

**Sodišče:** Vrhovno sodišče

**Oddelek:** Gospodarski oddelek

**ECLI:** ECLI:SI:VSRS:2018:III.IPS.74.2016

**Evidenčna številka:** VS00008685

**Datum odločbe:** 23.01.2018

**Opravična številka II.stopnje:** Sodba VSL I Cpg 1941/2014

**Senat:** dr. Mile Dolenc (preds.), Vladimir Balažic (poroč.), dr. Ana Božič Penko, dr. Miodrag Đorđević, Franc Seljak

**Področje:** POGODBENO PRAVO

**Institut:** gradbena pogodba - neposredni zahtevek podizvajalca do naročnika - začetek stečajnega postopka nad glavnim izvajalcem - zapadlost terjatve glavnega izvajalca - bančna garancija - izplačilo zadržanih sredstev

**Zveza:** OZ člen 631

## Jedro

Za uspešno uveljavitev zahtevka podizvajalca po 631. členu OZ mora biti terjatev glavnega izvajalca do naročnika zapadla najkasneje ob zaključku glavne obravnave, na kateri je sodišče obravnavalo ta zahtevek.

Gradbena pogodba je kot pogoj za sprostitev zadržanih 10 % pogodbene vrednosti del določila dva pogoja, ki morata biti izpolnjena kumulativno: 1. izročitev bančne garancije naročniku in 2. zapadlost končnega računa. Že odsotnost enega izmed obeh pogojev pomeni, da tožena stranka zadržanih sredstev (še) ni dolžna plačati. Ni sporno, da glavni izvajalec toženi stranki bančne garancije ni izročil, zato dejstvo, ali je bil končni račun izstavljen in ali je zapadel na odločitev niti ne more vplivati.

## Izrek

I. Reviziji se ugodi, sodba sodišča druge stopnje se v prvem odstavku I. točke izreka spremeni tako, da se pritožbi tožene stranke ugodi in se sodba sodišča prve stopnje spremeni tako, da se zavrne tudi tožbeni zahtevek za plačilo 254.547,30 EUR z zakonskimi zamudnimi obrestmi od 16. 10. 2012 dalje.

II. V izreku o stroških pred prvostopenjskim sodiščem se sodba sodišča druge stopnje spremeni tako, da je tožeča stranka dolžna toženi stranki plačati 4.144,95 EUR stroškov postopka, v izreku o stroških pritožbenega postopka pa tako, da je tožeča stranka toženi stranki dolžna plačati 2.661,15 EUR stroškov postopka.

III. Tožeča stranka nosi sama svoje stroške revizijskega postopka.

## Obrazložitev

1. Sodišče prve stopnje je rabsodilo, da je tožena stranka dolžna tožeči stranki plačati 255.811,16 EUR z zakonskimi zamudnimi obrestmi.
2. Sodišče druge stopnje je prvostopenjsko sodbo delno spremenilo tako, da je toženi stranki naložilo plačilo v višini 254.547,30 EUR z zakonskimi zamudnimi obrestmi. V preostalem delu je tožbeni zahtevek zavrnilo.
3. Zoper del sodbe sodišča druge stopnje, s katerim ni uspela, tožena stranka vlaga revizijo zaradi zmotne uporabe materialnega prava in bistvenih kršitev določb pravnega postopka. Predlaga, da revizijsko sodišče reviziji ugodi ter sodbi sodišč druge in prve stopnje spremeni tako, da tožbeni zahtevek v celoti zavrne, podrejeno pa, da razveljavi sodbo sodišča druge stopnje ter zadevo vrne pritožbenemu sodišču v novo sojenje.
4. Revizija je bila vročena tožeči stranki, ki v odgovoru nanjo predlaga njeno zavrnitev.
5. Revizija je utemeljena.
6. Iz dejanskih ugotovitev sodišč prve in druge stopnje, na katere je revizijsko sodišče vezano (tretji odstavek 370. člena Zakona o pravnem postopku, v nadaljevanju ZPP), izhajajo naslednja pravno relevantna dejstva:
  - Tožena stranka kot naročnica in G., d. d. kot glavni izvajalec sta 3. 12. 2008 sklenila gradbeno pogodbo za izgradnjo stanovanjskega naselja A. Tožeča stranka je pri projektu sodelovala kot podizvajalec.
  - Tožena stranka je glavnemu izvajalcu za dela plačala dogovorjeno vsoto z izjemo zadržanih sredstev v višini 10 % pogodbene vrednosti kot jamstvo za kakovostno, solidno in pravočasno izvedbo del.
  - Glavni izvajalec pri prevzemu del ni hotel sodelovati, zapadlosti sporne terjatve ni ugovarjal ter ni podal nobene reklamacije iz naslova garancije. Toženi stranki ni izročil bančne garancije za odpravo morebitnih napak, ki bi se pokazale v garancijski dobi.
  - Med toženo stranko in glavnim izvajalcem je bil opravljen končni obračun del.
  - Nad glavnim izvajalcem se je začel stečajni postopek, v katerem tožena stranka ni prijavila pogojne terjatve za izpolnitev garancijske zaveze za primer, da bi se v garancijski dobi pojavila napaka.
  - Glavni izvajalec tožeči stranki opravljenih del ni v celoti plačal, zato je plačilo zahtevala od tožene stranke na podlagi 631. člena Obligacijskega zakonika (v nadaljevanju OZ). Zahtevo je na toženo stranko naslovila 11. 3. 2011 in ponovno 10. 10. 2011.
  - Tožena stranka je na dan 11. 10. 2011 glavnemu izvajalcu dolgovala 2,619.868,75 EUR, na isti dan pa je glavni izvajalec dolgoval tožeči stranki 252.688,05 EUR.

- Tožena stranka je v pobot terjatvi glavnega izvajalca uveljavljala svojo terjatev iz naslova pogodbene kazni zaradi zamude pri opravi del.

7. Sodišči prve in druge stopnje sta presodili, da je terjatev tožeče stranke zapadla do konca glavne obravnave pred prvostopenjskim sodiščem ter da je pripoznana. Zaključili sta, da so tako izpolnjeni vsi pogoji za utemeljenost neposrednega zahtevka podizvajalca do naročnika. Pojasnili sta, da je terjatev tožene stranke iz garancijske zaveze glavnega izvajalca prenehala, ker je tožena stranka ni prijavila v stečajnem postopku nad glavnim izvajalcem. Sodišče druge stopnje je presodilo, da so trditve tožene stranke glede pogodbene kazni, ki jo je uveljavljala v pobot, pomanjkljive ter da zato ni mogoče preizkusiti utemeljenost njene terjatve.

8. 631. člen OZ določa, da se sodelavci (podizvajalci) za svoje terjatve do podjemnika (glavnega izvajalca) lahko obrnejo neposredno na naročnika in zahtevajo od njega, da jim te terjatve izplača iz vsote, ki jo v tistem trenutku dolguje podjemniku, če so pripoznane. Navedena določba je sicer uvrščena pod določbe podjemne pogodbe, vendar se na podlagi 660. člena OZ uporablja tudi za gradbeno pogodbo.

9. V gradbeni pogodbi, ki sta jo sklenila tožena stranka kot naročnica in G., d. o. o. kot glavni izvajalec, je določeno: Naročnik bo ob vsaki začasni mesečni situaciji brezobrestno zadržal 10 % sredstev. Zadržana sredstva bodo izplačana izvajalcu sočasno z zapadlostjo končnega računa (tretji odstavek 15. člena gradbene pogodbe). Po obojestranskem podpisu zapisnika o končnem obračunu izvajalec naročniku dostavi bančno garancijo za odpravo napak v garancijski dobi. Po izročitvi te garancije izvajalec naročniku izstavi končni račun v štirih izvodih (tretji odstavek 17. člena gradbene pogodbe). Po podpisu zapisnika o končnem obračunu in pred izstavitvijo končnega računa izvajalec naročniku izroči bančno garancijo za odpravo napak v garancijski dobi v višini 10 % od končne vrednosti del po pogodbi. Izročitev bančne garancije je pogoj, da lahko izvajalec izstavi končni račun (prvi odstavek in prvi stavek drugega odstavka 27. člena gradbene pogodbe).

10. Tožena stranka v reviziji ponavlja svoje stališče, da mora biti obveznost naročnika do glavnega izvajalca v trenutku prejema zahteve podizvajalca že zapadla. Trdi, da njena obveznost v trenutku, ko je tožeča stranka nanjo naslovila zahtevek za neposredno plačilo, še ni dospela. Meni, da gre za zakonito cesijo, do katere lahko pride le ob kumulativni izpolnitvi vseh pogojev v trenutku podane zahteve s strani podizvajalca, eden od teh pogojev pa je, da je dolg naročnika do glavnega izvajalca že zapadel. Ker sta sodišči prve in druge stopnje presodili drugače, jima očita zmotno uporabo materialnega prava.

11. Do navedenega vprašanja se je Vrhovno sodišče že opredelilo v sodbi III Ips 1/2017 z dne 19. 9. 2017. Zavzelo je stališče, da mora biti za uspešno uveljavitev zahtevka podizvajalca po 631. členu OZ terjatev glavnega izvajalca do naročnika zapadla najkasneje ob zaključku glavne obravnave, na kateri je sodišče obravnavalo ta zahtevek. Med strankama v konkretnem primeru ni sporno, da je terjatev glavnega izvajalca do naročnika do konca obravnave pred prvostopenjskim sodiščem zapadla. Pogoj zapadlosti za utemeljenost neposredne zahteve podizvajalca do naročnika po 631. členu OZ je tako v obravnavanem primeru izpolnjen. Očitek zmotne uporabe materialnega prava v tem delu ni utemeljen.

12. Revidentka nadalje navaja, da njena obveznost v času, ko je tožeča stranka nanjo naslovila zahtevo za neposredno plačilo, sploh ni obstajala, ker njena obveznost izplačati zadržani znesek v višini 10 % pogodbene vrednosti ni nastopila. Meni, da zadržani znesek predstavlja pravico naročnika do pridržka zaradi morebitne pojave napak v garancijski dobi. Trdi, da gre za obveznost, ki je vezana na pogoj, zato nastane šele in če se pogoj izpolni. Nastala naj bi tako šele v primeru, da do napak v garancijski dobi ne bi

prišlo. Po njenem mnenju te terjatve ni bila dolžna prijaviti v stečajni postopek, ki je tekel nad glavnim izvajalcem, ker je imela alternativno pravico: bodisi zahtevati izročitev bančne garancije bodisi zadržati sredstva v višini 10 % pogodbene vrednosti.

13. Tožena stranka je imela pravico, da plačilo v višini 10 % pogodbene vrednosti zadržuje do zapadlosti končnega računa (tretji odstavek 15. člena gradbene pogodbe). Pogoj za izstavitve slednjega je bila izročitev bančne garancije (drugi odstavek 27. člena in tretji odstavek 17. člena gradbene pogodbe). Sodišče druge stopnje je zapisalo, da naj bi bil pogoj za sprostitev sredstev po drugem odstavku 27. člena gradbene pogodbe izpolnjen, ker je bil končni obračun opravljen (8. točka obrazložitve drugostopenjske sodbe). Pri tem pa je pritožbeno sodišče spregledalo, da gradbena pogodba razlikuje med končnim računom in končnim obračunom. Drugi odstavek 27. člena se glasi: "Po podpisu zapisnika o končnem obračunu in pred izstavitvijo končnega računa izvajalec naročniku izroči bančno garancijo za odpravo napak v garancijski dobi v višini 10 % od končne vrednosti del po pogodbi." Izročitev bančne garancije je pogoj za izstavitve končnega računa (tretji odstavek 27. člena gradbene pogodbe). Smiselno enako določbo vsebuje tretji odstavek 17. člena gradbene pogodbe, ki določa, da izvajalec naročniku dostavi bančno garancijo za odpravo napak v garancijski dobi po obojestranskem podpisu zapisnika o končnem obračunu. Po izročitvi te garancije izvajalec naročniku izstavi končni račun v štirih izvodih. Tudi v tretjem odstavku 15. člena gradbene pogodbe je določeno, da bodo zadržana sredstva izplačana izvajalcu z zapadlostjo končnega računa.

14. Ugotovitev sodišč, da je bil končni obračun opravljen, tako ne vpliva na utemeljenost zadržanja 10 % sredstev. Za odločitev je relevantno, ali je zapadel končni račun, pogoj za izstavitve slednjega pa je izročitev bančne garancije za odpravo morebitnih napak v garancijski dobi. Očitek zmotne uporabe materialnega prava je tako utemeljen. Sodišči prve in druge stopnje sta napačno uporabili v 9. točki obrazložitve te sodbe citirane določbe gradbene pogodbe, ko sta presodili, da je razlog za zadržanje sredstev v višini 10 % od pogodbene vrednosti prenehal, ker je bil opravljen končni obračun del med toženo stranko in glavnim izvajalcem.

15. Sodišči prve in druge stopnje v postopku sicer nista ugotavljali, ali je končni račun zapadel (kar je po tretjem odstavku 15. člena gradbene pogodbe pogoj za sprostitev spornih zadržanih sredstev) vendar to na odločitev ne vpliva. Glavni izvajalec toženi stranki namreč ni izročil bančne garancije, ki je po 27. členu gradbene pogodbe pogoj za izstavitve končnega računa. Gradbena pogodba je tako kot pogoj za sprostitev zadržanih 10 % pogodbene vrednosti del določila dva pogoja, ki morata biti izpolnjena kumulativno: 1. izročitev bančne garancije naročniku in 2. zapadlost končnega računa. Že odsotnost enega izmed obeh pogojev pomeni, da tožena stranka zadržanih sredstev (še) ni dolžna plačati. V obravnavanem primeru ni sporno, da glavni izvajalec toženi stranki bančne garancije ni izročil, zato dejstvo, ali je bil končni račun izstavljen in ali je zapadel na odločitev niti ne more vplivati.

16. Presoja, ali bi morala tožena stranka v stečajni postopek nad glavnim izvajalcem prijaviti svojo terjatev iz naslova jamčevanja za morebitne stvarne napake, ki bi se pojavile v garancijski dobi, oziroma svojo terjatev na izročitev bančne garancije, za odločitev ni bistvena. Ker niso nastopili pogodbeno določeni pogoji za izplačilo sredstev v višini 10 % pogodbene vrednosti, teh sredstev tožena stranka ni dolžna plačati tožeči stranki. Prijava njene terjatve, povezane z garancijo, v stečajni postopek na to ne vpliva.

17. Ker je Vrhovno sodišče tožbeni zahtevek zavrnilo, se do revizijskih očitkov v zvezi s terjatvijo tožene stranke iz naslova pogodbene kazni, ki jo je uveljavljala s pobotnim ugovorom, ni opredeljevalo.

18. Sodišči prve in druge stopnje sta zmotno uporabili določbe gradbene pogodbe, zato je Vrhovno sodišče na podlagi prvega odstavka 380. člena ZPP reviziji ugodilo in sodbi sodišč druge ter prve stopnje spremenilo tako, da je tožbeni zahtevek za izplačilo zadržanih sredstev zavrnilo.

19. Sprememba odločitve je narekovala tudi spremembo odločitve o vseh stroških postopka. Tožena stranka je v postopku pred sodiščem prve stopnje uspela, zato ji je tožeča stranka dolžna povrniti stroške postopka. Vrhovno sodišče ji je priznalo nagrado za postopek v višini 1.756,30 EUR in nagrado za narok v višini 1.621,20 EUR, skupaj z 20,00 EUR za poštno in telekomunikacijske storitve ter 22 % DDV v višini 747,45 EUR, vse skupaj torej 4.144,95 EUR.

20. Pred sodiščem druge stopnje so toženi stranki nastali naslednji stroški: nagrada za postopek v višini 2.161,60 EUR, 20,00 EUR za poštno in telekomunikacijske storitve ter 22 % DDV v višini 479,95 EUR, vse skupaj 2.661,15 EUR.

21. V revizijskem postopku tožena stranka stroškov ni priglasila. Tožeča stranka pa z odgovorom na revizijo ni uspela, zato nosi sama svoje stroške revizijskega postopka.

22. Odločitev o vseh stroških postopka temelji na določbah prvega in drugega odstavka 165. člena ZPP, prvega in drugega odstavka 154. člena ZPP ter določbah Zakona o odvetniški tarifi (Uradni list RS, št. Uradni list RS, št. 67/2008, 35/2009 - ZOdv-C).

**Datum zadnje spremembe:** 12.07.2018