



## VS00012739

**Vlagatelj:** VSM Sklep Ip 138/2018

**Datum:** 06.06.2018

**Senat/sod. posam.:** Metka Jug (preds.), Janica Gajšek Rojs (poroč.), mag. Karolina Peserl

**Področje:** IZVRŠILNO PRAVO - PRAVO EVROPSKE UNIJE - PREDHODNO ODLOČANJE SEU - VARSTVO POTROŠNIKOV

**Institut:** predhodno vprašanje Sodišču Evropske unije - izvršilni postopek - izvršba na podlagi neposredno izvršljivega notarskega zapisa - notarski zapis kot izvršilni naslov - potrošniški kredit - soglasje k neposredni izvršljivosti kot procesna dispozicija - dolgoročni kredit v CHF - valutno tveganje - Direktiva Sveta 93/13/EGS - nepošteni pogodbeni pogoji - načelo učinkovitosti prava EU - načelo formalne legalitete - odlog izvršbe na predlog dolžnika - tožba za ugotovitev ničnosti pogodbe - nedopustna razpolaganja - kršitev prisilnih predpisov - preizkus po uradni dolžnosti

**Zveza:** člen 3, 3/1, 4, 471, 5, 6, 671, 7, 7/1, ZS člen 113a, 113a/1, 113a/3, člen 267, ZIZ člen 17, 17/1, 17/2, 55, 55/1, 55/1-2, 55/2, 71, 71/1, ZPP člen 3, 3/3, 3/3-1, ZN člen 4, ZBPP člen 8, ZVPot člen 23, 23/1, 23/2, 24, 24/1



### IZREK:

I. Sodišču Evropske Unije se odstopi v odločitev naslednje vprašanje:

Ali je ob upoštevanju načela učinkovitosti prava EU Direktivo Sveta 93/13/EGS pravilno razlagati tako, da mora izvršilno sodišče v izvršilnem postopku po uradni dolžnosti zavrniti izvršbo glede nedopustnega (nepoštenega) pogoja, zajetega v neposredno izvršljivem notarskem zapisu (izvršilnem naslovu), v primeru kot je obravnavani, v katerem procesna ureditev države članice sodišču ne daje učinkovite možnosti, da prekine oziroma odloži izvršbo (na dolžnikov predlog ali po uradni dolžnosti) do končne vsebinske odločitve o nedopustnosti pogoja v pravnem postopku, ki ga sproži dolžnik potrošnik.

II. Postopek se prekine do prejema predhodne odločbe Sodišča Evropske Unije.

### BESEDILO:

1. Višje sodišče meni, da je njegova odločitev v obravnavani zadevi odvisna od rešitve predhodnega vprašanja glede razlage prava Evropske Unije, zato je na podlagi določil prvega in tretjega odstavka 113.a člena Zakona o sodiščih (ZS) in 267. člena Pogodbe o delovanju Evropske Unije (PDEU) postopek prekinilo in odstopilo vprašanje v odločitev Sodišču Evropske Unije (v nadaljevanju Sodišče EU).

### Povzetek predmeta postopka, odločilnih dejstev in navedb strank

2. V obravnavani izvršilni zadevi je banka kot upnica zoper potrošnika kot dolžnika predlagala izvršbo kreditne obveznosti (stanovanjskega kredita) na podlagi neposredno izvršljivega notarskega zapisa hipotekarne kreditne pogodbe. Kreditna obveznost je bila vezana na tujo valuto švicarski frank (CHF), dolžnika pa sta jo bila obvezana plačati v obrokih v domači valuti (EUR) po referenčnem tečaju Evropske centralne banke na dan plačila. Obrestovanje je bilo vezano na referenčno obrestno mero šestmesečni CHF LIBOR.

3. Sodišče prve stopnje je dovolilo predlagano izvršbo na nepremičnine, premičnine, plačo in denarna sredstva pri organizaciji za plačilni promet za skupni znesek 128.765,66 EUR s pripadki, dolžnika pa sta v laičnem ugovoru zoper sklep o izvršbi v bistvenem navedla, da ju banka ni ustrezno opozorila na valutno tveganje, zaradi česar sta sklenila nepošteno pogodbo, po kateri sta sedaj dolžna vrniti občutno višjo vrednost kredita, kot sta jo s strani banke prejela. Menila sta, da gre za neenakovreden položaj strank, v katerem dolžnika kljub rednemu plačevanju kredita ne moreta v celoti poplačati kredita, saj se je ta povsem nesorazmerno povečal zaradi občutne spremembe menjalnega tečaja. Predlagala sta postavitev izvedenca finančne stroke. Banka upnica je v odgovoru na ugovor navedla, da ni imela vpliva na spremembo tečaja valut, da pa sta dolžnika na pogodbo prostovoljno pristala in ju zato zavezuje. Banka je tudi navedla, da je o valutnem tveganju dolžnika seznanila, kar potrjuje podpisana izjava, ki jo je predložila v postopku. Poudarila je, da je bil eden od dolžnikov bančni uslužbenec.

4. Sodišče prve stopnje je ugovor dolžnikov zavrnilo, pri tem pa v bistvenem pojasnilo, da dolžnika morata izpolniti obveznost, kot izhaja iz notarskega zapisa, pri čemer ni pomembno, ali je banka dolžnika ustrezno opozorila na valutno tveganje. Pri tem je dodalo, da nenazadnje opozorilo o tveganju izhaja iz predložene izjave, eden od dolžnikov pa je bil bančni uslužbenec.

5. V laični pritožbi se dolžnika v bistvenem zavzemata za razveljavitev izpodbijanega sklepa in vrnitev zadeve v nov postopek, ker je sodišče prve stopnje napačno ocenilo njun ugovor kot neustrezen in pri tem posplošeno zavrnilo njun predlog po postavitvi izvedenca finančne stroke. Upnica v odgovoru na pritožbo v bistvenem meni, da obstoj izvršilnega naslova ni sporen, zato mu je sodišče prve stopnje pravilno sledilo in dovolilo predlagano izvršbo. Meni, da postavitev izvedenca finančne stroke ni bila potrebna.

## Pravni okvir

### 6. Pravo EU

Člen 3(1) Direktive Sveta 93/13/EGS (v nadaljevanju Direktiva 93/13) določa: "Pogodbeni pogoji, o katerem se stranki nista dogovorili posamično, velja za nedovoljenega (nepoštenega), če v nasprotju z zahtevo dobre vere v škodo potrošnika povzroči znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank."

Člen 4(1) Direktive 93/13 določa: "Ocena nedovoljenosti pogojev ne sme biti povezana niti z opredelitvijo glavnega predmeta pogodbe niti z ustreznostjo med ceno in plačilom za izmenjane storitve ali blago, če so pogoji v jasnem, razumljivem jeziku."

Člen 5 Direktive 93/13 določa: "Pri pogodbah, v katerih so vsi ali nekateri pogodbeni pogoji, ki so ponujeni potrošniku, pisni, morajo biti ti pogoji vedno sestavljeni v jasnem, razumljivem jeziku."

Člen 6(1) Direktive 93/13 določa: "Države članice določijo, da nedovoljeni pogoji, uporabljeni v pogodbi, ki jo s potrošnikom sklene prodajalec ali ponudnik, kakor je določeno z nacionalnim pravom, niso zavezujoči za potrošnika in da pogodba še naprej zavezuje obe stranki na podlagi teh pogojev, če je nadaljnji obstoj mogoč brez nedovoljenih pogojev."

Člen 7(1) Direktive 93/13 določa: "Države članice zagotovijo, da v interesu potrošnikov in konkurentov obstajajo ustrezna in učinkovita sredstva za preprečevanje nadaljnje uporabe nedovoljenih pogojev v pogodbah, ki jih s potrošniki sklenejo prodajalci ali ponudniki."

### 7. Slovensko pravo

Prvi odstavek 17. člena Zakona o izvršbi in zavarovanju (v nadaljevanju ZIZ) določa: "Sodišče dovoli izvršbo na podlagi izvršilnega naslova."

Drugi odstavek 17. člena ZIZ določa: "Izvršilni naslovi so: izvršljiva sodna odločba in sodna poravnava, izvršljiv notarski zapis, druga izvršljiva odločba ali listina, za katero zakon, ratificirana in objavljena mednarodna pogodba ali pravni akt Evropske unije, ki se v Republiki Sloveniji uporablja neposredno, določa, da je izvršilni naslov."

Člen 4 Zakona o notariatu (v nadaljevanju ZN) določa: "Notarski zapis, v katerem je določena obveznost nekaj dati, storiti, opustiti ali trpeti, glede katere je dovoljena poravnava, je izvršilni naslov, če zavezanec soglasje za njegovo neposredno izvršljivost izjavi v istem ali posebnem notarskem zapisu in če je terjatev zapadla."

Prva točka tretjega odstavka 3. člena Zakona o pravnem postopku (v nadaljevanju ZPP) določa: "Sodišče ne prizna razpolaganja strank, ki nasprotuje prisilnim predpisom." (Določilo se nanaša na procesna razpolaganja.) To določilo se smiselno uporablja tudi za izvršilni postopek (15. člen ZIZ).

Prvi odstavek 55. člena ZIZ določa: "Ugovor zoper sklep o izvršbi je mogoče vložiti iz razlogov, ki preprečujejo izvršbo, zlasti pa: ... 2. če listina, na podlagi katere je bila dovoljena izvršba, ni izvršilni naslov ..."

Prvi odstavek 71. člena ZIZ določa: "Sodišče lahko na dolžnikov predlog popolnoma ali deloma odloži izvršbo, če dolžnik izkaže za verjetno, da bi s takojšnjo izvršbo pretrpel nenadomestljivo ali težko nadomestljivo škodo in da je ta škoda večja od tiste, ki zaradi odloga lahko nastane upniku, v naslednjih primerih: ... 5. če je vložena tožba na neveljavnost pravnega posla iz neposredno izvršljivega notarskega zapisa, na podlagi katerega je bila dovoljena izvršba,..."

Prvi in drugi odstavek 23. člena Zakona o varstvu potrošnikov (v nadaljevanju ZVPot) določata: "Podjetje ne sme postavljati pogodbenih pogojev, ki so nepošteni do potrošnika (prvi odstavek). Pogodbeni pogoji iz prejšnjega odstavka so nični.(drugi odstavek)."

Prvi odstavek 24. člena ZVPot določa: "Pogodbeni pogoji se štejejo za nepoštene, če v škodo potrošnika povzročijo znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank, ali povzročijo, da je izpolnitev pogodbe neutemeljeno v škodo potrošnika, ali povzročijo, da je izpolnitev pogodbe znatno drugačna od tistega, kar je potrošnik utemeljeno pričakoval, ali nasprotujejo načelu poštenja in vestnosti."

Člen 8 Zakona o brezplačni pravni pomoči (v nadaljevanju ZBPP) v četrti alineji določa: "Brezplačna pravna pomoč po tem zakonu se ne dodeli, kadar je prosilec dolžnik v izvršilnem postopku, začetem na podlagi izvršilnega naslova po zakonu, ki ureja izvršbo, razen če verjetno izkaže obstoj razlogov za ugovor zoper sklep o izvršbi, ki po določbah zakona, ki ureja izvršbo, preprečujejo izvršbo."

### Vprašanje za predhodno odločanje

8. Višje sodišče je po pregledu procesnega gradiva zavzelo delovno stališče, da je v obravnavanem notarskem zapisu zajet pogodbeni pogoj o vezanosti kredita na tujo valuto, ki ne vsebuje ustrezne omejitve tveganja spremembe menjalnega tečaja, nedopusten (nepošten). Višje sodišče meni, da banka ni izpolnila svoje profesionalne pojasnilne dolžnosti v zvezi s predstavitvijo učinkov valutnega tveganja na način, da bi dolžnika lahko ocenila potencialno znatne ekonomske posledice sklenjene kreditne pogodbe, vezane na tujo valuto CHF.<sup>1</sup> Ker s tem ni podana jasnost in razumljivost navedenega pogodbenega pogoja, je relevantno vprašanje njegove nedopustnosti (nepoštenosti), četudi gre za glavni predmet pogodbe (člena 3(1) in 4(1) Direktive 93/13).

9. Višje sodišče meni, da potrošniška kreditna pogodba, ki je namenjena financiranju nakupa stanovanja, po svoji značilnosti in temeljnem namenu ni tipični aleatorni posel, četudi vsebuje vezanost kredita na tujo valuto, ampak lahko govorimo kvečjemu o omejeni aleatornosti. Od tipičnih aleatornih poslov, t. i. kockarskih poslov, pri katerih je dopustno sprejeti tudi neomejeno tveganje velike izgube, ki ga ni mogoče obvladovati, so pričakovanja razumnega potrošnika (in tudi banke) pri kreditni pogodbi utemeljeno drugačna. V ospredju je stabilnost in predvidljivost financiranja pomembne potrošnikove dobrine. Potrošnikova kreditna sposobnost je bistven element pri sklepanju take pogodbe (tako za potrošnika, kot banko), ki povsem izgubi svoj smisel v primeru neomejene možnosti povečevanja vrednosti kreditne obveznosti v času odplačilne dobe. Četudi neomejenost tveganja lahko prizadene tako potrošnika kot banko, pa je treba upoštevati, da je podano znatno neravnotežje v pravicah in obveznostih pogodbenih strank že zaradi občutno večje zmožnosti banke kot močne finančne institucije, opremljene s strokovnim znanjem, pomembnimi podatki in izkušnjami, da valutno tveganje obvladuje. Očitno je, da pogodbeni pogoj, ki vsebuje valutno tveganje, lahko znatno bolj prizadene potrošnika.

10. Višje sodišče sledi stališču Sodišča EU, da je pomembno, ali lahko ponudnik, če bi s potrošnikom lojalno in pravično posloval, razumno pričakuje, da bi potrošnik naveden pogoj sprejel v okviru posamičnih pogajanj.<sup>2</sup> Višje sodišče ocenjuje, da razumen potrošnik ne bi pri stanovanjskem kreditu pristal na neomejeno valutno tveganje, ki ima lahko potencialno dolgotrajne znatne ekonomske posledice za potrošnika, in bi, če bi se lahko enakovredno pogajal z banko in pridobil vse potrebne informacije, sklenil le pogodbo, ki bi vsebovala razumno omejitev tveganja. Ker iz obravnavanega notarskega zapisa ne izhaja razumna omejitev valutnega tveganja,<sup>3</sup> zaenkrat višje sodišče ocenjuje, da je pogoj vezanosti na tujo valuto nedopusten (nepošten).

11. Ker je višje sodišče zaznalo nedopusten pogoj, pa se mu je postavilo vprašanje, ali mora že v fazi dovolitve izvršbe izvršilno sodišče samo preprečiti uveljavitev takega pogoja, ali mora navedeno presojo prepustiti pravnemu sodišču, če bo potrošnik vložil o tem ugotovitveno tožbo v ločenem postopku?

12. Sistem varstva potrošnikov prava EU poudarja potrošnikovo podrejenost glede pogajalske moči in ravni obveščeniosti, zaradi česar nima vpliva na vsebino pogojev, ki jih je predhodno določil ponudnik. Sodišče EU poudarja, da je navedeno neenakost mogoče izravnati le s posredovanjem tretjega, ki s pogodbenima strankama ni povezan.<sup>4</sup> Iz tega je mogoče izpeljati dolžnost nacionalnega sodišča, da po uradni dolžnosti zavrne učinkovanje

nedopustnih (nepoštenih) pogodbenih pogojev, četudi potrošnik v postopku ni aktiven. Vloge in odgovornosti sodišča države članice se ne omejuje le na možnost, da se izreče o nedopustnosti pogoja, ampak je to njegova obveznost, ki jo mora izpolniti takoj, ko tak pogoj lahko zazna in presodi. Sodišče EU se v izvršilnih zadevah v tej zvezi ustaljeno sklicuje na zadevi Banco Espanol de Credito in Pannon GSM, navedeno stališče je ponovilo tudi v zadevi Aziz in združenih zadevah Banco Popular Espanol in Banco de Valencia.<sup>5</sup>

13. Ker v pravu EU še niso poenoteni nacionalni mehanizmi za prisilno izvršbo, so v skladu z načelom procesne avtonomije držav članic ta pravna pravila predmet pravnega reda držav članic. Vendar je tovrstna avtonomija držav članic omejena. Nacionalna procesna določila ne smejo onemogočati ali prekomerno oteževati uresničevanja potrošnikovih pravic, ki mu jih zagotavlja pravo EU.<sup>6</sup> Sodišče EU domet navedenega načela učinkovitosti prava EU razume zelo daljnosežno. Lahko se nanaša celo na nacionalna pravila o pravnomočnosti sodne odločbe (izvršilnega naslova), ki tudi ne smejo pomeniti čezmerne ovire izvršilnemu sodišču, da zavrne učinkovanje nedopustnih pogojev (zadeva Finanmadrid).<sup>7</sup>

14. V slovenskem izvršilnem postopku, ki teče na podlagi neposredno izvršljivega notarskega zapisa, so procesna določila, ki lahko prekomerno ovirajo sodišče pri učinkovitem preizkusu nedopustnih pogojev, tista, ki se nanašajo na uresničevanje načela formalne legalitete (prvi odstavek 17. člena ZIZ) in na zakonske pogoje za odlog izvršbe (prvi in drugi odstavek 71. člena ZIZ).

15. Če pristanemo na strogo in utesnjujoče razumevanje načela formalne legalitete, kot se je oblikovalo v pretežnem delu slovenske sodne prakse, prisilne izvršbe glede nedopustnega pogoja, četudi ga izvršilni sodnik zazna iz samega notarskega zapisa ali drugega predloženega procesnega gradiva, ne sme zavrniti, saj dopustnosti vsebine izvršilnega naslova ne sme preizkušati, ampak mu mora brezpogojno slediti. Tovrstno razumevanje izhaja iz tradicionalnega pogleda na učinke pravnomočnosti sodne odločbe, kot klasičnega izvršilnega naslova, ki veže tako stranke kot sodišče, dokler ni odločeno drugače v morebitnem postopku z izrednimi pravnimi sredstvi.<sup>8</sup> Tak pogled se je avtomatično preslikal tudi na neposredno izvršljiv notarski zapis, čeprav ni odločba državnega organa, ki postane pravnomočna, ampak javna listina, ki jo sestavi notar v okviru javne službe, ločene od sodnega sistema.<sup>9</sup>

16. Položaj izvršilnega sodišča v slovenskem izvršilnem postopku na podlagi notarskega zapisa je v bistvenem podoben tistemu, ki ga je z vidika kršitve načela učinkovitosti obravnavalo Sodišče EU v združenih zadevah Banco Popular Espanol in Banco de Valencia.<sup>10</sup> Tudi slovensko izvršilno sodišče ob zgornji razlagi ne more presoditi nedopustnosti pogoja v izvršilnem postopku, niti ne more sprejeti učinkovitih začasnih ukrepov (prekiniti postopka izvršbe) do pravnomočne odločitve pravnega sodišča, ki je pristojno odločati o vsebini notarskega zapisa in preveriti nedopustnost pogoja. Pri tem tudi slovensko pravno sodišče nima učinkovitega vzvoda, da bi vsaj začasno odložilo izvršbo do svoje dokončne odločitve (tak položaj je bil podan v zadevi Aziz).

17. Prekinitev izvršilnega postopka v primeru vložitve ugotovitvene tožbe glede nedopustnega pogoja v slovenskem pravu ni predvidena. Odlog izvršbe pa je dopusten le izjemoma na obrazložen dolžnikov predlog pod zelo zahtevnimi zakonskimi pogoji dokazovanja nenadomestljive ali težko nadomestljive škode (prvi odstavek 71. člena ZIZ), ki po ustaljenem razumevanju sodne prakse niti ne more biti sama škoda, ki je posledica realizacije izvršbe.<sup>11</sup> Dolžniki v izvršilnem postopku pri tem praviloma ne morejo pridobiti brezplačne pravne pomoči strokovnjaka, zaradi pričakovanih visokih stroškov pa tudi ne morejo plačati odvetniškega zastopanja, zato običajno nastopajo v postopkih kot laiki. Po pojasnjem obstaja nezanemarljivo tveganje, da zaradi nepoučenosti dolžnik predloga za odlog sploh ne bo vložil, ali bo ta toliko pomanjkljiv, da bo v naprej obsojen na neuspeh. Že tako močno omejene dolžnikove možnosti za odlog izvršbe pa dodatno otežuje pravica upnika, da zahteva od dolžnika varščino. Če dolžnik ne zagotovi varščine, šteje predlog za odlog izvršbe kot umaknjen (tretji odstavek 71. člena ZIZ).

18. Iz sodne prakse Sodišča EU jasno izhaja, da je lahko načelu učinkovitosti zadoščeno le, če ima nacionalno sodišče na voljo učinkovito možnost, da preizkusi nedopustnost pogoja še preden pride do realizacije izvršbe v izvršilnem postopku.<sup>12</sup> Pojasnjena zelo stroga slovenska ureditev odloga izvršbe ne pušča dovolj širokega razlagalnega prostora, da bi lahko bil odlog za potrošnika v vseh primerih sklicevanja na nedopustni pogoj enostavno dosegljiv. Lahko pa dosežemo Direktivi 93/13 lojalno razlago s spremembo strogega razumevanja načela formalne legalitete. Če upoštevamo temeljno stališče Sodišča EU, pojasnjeno zgoraj, da mora nacionalno sodišče preizkusiti nedopustnost pogoja takoj, ko ima na voljo vse elemente za presojo, je najbolj ustrezna rešitev, da že izvršilno sodišče po uradni dolžnosti v fazi dovolitve izvršbe opravi preizkus glede nedopustnega pogoja. Slovenski izvršilni postopek nudi dovolj kakovostno okolje za navedeno presojo, saj je zasnovan tako, da mora izvršilno sodišče celovito ugotoviti vsa pravno odločilna dejstva, tudi tista, ki so med strankama sporna, s čimer se močno približuje pravnemu postopku.<sup>13</sup>

19. V novejši slovenski pravni teoriji je že bil predstavljen nov pristop k razlagi, ki presega klasično pojmovanje načela formalne legalitete pri notarskih zapisih kot izvršilnih naslovih,<sup>14</sup> Višje sodišče v Mariboru pa ga je v posameznih primerih sprva uporabilo, ko je zavrnilo izvršbo za obveznosti, zajete v notarskem zapisu, ki so nasprotovale prisilnim predpisom o obrestih, nazadnje pa tudi širše v judikatu VSM sklep 289/2017.<sup>15</sup> Res gre za sodno prakso le enega od višjih sodišč, a so podani tehtni razlogi, da nov pristop zaživi tudi širše, saj pomeni pomemben napredek v varstvu domačega javnega reda (prisilnih predpisov) in tudi s strani Sodišča EU poudarjenega javnega interesa, na katerem temelji varstvo potrošnikov EU, ki je zlasti v dvigu ravni in kakovosti življenja v EU.<sup>16</sup>

20. Vsako načelo, tako tudi načelo formalne legalitete, že po svoji temeljni značilnosti splošnosti in abstraktnosti nudi veliko manevrskega prostora pri razlagi. Pomembno je spoznanje pravne teorije, da pravno načelo vsebuje le vrednostno merilo, kako naj ravnamo v pravnih razmerjih, v katerih smo nosilci določenih tipov vedenja in ravnanja, ne pa sam tip vedenja ali ravnanja, ki je opredeljen na način „vse ali nič“, kot je značilno za pravna pravila. Načelo tako ni vsebinsko absolutno, ampak vsebuje zahtevo, da ravnamo s pravo mero.<sup>17</sup>

21. Navedeno značilnost upoštevamo tudi v primeru kolizije načel, kot je obravnavana, ko sta načelo učinkovitosti prava EU in nacionalno načelo formalne legalitete lahko v določenem nasprotju in se omejujeta. Njuno stičišče določata prava mera in sorazmerje, ki je med obema skrajnima možnostma.<sup>18</sup> Pravo mero določa minimum učinkovitosti varstva potrošniškega prava, ki ga zagotovi že ozko omejeni preizkus vsebine notarskega zapisa. Če tega ni, ima upnik prosto pot do prisilne izpolnitve nedopustnega pogoja v izvršbi. Pri tem je pomemben element tehtanja, ki točko ravnotežja pomika v korist načela učinkovitosti, okoliščina, da notarski zapis nima učinkov pravnomočnosti. S tem je notarski zapis dozretnejši za vsebinski preizkus od klasičnih izvršilnih naslovov sodnih odločb, strogo formalne legalitete pa je posledično utemeljeno omiljena.

22. Višje sodišče meni, da tudi zakonsko besedilo slovenskih določil, ki operacionalizirajo načelo formalne legalitete, dopušča pojasnjeno razlago. ZIZ nima izrecnega določila, da je preizkus nedopustnega pogoja prepovedan. V prvem odstavku 17. člena ZIZ je le določeno, da izvršilno sodišče dovoli izvršbo na podlagi izvršilnega naslova. Kdaj je notarski zapis tudi izvršilni naslov, pa je opredeljeno v (specialnem) določilu 4. člena ZN, ki lastnost izvršilnega naslova veže na obstoj soglasja dolžnika z neposredno izvršljivostjo.

23. Učinek izvršilnega naslova je za notarski zapis po pojasnjenem utemeljen na dolžnikovem procesnem razpolaganju (procesni dispoziciji), ki upniku omogoči, da se izogne pravdnemu postopku in pridobi neposreden dostop do prisilne izvršbe. Zaradi varstva javnega reda je kot temeljna materija slovenskega civilnega procesnega prava opredeljena obveznost sodišča, da po uradni dolžnosti prepreči procesne dispozicije, s katerimi bi se zaobšlo prisilne zapovedi in prepovedi materialnega prava (1. točka tretjega odstavka 3. člena ZPP).<sup>19</sup> Določila potrošniškega prava glede nedopustnega pogoja so prisilni predpis, ki ga procesno soglasje dolžnika z neposredno izvršljivostjo ne sme zaobiti. Potrošnik zaradi podrejenosti glede pogajalske moči nima realne izbire, da odkloni soglasje k neposredni izvršljivosti, zato je nujno, da morebitne nedopustne učinke soglasja prepreči sodišče po uradni dolžnosti. Navedeno obveznost lahko izpolni izvršilno sodišče v okviru uradnega preizkusa, ali je podan izvršilni naslov (ugovorni razlog iz 2. točke prvega v zvezi drugim odstavkom 55. člena ZIZ). V delu, v katerem notarski zapis ni skladen s prisilnimi predpisi potrošniškega prava, soglasje dolžnika z neposredno izvršljivostjo nima pravnega učinka, s tem pa v tem delu notarski zapis tudi nima učinka izvršilnega naslova.

24. Po pojasnjenem obstajajo tehtni razlogi, da se strogo pojmovanje načela formalne legalitete, v primeru kot je obravnavani, delno umakne načelu učinkovitosti prava EU in s tem zagotovi izvršilnemu sodišču učinkovito možnost, da zavrne uveljavitev nedopustnih pogojev. Odgovor na postavljeno vprašanje za predhodno odločitev je tako pritrdilen.

<sup>1</sup> Predložena izjava, ki jo je podpisal le eden od dolžnikov, ni dovolj konkretna, ampak valutno tveganje predstavlja na splošen način možnosti zvišanja ali znižanja. Dejstvo, da je bil eden od dolžnikov bančni uslužbenec, pa še ne utemeljuje sklepa, da je ta bil seznanjen z vsemi ustreznimi informacijami glede specifičnega ponujenega bančnega produkta.

<sup>2</sup> Zadeva Aziz, 69. točka obrazložitve, ponovljeno v zadevi Andriciuc in drugi, C-186/16.

<sup>3</sup> Tudi zapisana možnost konverzije kredita ni sprejemljiva, ker je vezana na soglasje banke.

<sup>4</sup> Zadeve št. C-240/98 do C244/98 (Oceano Grupo Editorial in Salvat Editores,) C-168/05 (Mostaza Claro), C-40/08 (Asturcom Telecomunicaciones)

<sup>5</sup> Zadeve št. C-618/10 (39. do 43. točka), C243/08 (31. in 32. točka), C-415/11 (46. točka), C-537/12 in C-116/13 (41. točka obrazložitve)

<sup>6</sup> Zadeva št. C-169/14 (Sanchez Morcillo in Abril Garcia). Glej 31. točko obrazložitve.

<sup>7</sup> Zadeva št. C-49/14. Glej zlasti 48. in naslednje točke obrazložitve.

<sup>8</sup> Vrhovno sodišče RS vsebino načela formalne legalitete povezuje z vezanostjo na pravnomočen izvršilni naslov, kot temeljno pravilo izvršilnega postopka, pri čemer pojasnjuje, da nobeden od v zakonu opredeljenih ugovorov zoper sklep o izvršbi ni tak, da bi dopuščal ponovno presojo utemeljenosti terjatve, o kateri je bilo pravnomočno odločeno. Glej sklep II Ips 1109/2008 (pravnomočna sodna poravnava).

<sup>9</sup> Vrhovno sodišče RS je pojasnilo, da načelo formalne legalitete izvršilnemu sodišču ne dovoljuje presoje konkretne materialne zakonitosti in pravilnosti izvršilnega naslova, kar velja tudi za neposredno izvršljiv notarski zapis, čeprav zanj ne veljajo učinki pravnomočnosti in ni odločba. Sodba II Ips 524/2003 (nedovoljena pogodbeno kazni). Primerjaj tudi VSL sklep II Ip 1338/2016 in v njem povzeto sodno prakso.

<sup>10</sup> Tudi del pravne teorije opozarja, da je podano neskladje s pravom EU. Glej Vuksanović, I.: Konec samovolje bančnih upnikov?, Pravna praksa št. 48/2013, str. 13 in nasl.

<sup>11</sup> Prevladujoče je stališče v slovenski sodni praksi, da mora biti podana neka dodatna škoda. VSL sklep I Ip 781/2012 (9. točka obrazložitve in v njej navedena starejša sodna praksa), VSL Sklep II Ip 3581/2017, VSM Sklep I Ip 867/2017, VSM Sklep I Ip 1017/2017-1, VSL sklep III Ip 891/2015, VSL sklep III Ip 3992/2013.

<sup>12</sup> Sodišče EU je pojasnilo, da v primeru, ko je vsebinska odločitev o nedopustnosti pogoja sprejeta šele potem, ko je bila izvršba že opravljena, naknadno odškodninsko varstvo ne pomeni ustreznega, ne učinkovitega sredstva za prenehanje uporabe istega nedopustnega pogoja, kar je v nasprotju z določilom člena 7(1) Direktive 93/3 (Aziz, 60. točka obrazložitve, Banco Popular Espanol in Banco de Valencia, 56. točka obrazložitve).

<sup>13</sup> Ta sprememba narave postopka izhaja iz spremembe 59. člena ZIZ z novelo ZIZ-A.

<sup>14</sup> Ljubimski, J.: Je nepoštenim potrošniškimi kreditnim razmerjem Sodišče EU zaprlo stranska vrata tudi v Sloveniji?, Pravna praksa št. 33/2012, str. 9.

<sup>15</sup> Glej VSM sklep I Ip 100/2017, VSM sklep I Ip 544/2016, VSM sklep I Ip 210/2016, VSM sklep I Ip 1081/2015-1, VSM sklep I Ip 196/2015, VSM sklep I Ip 513/2013, VSM sklep I Ip 567/2012 in VSM sklep I Ip 216/2012.

<sup>16</sup> Mostaza Claro, Pannon GSM, Asturcom Telecomunicaciones, Banco Espanol de Credito (67. in 68. točka obrazložitve).

<sup>17</sup> Pavčnik, M.: Argumentacija v pravu, GV Založba, Ljubljana, 2013, str. 128, 129 in 133.

<sup>18</sup> Prav tam, str. 134.

<sup>19</sup> Pravna teorija pojasnjuje, da je procesna prepoved nedopustnega razpolaganja (dispozicije) odsev omejitve dispozitivnosti v materialnem civilnem pravu. Glej Galič, A.: Pravdni postopek, zakon s komentarjem, Uradni list in GV Založba, Ljubljana 2005, 1. knjiga, str. 44 in nasl.