednako je i u slučaju da se prisilno namirenje ostvaruje tako da fiducijar postane tzv. punopravni vlasnik predmeta osiguranja.

Drugo zanimljivo gledište tiče se same *najbolje cijene* i suditi je da su autori Direktive na umu imali *kupovninu* i mjere i postupke kojima bi se osiguralo da bude što veća, a ne zahtjev za utvrđivanje vrijednosti nekretnine u najboljem smislu, premda bi takav zahtjev logikom stvari bio uključen u zahtjev ostvarenja najbolje kupovnine.⁹⁷ U našem ovršnom sustavu radi li se o namirenju iz zalogu, a

i onda kada se namirenje iz predmeta fiducijarnog osiguranja provodi po ovršnim pravilima, za sada se taj zahtjev provodi s dva instrumenta. Prvo, zakonodavac određuje da se npr. nekretnina ne može prodati ispod 4/5 njezine vrijednosti (čl. 102. OZ-a), a kao drugo – predviđa se prodaja elektroničkom javnom dražbom i s tim u vezi mehanizmi oglašavanja prodaje na mrežnim stranicama (čl. 97. *et seq.* OZ-a).

Za napomenuti je da se u st. 4., čl. 28. Direktive predviđa i inačica da stranke ugovore kako će se iznos ostvarene kupovnine (neovisno o njenoj visini) smatrati dovoljnim za namirenje, tj. da će ostvarena kupovna dostajati za namirenje glavnice osigurane tražbine i pripadajućih sporednih tražbina (o ovom više u dijelu pod II. 4.).

4. NOVO RUHO KOMISORNE KLAUZULE

Najveći bi potres u našem uređenju mogao izazvati st. 4., čl. 28. Direktive koji, u suštini, dopušta da stranke ugovore kako će se prisilno namirenje moći ostvariti i povratom odnosno prijenosom sredstva osiguranja.⁹⁸

Naime, u čl. 307. st. 4. ZV-a strankama založnog ugovora izričito je zabranjeno ugovoriti da će zalog prijeći u vjerovnikovo vlasništvo, ako dug ne bi bio plaćen u određeno vrijeme i takva je odredba ništetna. Na tragu uređenja iz čl. 28. st. 4. Direktive ovu odredbu će trebati konfigurirati tako da se stranke mogu sporazumjeti da se prisilno namirenje (naravno, kada se za njega steknu pretpostavke) može ostvariti na način da vjerovnik stekne vlasništvo na zalogu. To se posebno odnosi radi li se o stambenim nekretninama u ingerenciji Direktive, jer nisu dovoljne dosadašnje propulzije komisorne klauzule koje su se vezale uz mogućnost ugovaranja komisornog namirenja kod prisilnog namirenja iz pokretnina i zamjena ispunjenja iz čl. 167. ZOO-a.

Predviđena je i mogućnost posebnog ugovaranja inačice da će ostvarena kupovna dostajati za namirenje osigurane tražbine u cijelosti što, za sada, pravila o namirenju založne tražbine ne predviđaju. Model koji se u našem pravu predviđa radi li se o fiducijarnoj tražbini izgleda povoljniji za položaj fiducijanta, budući da se predmnijeva temeljem zakonske odredbe čl. 322. OZ-a da je dugovana fiducijarna tražbina namirena u cijelosti.

Sve u svemu, ne osiguraju li se mehanizmi kojima će se pitanje namirenja osigurane tražbine u cijelosti riješiti u komisornoj inačici ili tako da kupovni-

⁹⁷ Usp. i v. da se u recitalu (26) preambule Direktive operira i sa zahtjevom za optimalnim modelom utvrđenja vrijednosti nekretnine.

⁹⁸ *Member States shall not prevent the parties to a credit agreement from expressly agreeing that return or transfer to the creditor of the security or proceeds from the sale of the security is sufficient to repay the credit.*

na neovisno o njezinoj visini dostaje za namirenje, Direktiva u čl. 28. st. 5. predviđa i obvezu država članica da, ostane li nakon provođenja postupka prisilnog namirenja iz predmeta osiguranja, osigurana tražbina i dalje nenamirena, donesu mjere s ciljem olakšanja namirenja u svrhu zaštite potrošača.⁹⁹

99 *Where after foreclosure proceedings outstanding debt remains, Member States shall ensure that measures to facilitate repayment in order to protect consumers are put in place.*

