

VSC00022623

Odločba: VSC Sodba Cp 568/2018

ECLI:

Sodišče: Višje sodišče v Celju

Oddelek: Civilni oddelek

Datum

seje 18.04.2019

senata:

Senat: Maša Butenko (preds.), mag. Miran Pritekelj (poroč.), Nataša Gregorič

Področje: OBLIGACIJSKO PRAVO - PRAVO VREDNOSTNIH PAPIRJEV

Institut: ničnost določbe pogodbe - ničnost prodajne pogodbe - imetniki podrejenih obveznic - podrejene obveznice

Zveza: OZ člen 87, 87/1. ZTVP-1 člen 3, 7

JEDRO:

Pogodbeni pogoji, ki nasprotujejo načelu dobre vesti in poštenja pomenijo, da je pogodba nična.

IZREK:

I. Pritožba se zavrne in se potrdi sodba sodišča prve stopnje.

II. Tožena stranka sama krije pritožbene stroške, mora pa tožeči stranki povrniti njene stroške za odgovor na pritožbo v znesku 1.555,34 EUR, v roku 15 dni po prejemu sodbe sodišča druge stopnje, v primeru zamude pa skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi, ki pričnejo teči po tako določenem paricijskem roku.

OBRAZLOŽITEV:

1. Sodišče prve stopnje je s sodbo opr. št. P 159/2017 z dne 6. 6. 2018 razsodilo: "I. Ugotovi se, da sta pogodbi o nakupu obveznic E tožnika A. A., s katero je kupil od X. d.d. N lotov obveznic E, z dne 15. 2. 2007 in o nakupu obveznic E tožnice B.B., s katero je kupila od X. d.d. N lotov obveznic E, z dne 15. 2. 2007, nični. Tožena stranka Z. d.d., je dolžna vrniti tožniku A. A. znesek EUR z zakonskimi zamudnimi obrestmi od dne 15. 2. 2007 dalje do plačila ter vrniti tožnici B. B., znesek EUR z zakonskimi zamudnimi obrestmi od dne 15. 2. 2017 dalje do plačila, vse v 15 dneh pod izvršbo. II. Tožena stranka je dolžna povrniti tožeči stranki 18.723,26 EUR pravnih stroškov, v roku 15 dni od pravnomočnosti sodbe, v primeru zamude pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi, ki tečejo od šestnajstega dneva po vročitvi te sodbe toženi stranki dalje." Na podlagi izvedenega dokaznega postopka je sodišče prve stopnje ugotovilo, da je toženka pravna naslednica X. d.d. in je toženka v pravdi pasivno legitimirana. Prav tako je kot nesporno ugotovilo, da je X. d.d. v letu 2007 izdala podrejene obveznice 10. emisije (dalje E) ter da sta tožnika vpisala in vplačala vsak vsak po 5.750 lotov obveznic ter da so na podlagi odločbe Banke Slovenije obveznosti banke iz teh obveznic prenehale. Banka Slovenija je namreč z odločbo o izrednih ukrepih, ki jih izdala na podlagi 31. in 45. člena ZBS-1 in 217., 253. in 253.a člena takrat veljavnega ZBan-1 odločila, da z dnem 16. 12. 2014 v celoti prenehajo vse kvalificirane obveznosti banke. Sodišče prve stopnje je na podlagi sklepa X. d.d. z dne 12. 1. 2007 ugotovilo, da je banka sprejela sklep o izdaji nematerializiranih podrejenih imenskih obveznic E v višini 30. mio EUR z končno dospelostjo 10 let, to je 15. 2. 2017. Višina obresti je bila nesprejemljiva in je znašala 5 % letno. Glede postopka prodaje obveznic pa je bilo določeno, da se ta izvede na podlagi javne ponudbe, ki je namenjena vnaprej znanim

osebam, ki se zavežejo, da bo vsaka od njih odkupila vrednostne papirje v skupnem znesku 50.075,11 EUR. Gre za dodatni kapital I, vplačane podrejene obveznice so na razpolago za kritje izgube banke šele v stečajju oziroma likvidaciji banke in niso na razpolago za kritje izgube v času rednega poslovanja banke. Objavljeno je tudi bilo, da so obveznice visoko tvegani vrednostni papir. Sodišče prve stopnje je nadalje ugotovilo, da iz Izjav ne izhaja, da gre za podrejene obveznice. Tožnika sta se odločila za nakup na podlagi pojasnilne dolžnosti, katero jima je nudila priča M. M., zaposlena v banki, priča pa ob sklepanju pravnega posla in vse do nedavnega ni vedela, da obstajajo podrejene obveznice, prav tako pa je banka takrat veljala za dobro. Sodišče je na podlagi izvedenih dokazov zaključilo, da tožnika pri poslih z obveznicami nista bila neskrbna. Ta priča je tožnikoma povedala glede dospelosti obveznic, obrestne mere in glede izplačila obveznosti. Priča jima je povedala, da gre za varno naložbo in da sta lahko ob obveznice samo v primeru stečaja banke. Sodišče je ugotovilo, da je od listin pri sklepanju spornega posla imela priča samo Izjavi. Glede Pogojev je sodišče ugotovilo, da priča z njimi ni razpolagala in jih torej ni imela. Ta priča je Pogoje videla prvič, šele tekom pravnega postopka. Sodišče je zato zaključilo, da tožnika ob nakupu nista bila seznanjena z vsebino Pogojev. Sodišče je nadalje ugotovilo glede poteka spornega posla, da je banka za sklepanje pogodbe za prodajo obveznic pripravila Izjavo in Pogoje na katere se Izjava sklicuje. Pogoji so bili namenjeni potencialnim kupcem obveznic, torej nedoločenemu številu istovrstnih pravnih razmerjih, zato imajo naravo in pomen Splošnih pogojev v smislu 120. člena OZ. Pogoji niso bili na voljo v poslovalnici, niti kako drugače objavljeni, zato je sodišče zaključilo, da tožnikoma niso bili dostopni. Na podlagi izpovedbe priče M. M. je sodišče ugotovilo, da tudi ob ostalih poslih z obveznicami, s Pogoji ni razpolagala. Tudi na podlagi navedenega je sodišče zaključilo, da Pogoji niso vsebina pogodbe in med strankama ne veljajo. V Izjavah z dne 5. 2. 2007, obračunih z dne 13. 2. 2007 in potrdilih o vpisu z dne 15. 2. 2007 ni nikjer navedeno, da so predmet nakupa podrejene obveznice. Sodišče je na osnovi izpovedb tožnikov in priče ugotovilo, da nihče od njih ni vedel, da so predmet nakupa podrejene obveznice in da torej tožnikoma ob sklepanju pogodbe ni bilo znano in jima tudi ni moralo biti znano, da banka prodaja podrejene obveznice. Tega tudi nista mogla vedeti glede na približno enak obrestni donos, kakor izhaja iz depozitov. Sodišče je zaključilo, da posamezne informacije niso bile prosto dostopne vsem udeležencem pogodbenega razmerja, njihovo razkritje pa je odvisno od poslovnega interesa banke, ki ima informacije v posesti oziroma pod nadzorom. Informacijska asimetrija je izrazita v bančni dejavnosti. Stranka je v bistveno slabšem položaju glede znanja in izkušenj na področju bančnih storitev, hkrati pa je zaradi omejenega vpogleda v bančno aktivo, prikrajšana tudi za možnost izvajanja samostojne ocene kvalitete premoženja posamezne banke. Nato je sodišče prve stopnje stopnje zaključilo, da bi banka tožnika, ki ju je povabila k nakupu teh obveznic, vsekakor morala seznaniti z značilnostmi novo izdanih obveznic in s tem, da predstavljajo visoko tvegan vrednostni papir, ker v nobenem dokumentu, ki jih je izročila tožnikoma ni navedeno, da gre za podrejene obveznice in tudi niso navedene njihove lastnosti in je celo M. M., ki je za banko pripravljala posel štela, da gre za navadne obveznosti, in zato je banka ravnala v nasprotju s profesionalnimi standardi dobre banke. Tožnika sta posel utemeljeno sklenila v prepričanju, da sta kupila navadne obveznice in ne podrejenih. S tem, ko je tako v Izjavah, obračunih in potrdilih o vpisu navedeno in ko je tudi banka tožnikoma ponudila odkup obveznic, pri katerih je dejansko šlo za podrejene in ne navadne obveznice, je bil predmet pogodbe zaradi ravnanja banke določeno nejasen. Glavni predmet pogodbe so bile podrejene obveznice in ta predmet pogodbe ni bil jasno določen. Ko je sodišče presoјalo razloge za ničnost pogodbe, je izhajalo iz okoliščin, ki so obstajale ob njeni sklenitvi in ne tiste, ki so se pojavljale kasneje, zato za presojo tudi ni imelo pomena dejstvo, da so v septembru 2007 obveznice E začele kotirati na borzi in da bi jih tožnika lahko prodala. Sodišče je ugotovilo, da tožnika nista vedela in nista bila dolžna vedeti, da so predmet pogodbe podrejene obveznice. Toženka, ki je podredne obveznice izdala z namenom povečanja svojega dodatnega kapitala, bi na to lastnost pri pridobivanju le-tega nasprotno pogodbeno stranko vsekakor morala opozoriti. Ob ugotovitvi, da niti delavka banke ni vedela, da gre pri poslu za podrejene obveznice in ko torej tudi tožnika o tem nista dobila nobenih informacij, je sodišče zaključilo, da banka ni storila ničesar, da bi z vrsto in lastnostmi predmeta pogodbe seznanila sopogodbenika. S takšno ponudbo in sklepanjem posla je zasledovala tako le lastne interese - pridobitev dodatnega kapitala, za interese tožnikov pa ni poskrbela. Na pomen okoliščine seznanjenosti vlagateljev pri naložbi v dodatni kapital banke je opozorilo tudi Ustavno sodišče RS. Ker je sodišče ugotovilo, da je ravnanje banke v nasprotju z načelom vesti in poštenjem, je zato v skladu s 24. členom ZVPot pogodbi o nakupu obveznic, ki sta jih sklenila tožnika z banko, ugotovilo za nični. Posledica ničnosti je ta, da mora vsaka pogodbeno stranka vrniti drugi vse, kar je prejela na podlagi take pogodbe (prvi odstavek 87. člena OZ). Zato je sodišče prve stopnje v celoti ugodilo primarnemu tožbenemu zahtevku, tako kot sta ga tožnika postavila. Ker je sodišče v celoti ugodilo primarnemu tožbenemu zahtevku, o podrednem zahtevku ni odločalo. O pravnih stroških, nastalih na prvi stopnji je sodišče prve stopnje odločilo na podlagi določila prvega odstavka 154. člena ZPP.

2. Zoper takšno odločitev podaja pritožbo tožena stranka po pooblaščenih. Pritožbo podaja iz vseh pritožbenih razlogov, in sicer zaradi zmotne uporabe materialnega prava, nepopolne ugotovitve dejanskega stanja ter bistvene kršitve določb pravnega postopka in predlaga, da se tej pritožbi ugodi ter da se sodba sodišča prve stopnje spremeni tako, da se tožbeni zahtevek v celoti zavrne. Najprej uveljavlja pritožbeni razlog zmotne uporabe materialnega prava

in navaja, da je sodišče izhajalo iz zgrešenega izhodišča tožeče stranke, da naj bi pri podrejenih obveznicah z razliko od navadnih obveznic, šlo za drugačno vrsto obveznic. Zakon o vrednostnih papirjih in ZTVP ne ločita med navadnimi in podrejenimi obveznicami, kot je to ločevalo sodišče prve stopnje. Pridevnik podrejena obveznica ne gre razumeti kot razlikovalni element med eno vrsto obveznic (navadna) ter drugo vrsto obveznic (podrejena), ki pa naj bi bila po mnenju sodišča hibridni finančni instrument, ki povečuje kapital I banke. Takoimenovana podrejenost konkretnih obveznosti se kaže le v tem, da bo banka na določen dan izplačala določen znesek obresti, da se bo obveznost iz obveznic v stečaju banke izplačala po tem, ko bodo poplačane vse navadne terjatve upnikov. Pri podrejenih obveznicah gre za hibridni finančni instrument, ki povečuje kapital I banke, le v odnosu banke do regulatorja in regulatornih zahtev, ki zasledujejo makroekonomske cilje stabilnosti in javni interes, nikakor pa ne v odnosu banke do imetnika obveznice, kot to razlaga prvostopno sodišče. V odnosu med banko, izdajateljico in imetnikom obveznice gre pri podrejenih obveznicah še vedno za obligacijskopravni odnos oziroma za terjatve imetnika in ne za kapital banke. Sodišče tako izhaja iz napačne materialnopravne podlage in je stališče materialnopravno zmotno, saj je podrejenost predvsem značilnost obveznic iz razmerja med banko in regulatorjem, nikakor pa podrejenost ni bistvena za razmerje med imetnikom obveznice in njenim izdajateljem. Zaradi tako napačnega razumevanja je sodišče tudi zmotno opredelilo obseg in vsebino pojasnilne dolžnosti, ki je zavezovala toženo stranko in je nadalje napačno razložilo predmet pogodbe. Sodišče je tudi napačno ugotovilo dejansko stanje, da nista bila tožnik in druga tožnica opozorjena na tveganja, ki jih za njun pravni položaj predstavlja začetek stečajnega postopka nad banko. Sodišče se je pri presoji izpolnjenosti pojasnilne dolžnosti v konkretnem primeru zmotno opredelilo oziroma omejilo obseg in vsebino pojasnilne dolžnosti le na vprašanje, ali je bilo prvemu tožniku in drugi tožnici povedano, da gre za podrejene obveznice. Sodišče za razlago, zakaj je v obseg pojasnilne dolžnosti uvrstilo samo vprašanja ali so obveznice E podrejene oziroma zakaj naj bi bila v času vpisa in plačila obveznica E ta lastnost obveznic tako pomembna, da bi naj predstavljalo bistvo pojasnilne dolžnosti, ni imelo podlage. V tem delu sodišče ni podalo nobenih razlogov, kar predstavlja absolutno bistveno kršitev določb pravnega postopka iz 14. točke drugega odstavka 339. člena ZPP. Sodišče prve stopnje se je tako zmotno ukvarjalo le z vprašanjem pojasnilne dolžnosti v zvezi z napačno materialnopravno opredelitvijo pojma podrejene obveznice. Sodna praksa pojasnjuje, da je za izpolnitev pojasnilne dolžnosti bistveno le-to, da je bilo nasprotni stranki v predpogodbeni fazi pojasnjeno tveganje, ki ga s sklenitvijo tega posla prevzame. Tudi sodna praksa se je izrekla, da je za presojo ali je bila izpolnjena pojasnilna dolžnost, bistveno ali je bilo to tveganje v skladu z zahtevo po profesionalni skrbnosti, tožniku celovito pojasnjeno. Sodišče prve stopnje bi moralo presojati, ali je bilo tveganje prvemu tožniku in drugi tožnici pojasnjeno. Sodišče prve stopnje se je napačno ukvarjalo z vprašanjem, ali je bila tožnikoma beseda kot pridevnik "podrejene" obveznice to tudi pravilno sporočena in to pojasnjeno. V letu 2007, to je v času vpisa in vplačila obveznic E je bila z vidika imetnika obveznic z lastnostjo podrejenosti izključna posledica te lastnosti vidna le v primeru stečajnega postopka nad banko, ko so imetniki obveznic s to lastnostjo, poplačani za ostalimi upniki, sicer pa ta lastnost na imetnike obveznic glede na pravno ureditev, veljavno v času vpisa plačila teh obveznic v letu 2007 ni imela nobenega vpliva ne na pravico imetnikov teh obveznic in na sam predmet pogodbe. Sodišče prve stopnje se ni izjasnilo do trditev tožene stranke in se do njih tudi ni opredelilo in gre za navedbe, da sta bila prvi tožnik in druga tožnica opozorjena, da bosta v primeru stečaja lahko izgubila pravice iz obveznic. Tožena stranka opozarja, da se zaveda, da je bila pojasnilna dolžnost na njeni strani in obstoja te svoje obveznosti nikoli ni zanikala, poudarja pa, da jo je v konkretnem primeru v celoti izpolnila, saj je prvega tožnika in drugotožnico pred vpisom obveznic E seznanila z vsemi tveganji, ki so bila v času vpisa, vplačila in izdaje obveznic E znane in tako je bila njena pojasnilna dolžnost izpolnjena. Pri obveznicah E gre za obligacijsko razmerje med imetnikom obveznic kot upnikom in banko kot dolžnikom tega obligacijskega razmerja. Vsebina razmerja se kaže v tem, da mora tožena stranka izplačati glavnico obveznosti, skupaj z obrestmi pod določenimi pogoji, na dogovorjen način, z dogovorjeno dinamiko. Te obveznice imajo tudi dodatno lastnost podrejenosti te obveznosti, ki se aktivirajo izključno v skrajnem in izjemnem primeru stečaja banke. Tako je edino tveganje za imetnika obveznic E, možnost, da v primeru stečaja banke njegova terjatev iz obveznic morda ne bo v celoti poplačana. Pri tem tožena stranka opozarja, da v času vpisovanja obveznic E ni obstajala nikakršna pravna podlaga, ki bi banki dala pravico izreči izreden ukrep prenehanja kvalificiranih obveznosti banke oziroma ukrep izbriša podrejenih obveznic. Pravno podlago za izvedbo takšnega ukrepa je vzpostavila šele novela ZBan-1L, ki je bila objavljena v Uradnem listu dne 23. 11. 2013, pred tem pa bi na pravico iz naslova podrejenih obveznic lahko vplival samo stečajni postopek nad banko. Pravna prednica tožene stranke v času vpisovanja obveznic E ni vedela in ni mogla vedeti, da bo zakonodajalec, več kot šest let in pol po vpisu in vplačilu obveznic E izvedel ukrep prisilnega prenehanja podrejenih obveznic in seveda tudi ni vedela in ni mogla vedeti, da bo takšen ukrep kadarkoli lahko vplival na kupce teh obveznic. Tako je bilo v času sklepanja spornega posla edino tveganje, ki je obstajalo za prvega tožnika in drugotožnico v zvezi z nakupom obveznic E, možnost, da v skrajnem primeru stečaja banke njegove terjatve iz obveznic morda ne bodo v celoti poplačane. Tožena stranka je poskrbela, da so bili njeni zaposleni dobro informirani o produktih in tveganjih, ki iz njih izhajajo, M. M. se je namreč redno, v službi uspešno udeleževala vsakoletnih izobraževanj. Tveganje je bilo tako prvemu tožniku in drugi tožnici v celoti pojasnjeno in sta se v celoti zavedala in razumela pojasnjeno tveganje in sta ga tudi zavestno sprejela. Mislila sta pravzaprav, da pravna prednica

tožene stranke ne bo šla v stečaj in sta tako popolnoma zavestno prevzela to tveganje ter vpisala in vplačala obveznice E. Tožnika sta se zavedala, da bo lahko sprejet ukrep banke, kar se je tudi v konkretnem primeru analiziralo. Po svoji vsebini je to bila realizacija ravno tistega tveganja, na katerega sta bila tožnika opozorjena, katerega sta se tožnika zavedala in katerega sta tožnika tudi zavestno sprejela: izguba v primeru stečaja tožene stranke. Pravna prednica tožene stranke je dejansko prišla v položaj, da so bili izpolnjeni pogoji za stečaj, v katerem bi prvi tožnik in druga tožnica izgubila obveznice, tako kot jima je bilo pojasnjeno in kar sta kot tudi sprejemljivo tveganje vzela v zakup. Tako ne more biti nikakršnega dvoma, da je v konkretnem primeru prenehanje obveznic E oziroma tveganje, kot je opredeljeno, ki se je v konkretnem primeru uresničilo, po svoji vsebini realizacija ravno tistega tveganja, na katerega sta bila prvi tožnik in druga tožnica opozorjena, katerega sta se zavedala in katerega sta tudi zavestno sprejela. Sam ukrep banke pa ni bil ukrep, ki bi se osredotočal na podrejene obveznice. Tudi če do izrednega ukrepa Banke Slovenije, na podlagi katerega so prenehale obveznice E, ne bi prišlo, bi te obveznice bile izgubljene v stečaju. Vse navedeno tako daje podlago za edini možen zaključek, in sicer, da je tožena stranka v pravilnem obsegu in z ustrezno vsebino izpolnila svojo pojasnilno dolžnost, saj je pojasnila vse bistvene elemente oziroma sestavine obveznic E in jih je seznanila s celotnim tveganjem, ki iz teh obveznic izhaja, prvi tožnik in druga tožnica pa sta to tveganje popolnoma zavestno prevzela. Nato navaja, da je sodišče prve stopnje zmotno ugotovilo, da naj bi glavni predmet pogodbe to je podrejene obveznice, ne bil določen in jasno določen. Tudi tu je sodišče zgolj pavšalno, izhajajoč iz napačne razlage podrejenih obveznic kot posebne vrste obveznic in ne kot običajnih obveznic s posebnimi pogodbenim določilom, ki določajo posebno lastnost v primeru stečaja, in povsem arbitrarno zaključilo, da so bile podrejene obveznice glavni predmet pogodbe, ki ni bil določen jasno. Tožena stranka pojasnjuje, da so bile glavni predmet pogodbe obveznice, katerih zakonodaja ne loči za navadne in podrejene. Sama lastnost podrejenosti obveznosti vračila glavnice iz obveznic v skrajnem in izjemnem primeru stečaja banke, ki je v podrejenost, ni bistvena sestavina obligacijskega razmerja, ki ga je vzpostavila obveznica - gre le za stransko pogodbeno določilo, ki ureja možnost terjatve v izjemnem primeru stečaja banke in ki ne vpliva na bistvene značilnosti razmerja in tudi ne določa bistvene dajatve v pogodbi. Zmotna opredelitev glavnega predmeta pogodbe sodišča prve stopnje pa ni le vplivala na napačno opredelitev obsega in vsebine pojasnilne dolžnosti, temveč tudi na vsebinsko presojo nepoštenega pogoja v smislu ZVPot in pravnih posledic v razmerju do takšnih pogojev. Sodišče je v sodbi ugotovilo, da ugotovljena kršitev pojasnilne dolžnosti hkrati pomeni tudi ravnanje v nasprotju z načelom vesti in poštenja ter je zato pogoje, ki jih sicer ni identificiralo, opredelilo kot nepošteno v smislu 24. člena ZVPot in jih je v pogodbi ugotovilo za nične. Ker tožena stranka ni kršila pojasnilne dolžnosti, ker je v celoti izpolnila svojo pojasnilno dolžnost in je prvemu tožniku in drugi tožnici pojasnila vse bistvene sestavine pogodbe, in ju je tudi opozorila na vsa tveganja, ki iz teh obveznic izhajajo, ki sta jo prvi tožnik in druga tožnica potem popolnoma zavestno po preudarku tudi sprejela, je zato napačen zaključek sodišča prve stopnje o nepoštenosti pogodbenega pogoja. Da bi se lahko pogodbeni pogoji opredelili kot nepošteni, mora biti do potrošnika nepoštena sama vsebina pogoja. Določba ZVPot tako predstavlja dva elementa, ki morata biti kumulativno podana za nepoštenost in sicer nasprotovanje načelu dobre vere in znatno neravnotežje v škodo potrošnika. Tako ne zadošča zgolj nasprotovanje načelu vestnosti in poštenja, da bi bil pogoj nepošten in ničnen po ZVPot, temveč mora biti podana tudi vsebinska nepoštenost samega pogoja oziroma mora vzpostavljati znatno neuravnoteženje med pravicami in obveznostmi pogodbenih strank v škodo potrošnika, kar izhaja tudi iz sodne prakse. 24. člen ZVPot je treba razlagati tako, da mora biti za ugotovitev nepoštenosti določenega pogodbenega pogoja z njim podano znatno neravnotežje med pravicami in obveznostmi v škodo potrošnika in ne zgolj ravnanje v nasprotju z dobro vero kot npr. kršitev pojasnilne dolžnosti. Nepošten pogoj pomeni nedovoljeno pogodbeno vsebino, za katero ZVPot kot *lex specialis* izrecno določa sankcijo ničnosti. Sodišče prve stopnje v konkretnem primeru sploh ni ugotavljalo, ali pogoj izpostavlja znatno neuravnotežene pravice ali obveznosti pogodbenih strank v škodo prvega tožnika in druge tožnice, temveč je popolnoma arbitrarno zaključilo, da je temu tako in je pogodbi ugotovilo za nični. Tožena stranka še dodaja, da tudi samo ravnanje banke ni nikakor vzpostavilo znatnega neravnotežja v škodo prvega tožnika in druge tožnice. Ravnanje banke bi teoretično lahko pomenilo vzpostavitev znatnega neravnotežja v škodo prvega tožnika in druge tožnice in zgolj in samo, če bi do tega škodnega dejstva prišlo, torej do nehotnega prevzema tveganja. Ker 23. člen ZVPot določa, da je v primeru nepoštenosti ničnen zgolj nepošten pogodbeni pogoj in ne cela pogodba, bi sodišče moralo ugotoviti zgolj ničnost tega nepoštenega pogoja, ki določa lastnost podrejenosti obveznic v primeru stečaja banke, saj gre pri tej lastnosti le za stransko pogodbeno določilo, ki ni bistvena lastnost pogodbe in tudi ne določa bistvene dajatve iz pogodbe. Glede na to, da je bila lastnost podrejenosti terjatev prvega tožnika in druge tožnice za primer stečaja banke, določena prav v pogojih E, ki za prvega tožnika in drugo tožnico po mnenju sodišča naj ne bi veljali in tudi naj ne bi zavezovali, ni jasno kako je potem sploh mogoče govoriti o pogojih, ki bi bili za potrošnika nepošteni. Pogoj, ki potrošnika ne zavezuje, zanj ne more biti nepošten, ker zanj ne velja. Sodba ne vsebuje razlogov kako bi lahko pogoj, ki potrošnika sploh naj ne bi zavezoval, lahko bil hkrati nepošten do potrošnika, kar naj bi potem utemeljevalo ničnost. Tako je podana absolutna bistvena kršitev določb pravnega postopka po 14. točki drugega odstavka 338. člena ZPP. Tožena stranka še poudarja, da bo zakonodajalec moral poskrbeti za ureditev, ki bo omogočala uveljavitev pravice do sodnega varstva za vse morebitne, že vložene in bodoče odškodninske tožbe v zvezi z izbrisi kvalificiranih pravic na podlagi ZBan-1, kot je to določilo Ustavno sodišče. Če se bo tako izkazalo, da sta bila

prvi tožnik in druga tožnica z ukrepom Banke Slovenije oškodovana, bosta zato imela na voljo ustrezno pravno sredstvo. Mnenja je, da je pritožba utemeljena in priglaša pritožbene stroške.

3. Pritožba je bila vročena tožečima strankama, ki sta nanjo odgovorili. V odgovoru na pritožbo odgovarjata, da je bila bistvena tožbena trditev, da tožnika ne bi kupila obveznice E, če bi jima banka pojasnila, da so podrejene in da so namenjene za kapital I, ter da je banka delovala nemoralno, ko je za svoje potrebe iskala kupce podrejenih obveznic, ne da bi jim povedala, da te prodaja zato, da bi zaradi povečanega kreditiranja lahko zadostila pogojem regulatorja o kapitalski ustreznosti banke. Tožena stranka je v nasprotju z moralo, riziko lastnega poslovanje prevalila na kupca obveznic in jim je to zamolčala. Šele v pritožbi tožena stranka zatrjuje, da je bila pojasnilna dolžnost izpolnjena v celoti in popolno, ker podatek, da so bile obveznice E podrejene, za tožnika ni bil pomemben. V pritožbi se pozornost tožene stranke nenadoma obrne v posledico stečaja, kar pa je povsem nepomembno za to pravdo, ker se presoja faza sklepanja pogodbe. Trditev tožene stranke, da leta 2007 ni bilo pravne podlage, da bi se podrejene obveznice uporabile za kritje izgube, ni pravilno. Tožena stranka prihaja v nasprotje s svojimi dosedanjimi trditvami, ko se je ves čas trudila dokazati, da sta tožnika poznala Pogoje, v kateri je tožena stranka kot najbolj pomembno informacijo zapisala prav podrejenost in dejstvo, da bodo te obveznosti upoštevane kot dodatni kapital I tožene stranke, da so obveznice namenjene za zagotavljanje kapitalske ustreznosti tožene stranke in da so visoko tvegan vrednostni papir. Tudi v Sklepu o izdaji obveznic E je jasno določeno, da gre za obveznice, ki povečujejo dodatni kapital I, ki je predstavljen kot kapital z tveganji. Pomembno je bilo, da bi tožena stranka ob sklepanju pogodbe o nakupu obveznic leta 2007 morala povedati tožnikoma to, kar je zapisala v Pogoje, da bo denar od obveznic uporabe za dodatni kapital I, ki je namenjen za obvladovanje tveganj. V takšnem primeru tožnika ne bi kupila obveznic, kar sta v postopku tudi dokazala. Tožeča stranka še navaja, da so bili v direktivi Evropske skupnosti že leta 2001 postavljeni temelji za reorganizacijske ukrepe v sistemsko pomembnih bankah, ki zaidejo v težave, in sta bila tožnika leta 2007 trdno prepričana, da nikakor ne bosta tvegala s prihranki za starost. Tožnika nista hotela prevzeti nobenega rizika. Če bi to bilo zapisano v Pogojih, da je kapital od obveznic E namenjen za obvladovanje tveganj, ali da je visoko tvegan vrednostni papir, jih ne bi kupila. Tožena stranka je lahko pričakovala sprejem ukrepov in določb, o uporabi podrejenega dolga za kritje izgub že leta 2007, kajti že takrat je veljala direktiva ES/2001/24 in ZBan-1, ki je začel veljati 1. 1. 2007. Sklep Banke Slovenije o kapitalski neustreznosti banke iz leta 2002, je veljal od 1. 1. 2007, točka 6.3.3. in sklep o izračunu kapitala bank z veljavnostjo od 1. 1. 2007 in bi si tako lahko banka izborila rok. X. d.d. je potrebovala kapital, zato je izdala podrejene obveznice. Sodišče je pravilno ugotovilo, da so podrejene obveznice drugačne od navadnih obveznic in da ne gre le za stransko pravico, kakšne posledice podrejenost prinaša in je zato tudi pravilno opredelilo obseg pojasnilne dolžnosti. Tožena stranka je v odgovoru na tožbo navajala enako, kot izhaja iz sodbe, pritožbene navedbe pa so v nasprotju z njenimi prejšnjimi navedbami tožene stranke, predvsem pa s Pogoji in kasneje izdanim Prospektom. Podrejeni vrednostni papirji so tisti, ki so bili na vrsti za poplačilo za navadnimi upniki in podrejenim dolgom, ki se vključuje v dodatni kapital II. To je bistveni elementi podrejenih dolžniških inštrumentov, v katere je sodila obveznica E. Razlikovanje definicije je tudi določena v Zakonu o vrednostnih papirjih in v Zakonu o bančništvu, v 134. členu. Iz zakonodaje izhaja, kaj so obveznice in vrednostni papirji in da ima podrejeni dolg lahko obliko vrednostnega papirja. Tožena stranka tožnikoma ni povedala, da gre za denar za obveznice v dodatni kapital I, torej, da je na razpolago za pokrivanjem kapitalskih izgub. Odločilno je, da tožnika nista vedela za podrejenost in tveganje, zato se ga nista mogla zavedati in ga tudi nista mogla zavestno prevzeti, kar je pravilno ugotovilo sodišče prve stopnje. Primerjava depozita s podrejenimi obveznicami je napačna, napačno je stališče tožene stranke, da sodišče ni pravilno opredelilo obseg in vsebino pojasnilne dolžnosti. Sodišče je to pravilno ugotovilo in ugotovilo, da tožnikoma ni bilo pojasnjeno, da kupujeta podrejene obveznice, ki tvorijo dodatni kapital I, niti tveganja, ki iz tega izhajajo. Podrejenost je bistveni, glavni predmet pogodbe. Podrejenost je bistvena sestavila obligacijskega razmerja, saj bistveno vpliva na obseg in vsebino obveznosti tožene stranke. Tožnika nista bila seznanjena o podrejenosti ponujenih obveznic v primeru stečaja. Sicer pa do stečaja ni prišlo in od 1. 1. 2007 ni bilo več garancije, da podrejene obveznice ne bodo uporabljene za tekočo izgubo, kot to izhaja iz sklepa Banke Slovenije; pogoj iz točke 6.3.3. prej uveljavljanega sklepa, in da lahko pride v poštev za kritje izgube le v stečaju. Lastnost podrejenosti je bila bistvena sestavina in bistvena okoliščina posla in podlaga v vseh pojasnilnih dolžnostnih tožene stranke. Tožena stranka v pritožbi napačno trdi, da je v celoti izpolnila pojasnilno dolžnost, čeprav ni povedala, da so obveznice E podrejene in vir kapitala, namenjenega v primeru težav za pokritje kapitalskih izgub. Banka je zasledovala le svoj lastni interes, za kupce obveznic pa ji je bilo vseeno. Če bi banka povedala, da so obveznice podrejene, jih ne bi kupila. Nobenega rizika nista hotela sprejeti. Banka je delovala nemoralno, kot je to ugotovilo sodišče. Stališče, da sta bila tožnika seznanjena, da lahko izgubita obveznice le v stečaju in da sta takšen riziko zavestno sprejela, je zavajanje. Tožnika podrejenih obveznic ne bi kupila, glede na zapis tožene stranke, da sta kupovala tudi podrejene obveznice, pa je treba povedati, da tega nista vedela. Tega ni vedela niti M. M.. Tožnika nikoli nista prejela nobenega dokumenta, iz katerega bi izhajalo, da bosta kupila podrejene obveznice. Sodišče je pravilno ugotovilo, da je tožena stranka kršila pojasnilno dolžnost, da je glavni predmet pogodbe določen nejasno in da je lastnost podrejenosti glavni predmet pogodbe, ne pa stranski, kot to skuša uveljavljati tožena stranka.

Podrejenost je tako bistvena za obveznico, in jo v nasprotju z navadno obveznico, ki je varna naložba, spremeni v visoko tvegan vrednostni papir, saj je namenjena za pokrivanje kapitalskih izgub. Sodišče je ugotovljeno kršitev pojasnilne dolžnosti, to je pravilno ocenilo kot ravnanje v nasprotju z načelom vestnosti in poštenja in pogodbeni pogoj je opredelilo kot nepošten v smislu 24. člena ZVPot k pogodbi in ga je štelo za ničnega. Tožena stranka zmotno trdi, da je sodišče člen 24 ZVPot napačno interpretiralo. Kršitev pojasnilne dolžnosti sodi v predpogodbeno fazo, saj šele če je stranka pravilno obveščena, lahko sprejme odločitev o sklenitvi pogodbe. Sodišče je pravilno ugotovilo, da te svoje dolžnosti tožena stranka ni izpolnila. Prodaja obveznic E ni bila javna. Banki ni bilo v interesu poudariti razliko med podrejenimi in navadnimi obveznicami, ker če prodaja ne bi uspela bi bile posledice za banko lahko hude. Sodišče je pravilno ugotovilo, da je tožena stranka opustila dolžnost podati jasno informacijo o predmetu pogodbe in je pravilno ugotovilo, da je takšno delovanje v nasprotju z načelom vesti in poštenja. Tožena stranka je vedela za denar, ki so ga imele stranke na računih pri njej in jih je pozvala k sklenitvi pogodb, pri čemer je zatrjevala varnost naložbe. Tožena stranka ni varovala koristi kupcev, čeprav je vedela, da imajo denar v zelo varni obliki, v depozitih v njeni banki. Tožena stranka se je trudila te varne oblike denarnih vlog spremeniti v nekaj, kar bi tvorilo dodatni kapital I, da bi lahko povečevala ali obdržala obseg kreditiranja. Gledala je izključno lastni interes. Sama tožena stranka je trdila, da je naložba varna, zapisala pa je, da je visoko tvegana. S svojim ravnanjem je tožena stranka uspela prepričati svoje stranke, da so 37,000.000,00 EUR depozitov spremenile v obveznice. In nobena ni prišla k banki, ne da bi ju banka sama povabila k sklepanju tega posla, ko je pregledala stanje vlog svojih strank, ne da bi jo za to početje zadela kakšna sankcija. Tožena stranka neutemeljeno pritožbeno zatrjuje, da sodišče ni ugotavljalo nepoštenosti pogoja. Pogoj prodaje podrejenih obveznic brez navedbe, da gre za podrejene obveznice, je nepošten sam po sebi. Hkrati pa tudi pogoji, ki za tožnika sicer ne veljajo, ker jima niso bili dani, niti jima ni bila dana možnost, da bi se z njimi seznanila, vsebujejo nemoralne, zavajajoče in nekorektno podatke o obsegu rizika, ki ga sprejme kupec podrejenih obveznic. Zelo jasno se kaže tudi znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank. Leta 2007 je tožena stranka popolnoma brez vsakega rizika dosegla, da se je 37,000.000,00 EUR štelo kot dodatni kapital I. Leta 2013 je tožeča stranka prejela obvestilo o izbrisu obveznosti (ker se je realiziral riziko), na katerega tožena stranka tožnika ni opozorila. Tožena stranka se je kreditirala v višini vsaj 10-kratnika obveznic in ni utrpela nobene sankcije, tožnika sta svoj vložek izgubila v celoti. Izpolnjen je tudi dejanski stan iz 2. in 3. alineje prvega odstavka 24. člena ZVPot, ki govori o izpolnitvi pogodbe, neutemeljeno v škodo potrošnika oziroma je znatno drugačna od tistega, kar je potrošnik utemeljeno pričakoval. Pogodba o nakupu obveznic ni bila izpolnjena, saj tožena stranka glavnice ni izplačala ob zapadlosti. Sodišče je pravilno ugotovilo, da je opisano ravnanje banke v nasprotju z načeli vesti in poštenja. Opustitev pojasnilne dolžnosti je nemoralno in je sodišče upravičeno, v skladu s 24. členom ZVPot izreklo, da sta pogodbi nični. Tožeča stranka je kot temelj tožbe navedla, da je bil pogoj podrejenosti nepošten, in ga tožena stranka ni razkrila in da sta zaradi tega tožeči stranki izgubili celotno glavnico. Tožnika sta nehote prevzela riziko, ker jima tožena stranka ni povedala, da prodaja podrejene obveznice in da so namenjene za dodatni kapital I, ki se uporablja za kritje kapitalskih izgub, odločila pa sta se na podlagi trditev tožene stranke, da gre za varno naložbo v navadne obveznice. Podrejena glavnica pa je bila dejansko glavni predmet pogodbe. Pogodbi o nakupu obveznost E formalno ne obstajata, ker pa sta tožnika podpisala Izjavi o nakupu in je tožena stranka ponudbi sprejela tako, pogodbi dejansko obstajata. Res pa je, da so zaradi kršitev 24. člena ZVPot in zaradi tega, ker nasprotujeta morali, ti pogodbi nični. Pogoj - podrejenost, določen v Pogojih E ne zavezuje tožnikov, ker če ju bi zavezoval, bi pogodba ostala v veljavi. Ta pogoj - podrejenosti je nepošten pogoj, spravljen v pogodbo na nemoralen način, v nasprotju z načelom vestnosti in poštenja in je v skladu s členom 24 ZVPot povzročil ničnost obeh pogodb. Tožnika nista vložila tožbe zaradi razlogov, zaradi katerih je Ustavno sodišče RS odločilo, da je ZBan-1 v točki, ko ni predvidel sodnega varstva lastnikov neustaven, zaradi brisanja podrejenega dolga, in je naložilo zakonodajalcu, da sprejme zakon, po katerem bo sodno varstvo možno. Vložila sta tožbo iz razloga, da je dolžnost banke, da predstavi lastnost finančnega instrumenta, ki ga prodaja, in da če je banka kršila svojo pojasnilno dolžnost, odgovarja za takšno kršitev, do kršitev pride le ob prodaji prvemu kupcu. M. M. podrejenih obveznic ne bi ponudila tožnikoma, oziroma bi nakup odsvetovala, kot je povedala zaslišana na sodišču. Sodišče prve stopnje je pravilno ugotovilo kršitev pojasnilne dolžnosti s strani tožene stranke. Tožnika sta prepričana, da je podana slaba vera tožene stranke. Nepoštenost pogodbenega pogoja glede na to, da zanj celo tožena stranka ni vedela, ne more biti vprašljiva. Obstoj znatnega neravnotežja med pravicami in obveznostmi strank priznava v tej pritožbi celo sama tožena stranka, ko govori sicer o teoretičnem, nehotnem prevzemu rizika. Zato je pritožba vsebinsko prazna, v nasprotju z ugotovljenim dejanskim stanjem in je napisana ob zmotni uporabi materialnega prava, zato je neutemeljena in tožnika predlagata, da se pritožba zavrne. Priglašata še pritožbene stroške.

4. Pritožba ni utemeljena.

5. Tožena stranka najprej očita sodišču prve stopnje, da je zmotno uporabilo materialno pravo, ker je štelo, da obstajajo navadne obveznice in podrejene obveznice in navaja, da temu ni tako, ker ne ZTVP, ne Zakon o vrednostnih papirjih, ne ločita med navadnimi in podrejenimi obveznicami, kot je to ločevalo sodišče prve stopnje. Po zaključku

sodišča druge stopnje, pa je sodišče prve stopnje v sodbi zavzelo pravilno stališče, da so se obveznice, ki jih je banka ponudila tožnikoma, razlikovale od navadnih obveznic. Le-te so v tretjem odstavku 3. člena ZTVP opredeljene kot dolžniški vrednostni papir, ki daje imetniku pravico do izplačila glavnice in morebitnih donosov. Sporne podrejene obveznice so hibridni finančni instrument, ki so povečevale kapital I banke in so visoko tvegan vrednostni papir, kar vse izhaja iz sklepa banke z dne 12. 1. 2007. Osnovna razlika med navadno obveznico in podrejeno obveznico je različen status glede poplačila terjatev imetnikov navadnih obveznic podrejenih obveznic v primeru stečaja izdajatelja. Pri bančnih izdajateljih obveznic je nivo podrejenosti podrejenih obveznic opredeljen v Sklepu o izračunu kapitala bank in hranilnic (Ur. l. RS, št. 135/2006 in 104/2007). V primeru stečaja izdajatelja so terjatve imetnikov podrejenih obveznic pri pravici izplačila podrejene vsem terjatvam navadnih upnikov (npr. imetnikov navadnih obveznic). Skladno z višjim tveganjem, ki ga prevzema imetnik podrejene obveznice, je zato običajno donos podrejene obveznice višji od donosa navadne obveznice istega izdajatelja. Podrejena obveznica je dolžniški vrednostni papir, ki ga banka izdaja z namenom vključitve v dodatni kapital I banke, in sicer na podlagi izdanega dovoljenja Banke Slovenije. Podrejena obveznica ima lastnost podrejenosti, ki so opredeljene v 20. členu Sklepa o izračunu kapitala bank in hranilnic. V primeru stečaja izdajatelja so terjatve imetnikov podrejenih obveznic pri pravici izplačila podrejene vsem terjatvam navadnih upnikov do izdajatelja in terjatvam upnikov podrejenega dolga, ki se vključuje v dodatni kapital II. Dokler le-te ne bodo poplačane, imetniki podrejenih obveznic nimajo pravice terjati ali pridobiti kakršnegakoli zneska iz naslova podrejenih obveznic. Imetniki podrejenih obveznic pa so ob stečaju izdajatelja poplačani pred imetniki hibridnih in inovativnih instrumentov (lastnosti instrumentov so definirane v Sklepu o izračunu kapitala bank in hranilnic) ter lastniki prednostnih in navadnih delnic. Tudi Ustavno sodišče RS se je v odločbi št. U-I-295/13-260 z dne 19. 10. 2016 opredelilo do tega, da okrnjenost ali deprivilegiranost kvalificiranih pravic v primerjavi z navadnimi terjatvami ne prihajata do izraza le v stečaju in likvidaciji banke. Kvalificirane pravice, ki tvorijo kapitalsko "blazino", ki naj navadne upnike varuje pred bremenom izgub poslovanja banke, imajo tudi izven postopkov prenehanja banke nekatere specifične značilnosti, ki relativno slabšajo položaj njihovih imetnikov. Tudi neupoštevaje izrednega ukrepa izbrisa ali konverzije ter podrejenost v stečaju in likvidaciji, morajo imetniki kvalificiranih pravic nase prevzemati bistveno večji delež tveganj razvoja poslovanja podjetja banke, kot to velja za druge upnike (deponente, imetnike navadnih obveznic, kreditodajalce, upnike iz trgovinskih poslov ipd.). Tako določajo številna pravna pravila, zlasti prej omenjeni sklep. Navedeno kaže na to, da so imeli imetniki kvalificiranih pravic, še zlasti, če so se štele kot del regulatornega kapitala banke, poseben ter predvsem drugačen in slabši pravni položaj od drugih upnikov banke, kar izhaja že iz same narave kvalificiranih pravic. Sodišče prve stopnje tako v tej zvezi s pojmom definicije podrejenih delnic ni nepravilno uporabilo materialnega prava. Nadalje so neutemeljene pritožbene trditve, da se podrejenost obveznice v razmerju med imetnikom in banko izdajateljico kaže le kot posebna lastnost, sicer navadne obveznice in še to le v primeru stečaja banke, in je s tem razumevanjem potrebno tudi pristopiti k obravnavi konkretnega spora, saj kot izhaja tudi iz prej omenjene ustavne odločbe, ni to edini riziko imetnikov podrejenih obveznic. Sodišče prve stopnje je namreč ugotovilo (na podlagi tožbenih trditev tožeče stranke), da je v času izdaje obveznic E obstajala možnost ukrepov, ki jih je vsebovala Direktiva 2001/24/ES z dne 4. 4. 2001 in ki jih je Slovenija prenesla v naš pravni red s sprejetjem ZBan-1. Zato pravilno, v odgovoru na pritožbo tožnika navajata, da ob izdaji obveznic, banka ne bi smela v Pogojih navajati, da so podrejene obveznice na razpolago za kritje izgub le v stečaju in da niso na razpolago za kritje izgub v času rednega poslovanja. Tako je pravilno zaključilo sodišče prve stopnje, da bi tožnikokoma banka morala povedati, da prodaja obveznice, namenjene za kapital I in da lahko v primeru padca kapitalskih količnikov izgubita denar tudi brez stečaja, zgolj z reorganizacijskimi ukrepi Banke Slovenije, saj je ta možnost obstajala že od leta 2001 dalje.

6. Sodišče prve stopnje je zato pravilno zaključilo, da glede na naravo izdanih obveznic, banka ni ravnala s skrbnostjo dobrega gospodarja in ni v celoti opravila svoje informativne dolžnosti. Sodišče prve stopnje je pravilno v točki 20. obrazložitve zapisalo, da posamezne informacije niso prosto dostopne vsem udeležencem pogodbenega razmerja in je njihovo razkritje odvisno od poslovnega interesa stranke, ki ima informacije v posesti oziroma pod nadzorom. Informacijska asimetrija je izrazita v bančni dejavnosti. Stranka je v bistveno slabšem položaju glede znanja in izkušenj (ne glede na izobrazbo in poklic) na področju bančnih storitev, hkrati pa je zaradi omejenega vpogleda v bančno tkivo, prikrajšana tudi za možnost izvajanja samostojne ocene kvalitete premoženja posamezne banke. Pri sklepanju bančnih pogodb ima banka položaj profesionalnega subjekta. Njena skrbnost glede priprave, izbora in načina posredovane informacije je poklicna skrbnost dobrega strokovnjaka (dobre banke). Sodišče je zato ravnanje banke presojalo na podlagi, v času sklenitve pogodbe veljavnega Zakona o trgu vrednostnih papirjev. Ker je banka obveznice ponudila v skladu s 3. točko prvega odstavka 18. člena, torej vnaprej znanim osebam, ki se zavežejo, da bo vsaka izmed njih odkupila vrednostne papirje, ki so predmet take ponudbe v skupnem znesku najmanj 50.075,11 EUR, tega sicer ni bila dolžna objaviti v prospektu, vendar pa je bila po mnenju sodišča pri ponudbi dolžna spoštovati 7. člen ZTVP in sicer tem osebam posredovati dovolj informacij o pogojih ponudbe in ponujenih obveznicah, da so se lahko investitorji odločili za nakup obveznic, ki jih je banka ponudila tožnikoma, in so se razlikovale od navadnih obveznic. Sporne podredne obveznice so bili hibridni finančni instrument, ki so povečevala kapital banke I in so

visoko tvegani vrednostni papir, kar izhaja iz sklepa banke z dne 12. 1. 2007. Tožnika sta vseskozi zadrževala, da v kolikor bi bila seznanjena, da je banka s temi obveznicami povečevala kapital I banke, se zagotovo ne bi odločila za nakup tako visoko tveganih vrednostnih papirjev. Banka bi ju morala seznaniti z značilnostmi novo izdanih obveznic in s tem, da predstavljajo visoko tvegani vrednostni papir. Ker v nobenem dokumentu, ki jih je izročila tožnikoma, ni navedeno, da gre za podrejene obveznice in to tudi niso njihove lastnosti in je v celo M. M., ki je za banko pripravljala posel, štela, da gre za navadne obveznice, je zato banka ravnala v nasprotju s profesionalni standardi dobre banke in ni informirala tožnikov o tveganosti naložbe, kot je opisano v tej točki obrazložitve sodišča druge stopnje in tudi sodišča prve stopnje. Tožnika sta posel utemeljeno sklenila v prepričanju, da sta kupila navadne obveznice in ne podrejenih. S tem, ko je tako v izjavah, obračunih in v potrdilih o vpisu navedeno in kot je tudi M. M. tožnikoma ponudila odkup obveznic, za katere je dejansko šlo za podrejene in ne za navadne obveznice, je bil predmet pogodbe zaradi ravnanja banke določen nejasno. Glavni predmet pogodbe pa je bil dejansko nakup podrejenih obveznic, s čimer tožnika nista bila seznanjena. Prav tako je sodišče prve stopnje ugotovilo, da toženka ob sklepanju pogodbe ni poskrbela, da bi imela tožnika možnost seznaniti se s Pogoji, zato je ti ne predstavljajo vsebine pogodbe in njihova določila za tožnika ne veljajo. V nadaljevanju pa je sodišče prve stopnje tudi ocenilo vsebino teh Pogojev, čeprav tožnika niti M. M. ni vedela, da so predmet nakupa podrejene obveznice in torej tožnikoma ob sklepanju pogodbe ni bilo znano in jima tudi ni moralo biti znano, da banka prodaja podrejene obveznice in je sodišče prve stopnje v točki 22. obrazložitve samó še zapisalo, da se po 22. členu ZVPot za pogodbene pogoje štejejo vse sestavine pogodbe in da podjetje ne sme postavljati pogodbenih pogojev, ki so nepošteni do potrošnika in takšni pogoji so nični. Sodišče prve stopnje je tako le zapisalo zakonski dejanski stan iz 22. člena ZVPot, medtem, ko vsebine samih pogojev ni posebej ocenjevalo, ocenjevalo pa je pravni posel, to je nakup samih obveznic in ga je ocenilo za ničnega, to pa tudi zato, ker je ugotovilo, da je bilo ravnanje banke v nasprotju z načelom vesti in poštenja in je zato v skladu s 24. členom ZVPot pogodbi o nakupu obveznic, ki sta ju sklenila tožnika z banko, ugotovilo za nični. Tako glede na obrazloženo niso utemeljeni očitki tožene stranke, izraženi v pritožbi, da je sodišče prve stopnje najprej ugotovilo, da pogoji niso obstajali, nato pa je zaključilo, da so ti pogoji nepošteni do potrošnika, kar naj bi imelo za posledico ničnost, če pa konkretni Pogoji potrošnika sploh niso zavezovali. Sodišče prve stopnje se je tako pravilno opredelilo do tega, da banka ni pravilno izpolnila vsebine pojasnilne dolžnosti, ker sta tožnika razpolagala le z Izjavama in da sta od listin pri sklepanju spornega posla imela samo Izjavi, ki predstavljata dejansko pogodbi z nemoralnimi pogodbenimi pogoji, ker v pogodbi ni določeno, da so predmet pogodbe podredne obveznice. Glede Pogojev je namreč sodišče ugotovilo, da priča - delavka banke z njimi ni razpolagala in jih torej ni imela. Tožnika sta nakup izvedla po tem, ko sta prejela pričin telefonski klic, v nadaljevanju Pogoji tožnikoma niso bili izročeni in z njihovo vsebino ob sklepanju posla nista bila seznanjena. Z predstavnicco banke sta se pogovarjala le o dospelosti obveznic in o obrestih, ne pa tudi o vsebini Pogojev, zato je sodišče zaključilo, da tožnika ob nakupu nista bila seznanjena z vsebino Pogojev. Banka naj bi sicer kupcem pripravila mape z dokumentacijo, v katerih bodo tudi Pogoji, vendar je sodišče nedvomno ugotovilo, da to pri spornem nakupu ni bilo realizirano, saj niti priča - bančna referentka, Pogojev ni imela. V Izjavah z dne 5. 2. 2007, v obračunih z dne 13. 2. 2007 in potrdilih o vpisu z dne 15. 2. 2007 ni nikjer navedeno, da so predmet nakupa podrejene obveznice, to navedbo vsebujejo samo Pogoji, ki pa med strankama po presoji sodišča, za presojo razmerja ne veljajo. Sodišče je na osnovi izpoved tožnikov in priče ugotovilo, da nihče od njih ni vedel, da so predmet nakupa podrejene obveznice in da torej tožnikoma ob sklepanju pogodbe ni bilo znano in jima tudi ni moralo biti znano, da banka prodaja podrejene obveznice. Sodišče je ugotovilo, da tožnika nista vedela in nista bila dolžna vedeti, da so predmet pogodbe podrejene obveznice, ker ju banka s podrejenostjo ni seznanila oziroma jima je to zamolčala. Takšno ravnanje banke je glede predmeta pogodbe je tudi po zaključku sodišča druge stopnje nemoralno in ni le v nasprotju z dolžnim ravnanjem dobre banke, pač pa nasprotuje tudi načelu vesti in poštenja. Toženka, ki je podredne obveznice izdala z namenom povečanja svojega dodatnega kapitala I, bi na to lastnost obveznic, pri pridobivanju dodatnega kapitala, pogodbeno stranko vsekakor morala opozoriti. Ob ugotovitvi, da niti delavka banke ni vedela, da gre pri poslu za podrejene obveznice in ko torej tudi tožnika o tem nista dobila nobenih informacij, je sodišče prve stopnje pravilno zaključilo, da banka ni storila ničesar, da bi z vrsto in z lastnostmi predmeta pogodbe seznanila sopogodbena. S takšno ponudbo in sklepanjem posla je zasledovala zgolj lastne interese - pridobitev dodatnega kapitala, za interese tožnikov pa ni poskrbela. Na pomen okoliščine seznanjenosti vlagateljev pri naložbi v dodatni kapital banke je opozorilo tudi Ustavno sodišče RS. V končni fazi sta tožnika v letu 2014 oba ostala brez svojega vložka v obveznice. Ker je tako sodišče prve stopnje pravilno ugotovilo, da je ravnanje banke v nasprotju z načelom vesti in poštenja, je zato v skladu s 24. členom ZVPot pogodbi o nakupu obveznic, pod pogodbenimi pogoji, ki so nemoralni, ki sta jo sklenila tožnika z banko, ugotovilo za nični. Sodišče prve stopnje se je pravilno opredelilo, da je bil glavni predmet pogodbe podrejene obveznice in ta predmet pogodbe ni bil določen jasno. Banka je tožnikoma prodala podrejene obveznice, vendar tožnika s podrejenostjo obveznic in njihovimi lastnostmi nista bila seznanjena. Da so obveznice podrejene tudi ni navedeno na nobeni od listin, ki jih pri sklepanju posla tožnikoma izdala banka. Glede na to, da sta tožnika ostala brez celotne glavnice in to v letu 2014 zaradi nepoštenega in v nasprotju z načelom vesti in poštenja ravnanja tožene stranke, je tako vzpostavljeno znatno neravnotežje med pravicami in obveznostmi

pogodbenih strank, vse v škodo potrošnika, to je tožnikov, ki sta v celoti izgubila svoj vložek v kapital I banke - toženke.

7. Glede na obrazloženo se tako izkaže, da je sodišče prve stopnje pravilno uporabilo vso materialno pravo in je materialnopravno pravilno pogodbi o nakupu delnic, ki sta ju sklenila tožnika z banko dne 15. 2. 2007, ugotovilo za nični. Posledica ničnosti pa je, da mora vsaka pogodbeni stranka vrniti drugi vse, kar je prejela na podlagi take pogodbe (prvi odstavek 87. člena OZ). V samo vsebino izreka sodbe sodišča prve stopnje pa se pritožba niti ne spušča in o tem ne navaja nobenih razlogov. Zato je sodišče druge stopnje ob uporabi določbe člena 353 ZPP pritožbo tožene stranke kot neutemeljeno zavrnilo in potrdilo sodbo sodišča prve stopnje. Sodba sodišča prve stopnje je obrazložena, ni arbitrarna, zato ni podan pritožbeni razlog iz 14. točke drugega odstavka 339. člena ZPP. Sodišče prve stopnje je pravilno ugotovilo dejansko stanje zadeve in je na tako ugotovljeno dejansko stanje pravilno uporabilo vso, v sodbi citirano materialno pravo. Sodišču prve stopnje se niso pripetile tiste bistvene kršitve določb ZPP na katere mora paziti sodišče druge stopnje po uradni dolžnosti (drugi odstavek 350. člena ZPP).

8. Ker tožena stranka s pritožbo ni uspela sama krije svoje pritožbene stroške, mora pa tožečima strankama povrniti njune pritožbene stroške za odgovor na pritožbo, ki sta jih priglasila in sicer za sestavo odgovora na pritožbo po tar. št. 21; 2200 točk, povečano za zastopanje več strank člen 7/3; 250 točk, za stroške 1 %; 27,5 točk in kar vse skupaj ob vrednosti odvetniške točke in skupaj z 22 % DDV znaša 1.555,34 EUR in te pritožbene stroške je dolžna tožena stranka povrniti tožeči na način kot je to odločeno v točki II. izreka sodbe sodišča druge stopnje.