

Pregledni znanstveni članek
UDK 347.275:336.717.061

Prenosljivost maksimalne hipoteke

BOJAN BREŽAN

odvetnik, partner v Odvetniški pisarni
Schönherr, podružnica v Sloveniji

JURIJ LAMPIČ

Master of Science in Law and Finance,
Univerza v Oxfordu,
odvetniški kandidat v Odvetniški pisarni
Schönherr, podružnica v Sloveniji

1. Uvod

V slovenski poslovni praksi smo v zadnjih nekaj letih priča velikemu povečanju števila transakcij na sekundarnem trgu dolžniških instrumentov, predvsem bančnih posojil posameznikom, malim in srednjim podjetjem ter večjim korporacijam. Velikokrat gre za paketne prodaje t. i. slabih bančnih terjatev (*non-performing loans* – *NPLs*) specializiranim investitorjem. Tovrstne transakcije v zadnjih letih glede na nominalno vrednost gotovo zajemajo tudi veliko večino poslov prenosa terjatev.

Pri strukturiranju takšnih transakcij je najprimernejše pravno »orodje« cesija. Vendar je pri njeni uporabi v primeru, kadar so terjatve (v delu) zavarovane z maksimalnimi hipotekami, nekaj zadržkov.

2. Prenos slabih bančnih terjatev

2.1. Dejanske značilnosti transakcij prenosa slabih bančnih terjatev

Za portfelje slabih bančnih terjatev in transakcije v zvezi z njihovo prodajo je značilno zlasti:¹

- a) predmet prenosa je paket terjatev do večjega števila dolžnikov – pogajanja s posameznim dolžnikom v kontekstu prenosa terjatve niso ekonomična ali pa dolžnik ne želi sodelovati; z drugimi besedami, dolžnikovega sodelovanja pri transakciji ni mogoče pričakovati;

¹ Seveda določeni vidiki transakcij od navedenega tudi odstopajo, je pa običajno prisotna večina naštetih okoliščin.

- b) kreditno razmerje je že »ugasnilo« – banka je na primer odpoklicala kredit ali pa »odpovedala« pogodbo (kar običajno pomeni, da taka pogodba ne more biti podlaga za nadaljnja črpanja kredita in tako za nastanek novih terjatev);²
- c) proti nekaterim dolžnikom so v času prenosa terjatve (že) vođeni pravdni, izvršilni ali postopki zaradi insolventnosti;
- d) zavarovanja, predvsem hipotekarna, so bistveni dejavnik vrednosti portfeljev;
- e) v interesu strank bo tipično prenos *vseh*³ terjatev do določenega dolžnika (ali vsaj iz določenega kreditnega razmerja), vključno z zavarovanji; upnik iz regulatornih razlogov izpostavljenost do dolžnika knjigovodsko vrednoti močno pod nominalno višino terjatev ali pa je terjatev že popolnoma odpisal – najhitrejši način, da iz takega sredstva ustvari vrednost, je prodaja tretji stranki; na strani upnika ni več interesa za nadaljevanje (kreditnega) razmerja z dolžnikom z zgodovino neplačila;
- f) v transakcijah so udeležene dobro podučene stranke (banke in specializirani skladi).

2.2. Pravna implementacija transakcij

Pri izbiri pravnega mehanizma izvedbe prenosa kreditnega tveganja ključno vlogo igrajo praktična (in časovno čim krajša) izvedljivost transakcije, pravna učinkovitost prenosa zavarovanj na novega upnika in navsezadnje transakcijski stroški. Kot je pojasnjeno v nadaljevanju, so si navedeni vidiki glede na instrumente slovenskega prava, ki so na voljo, pogosto v nasprotju.

Najpreprostejši in za stranke običajno najprimernejši pravni mehanizem prenosa terjatev je cesija (odstop terjatve s pogodbo, 417. do 426. člen Obligacijskega zakonika – OZ⁴). Razlogi za privlačnost cesije so predvsem (1) odsotnost potrebe po soglasju ali siceršnjem sodelovanju dolžnika,⁵ (2) zraščena zavezovalnega in razpolagalnega posla⁶ ter neobličnost prenosa (prenos terjatve se lahko zgodi na pogodbeno določen trenutek, npr. samodejno ob nakazilu kupnine; za izvedbo cesije ni treba vključevati notarjev oziroma vpisovati prenosa v registre), (3) podvrženost načelu akcesornosti,⁷ ki v večini primerov poskrbi za hkraten prenos zavarovanj in drugih stranskih pravic na prevzemnika, in (4) zaradi vsega že naštetega izvedljivost v kratkem času z nizkimi transakcijskimi stroški.

² Glede problematičnosti koncepta razmerja, »iz katerega ne morejo več nastati terjatve«, sicer glej oddelek 4.

³ Izjeme se večinoma pojavljajo pri prenosu izpostavljenosti do večjih dolžnikov (*single-ticket deals*).

⁴ Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631.

⁵ Izjema velja zgolj v primeru (negospodarskih) pogodb, ko si je dolžnik izgovoril vključitev klavzule *pactum de non cedendo*, kar je v praksi redkost.

⁶ Juhart v Plavšak in dr., 2003b, str. 571–573.

⁷ Prvi odstavek 148. člena SPZ in 418. člen OZ.

Pogosto pa stranke k izbiri drugačne, kompleksnejše mehanike prenosa prisili pomanjkanje pravne gotovosti glede prenosljivosti⁸ določenih vrst zavarovanj. Zadnji vidik običajno prevlada nad pomisliki glede stroškov in transakcijskega časa, saj so, kot omenjeno, zavarovanja glavni vir vrednosti, ki jo vsebuje kreditna izpostavljenost do neplačevitega dolžnika. V poslovni praksi se tako uporabljajo naslednji alternativni načini prenosa terjatev (in zavarovanj):

- a) Prenos celotnega pogodbenega razmerja (122. člen OZ). Prenos pogodbe je sicer pravno najbolj čista možnost za celovito spremembo stranke na upniški strani, vendar je za njegovo učinkovitost potrebno dolžnikovo soglasje. Zahteva po dolžnikovem soglasju pomembno omejuje uporabnost instituta v kontekstu transakcij s slabimi terjatvami.
- Dolžnik lahko poda upniku soglasje k prenosu pogodbenega razmerja že vnaprej, tipično v kreditni pogodbi. Vključitvi ustrezne klavzule lahko dolžnik seveda nasprotuje oziroma se o njej pogaja in na ta račun iztrži ugodnejše druge pogoje.⁹ V bančni praksi klavzula s soglasjem ni bila pogosto vključena v pogodbe (kar velja predvsem za dokumentacijo starejšega datuma). Poleg tega ob vnaprejšnjem soglasju dolžnika prenos učinkuje šele z obvestitvijo dolžnika (drugi odstavek 122. člena OZ). V kontekstu NPL bo v portfelju nemalokrat mogoče najti dolžnike, ki so spremenili kontaktne podatke, se s skrivanjem aktivno izogibajo plačilu in jih preprosto ne bo mogoče z zadostno stopnjo pravne gotovosti obvestiti »na zanesljiv način, ki druge pogodbene stavke [tj. dolžnika; op. a.] ne sme pustiti v dvomu«. ¹⁰
 - Še težje bo v praksi pridobivanje *ex post* soglasja dolžnika h konkretnemu prenosu (drugi odstavek 122. člena OZ). Kot že omenjeno, gre pri prenosih terjatev NPL praviloma za paketno prodajo terjatev do cele vrste dolžnikov. Zlasti v situacijah, ko so postali neplačeviti, taki dolžniki nikakor niso motivirani, da bi upniku dali soglasje za prenos – vsekakor ne brez poskusa, da bi si skušali za to izgovoriti boljše pogodbene pogoje od upnika.

⁸ Izraz »prenosljivost« se v tem prispevku – razen če iz konteksta ne izhaja drugače – nanaša na akcesorno prenosljivost pri odstopu (cesiji) terjatve, torej da ima določena pravica, vsebovana v instrumentu zavarovanja, enako usodo kot terjatev ter se ob odstopu terjatve neovirano in brez potrebe po sodelovanju dolžnika prenese na prevzemnika. Prispevek uporablja izraz »se (ne) prenese« v enakem smislu. Seveda maksimalna hipoteka ni absolutno neprenosljiva.

⁹ Ta problem je prisoten predvsem pri večjih dolžnikih (pravnih osebah), manj pa pri potrošnikih oziroma malih podjetjih, ki morajo večinoma privoliti v splošne pogoje banke, v katerih je lahko vključeno ustrezno soglasje.

¹⁰ Juhart v: Plavšak in dr. 2003a, str. 647. Seveda je skrivanje dolžnika praktičen problem tudi v primeru cesije (in drugih oblikah prenosa), vendar pa je cesija – v nasprotju s prenosom pogodbe z vnaprejšnjim soglasjem – v smislu razpolagalnopravnega učinka neodvisna od vedenja dolžnika (naznanitev je potrebna le za preprečitev učinka veljavne izpolnitve odstopniku).

- b) Korporacijskoppravna operacija oziroma statusnopravno preoblikovanje, na primer oddelitev portfelja terjatev s prevzemom s strani investitorja (korporacijski *asset deal*), ali oddelitev ali izčlenitev predmetnega portfelja v samostojno družbo ter nakup deleža tako nastale oddeljene oziroma izčlenjene družbe s strani investitorja (*share deal*). Mehanizmi korporacijskega prava so ugodna rešitev z vidika pravne gotovosti prenosa vseh pravic in obveznosti zaradi učinka (delnega) univerzalnega pravnega nasledstva.¹¹ Njihove najpomembnejše slabosti pa so potreba po dodatni dokumentaciji (tipično pogodba o oddelitvi s prevzemom v (slovenskem) notarskem zapisu), dolgotrajnost in s tem povezana kompleksnost in višji transakcijski stroški, ki glede na vrednost portfelja ne bodo vedno upravičeni.
- c) »Sintetični« pogodbeni prenos kreditnega tveganja (npr. subparticipacija), pri katerem se dolžnikovo kreditno tveganje prenese s prodajalca na kupca pogodbeno (brez razpolagalnega posla) – običajno sta bistvena elementa razmerja prodajalčeva zaveza k posredovanju plačil in izterjanih zneskov kupcu ter izvrševanje dejanj v razmerju do dolžnika po navodilih kupca. Prednost takega načina je visoka stopnja fleksibilnosti pogojev, ki jo omogoča pogodbeno svoboda pri oblikovanju sintetičnega razmerja. Vendar pa strankam tak mehanizem pogosto ne bo v interesu predvsem iz naslednjih razlogov: (a) namesto enkratnega (*one-off*) pravnega posla sta stranki zavezani v trajajočem razmerju, ki zahteva natančno *ex ante* regulacijo in dodatno sprotno administracijo, predvsem na strani prodajalca; ta s prodajo slabih terjatev pogosto želi zmanjšati tudi stroške njihovega upravljanja, kar pa bo v primeru sintetičnega prenosa izvedljivo le v manjši meri; in (b) kupec je poleg kreditnega tveganja dolžnika izpostavljen tudi kreditnemu tveganju prodajalca – v primeru njegove insolventnosti bo kupec načeloma le navaden upnik insolventnega prodajalca, saj kupec v sintetični strukturi tipično ne postane imetnik stvarnopravnih zavarovanj v svojem imenu.

Glede na zgornji pregled lahko sklenemo, da je za poslovno prakso (še vedno) najuporabnejši in najprimernejši način prenosa terjatev iz NPL-portfeljev cesija. Njena pomembna omejitev pa je vprašljiva pravna učinkovitost hkratnega prenosa neakcesornih oziroma omejeno akcesornih zavarovanj, med katerimi je najpomembnejša maksimalna hipoteka.¹²

¹¹ Glej 635. in 638. člen Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1; Uradni list RS, št. 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13, 55/15 in 15/17).

¹² V nekaterih situacijah cesijo spremljajo tudi drugi pomisleki oziroma pravna negotovost, npr. vprašljivost hkratnega prenosa določenih pravic, ki niso denarne terjatve (npr. informacijske pravice iz kreditnih pogodb), oziroma splošna omejitev prenosljivosti terjatev, katerih prenos je z zakonom prepovedan, terjatev, ki so povezane z osebnostjo upnika, ali terjatev, katerih narava nasprotuje prenosu na drugega (glej prvi odstavek 417. člena OZ).

3. Maksimalna hipoteka

3.1. Splošno o maksimalni hipoteki in njeni prenosljivosti

Maksimalna hipoteka¹³ (nem. *Hochstbetragshypothek*) je podvrsta hipoteke,¹⁴ namenjena zlasti zavarovanju bodočih terjatev,¹⁵ ki izhajajo iz dinamičnega »upniško-dolžniškega razmerja«,¹⁶ do določenega maksimalnega zneska, za katerega jamči nepremičnina. Za nastanek maksimalne hipoteke je – enako kot za običajno hipoteko – konstitutivnega pomena vpis v zemljiško knjigo, pri čemer se maksimalna hipoteka kot taka posebej označi, vpiše pa se tudi maksimalni znesek, do katerega jamči zastavljena nepremičnina.¹⁷ Najprivlačnejša lastnost maksimalne hipoteke je njen delni odmik od načela akcesornosti, zaradi katerega določeni maksimalni znesek kritja ostaja enak ne glede na nastanek in predvsem prenehanje terjatev znotraj upniško-dolžniškega razmerja. Z vidika poslovne prakse je tak instrument primeren za zavarovanje na primer t. i. *revolving* kreditov,¹⁸ kreditnih pogodb z možnostjo črpanja dodatne kreditne linije (*uncommitted facility*), okvirnih kreditnih pogodb in pogodb o zaporednih dobavah.¹⁹ S samodejnim prilagajanjem hipotekarnega kritja nastajanju in ugašanju posameznih terjatev maksimalna hipoteka presega togo akcesornost običajne hipoteke in pomembno zniža transakcijske stroške v omenjenih poslovnih razmerjih. Maksimalna hipoteka je tako za prakso pogosto nepogrešljiva oblika stvarnopravnega zavarovanja obveznosti.²⁰

V kontekstu prenosljivosti pa je maksimalna hipoteka – prav zaradi druge plati odmika od načela akcesornosti – problematičen instrument. Četrty odstavek 146. člena Stvarnopravnega zakonika (SPZ)²¹ namreč določa, da je »[v] primeru odstopa terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko [...], prenos hipoteke izključen«. To v skladu z dosedanja sodno prakso pomeni,

¹³ Člen 146 Stvarnopravnega zakonika (SPZ).

¹⁴ Novejša pravna teorija sicer poudarja, da gre po vsebini za drugačno obliko izvedene stvarne pravice, o čemer več v oddelku 4. Glej Plavšak, str. 117.

¹⁵ Bodoča terjatev v tem kontekstu pomeni terjatev, ki ob nastanku maksimalne hipoteke še ne obstaja, vendar ni odvisna od nastopa bodočega negotovega dejstva (torej uresničitve pogoja), temveč je njen nastanek odvisen od volje strank (ni torej negotov z vidika strank). Glej Plavšak, str. 116.

¹⁶ Tratnik, str. 12.

¹⁷ Vrenčur v Juhart in dr. 2016, str. 805. Glej 146. člen SPZ in 18. člen Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1; Uradni list RS, št. 58/03, 37/08 – ZST-1, 45/08, 28/09, 25/11, 14/15 – ZUUJFO, 69/17 in 11/18 – ZIZ-L).

¹⁸ Gre za vrsto kreditnega razmerja, ki omogoča večkratno črpanje in ponovno poplačevanje izposojenega zneska znotraj maksimalne vsote, na podoben način, kot to velja pri negativnem stanju na tekočem računu.

¹⁹ Plavšak, str. 116.

²⁰ Podobna oblika zavarovanja bi bila verjetno dobrodošla tudi za druge oblike premoženja, poleg nepremičnin, ki so lahko predmet stvarnopravnega zavarovanja.

²¹ Uradni list RS, št. 87/02 in 91/13.

da se terjatev,²² prvotno zavarovana z maksimalno hipoteko, s cesijo na odstopnika prenese nezavarovana.²³ Zaradi pravne negotovosti, ki izvira iz predmetne določbe, se stranke pogosto zatečejo k alternativnim (in suboptimalnim) načinom prenosa terjatev, zavarovanih z maksimalno hipoteko.²⁴ Stranke torej ne morejo uporabiti cesije kot najprimernejšega mehanizma prenosa terjatev pri portfeljih, v katerih je vsaj del terjatev zavarovanih z maksimalnimi hipotekami, kar je v praksi pogosto. Vendar pa, kot analizirava v nadaljevanju, razlogi za omejitev prenosljivosti maksimalne hipoteke niso prepričljivi.

3.2. *Ratio legis* četrtega odstavka 146. člena Stvarnopravnega zakonika

Slovenska teorija in sodna praksa tipično navajata, da je namen (*ratio legis*) omejitve prenosljivosti maksimalne hipoteke v varstvu hipotekarnega upnika. Omejitev naj bi želela preprečiti situacijo, ko bi »zmanjkalo hipotekarnega jamstva«²⁵ zaradi kontinuiranih odstopov posameznih terjatev, ki bi jim akcesorno sledil prenos (maksimalne) hipoteke. Z besedami Višjega sodišča v Ljubljani: »Če bi prenosu določene terjatve sledil prenos ustreznega deleža maksimalne hipoteke, za kar se zavzema pritožnik, bi hipotekarni upnik izgubil zavarovanje za terjatve, ki jih (še) ni prenesel, zato bi sčasoma zmanjkalo hipotekarnega jamstva za nove terjatve iz temeljnega razmerja, kot je pravilno pojasnilo že sodišče prve stopnje.«²⁶ V pripravljalni dokumentaciji v postopku sprejemanja Stvarnopravnega zakonika v letih 2001 in 2002 je glede predmetne omejitve zaslediti tudi stališče, da je »[g]lede na naravo maksimalne hipoteke (»odprtost« zavarovanja) [...] tudi nujno z novim četrtem odstavkom izključiti konkurenco upnikov v istem vrstnem redu, do katere bi lahko prišlo ob prenosu posamezne terjatve«.²⁷

Meniva, da v sodobni poslovni praksi omejitev ne deluje (več) v korist tipičnih pogodbenih strank, temveč je – ravno nasprotno – njen neto družbeni učinek negativen. Določba namreč na eni strani generira transakcijske stroške, saj se stranke želijo izogniti njenemu učinku zaradi drastične posledice – izgube zavarovanja –, na drugi strani pa ni jasno, koga ali kaj zares varuje. To zadnje vprašanje v naslednjih odstavkih analizirava z vidika prvotnega hipotekar-

²² Oziroma terjatev, nastala v okviru razmerja, ki je bilo zavarovano z maksimalno hipoteko.

²³ Sklep VSL II Cp 658/2004, 29. 9. 2004; sodba VSL I Cpg 1169/2014, 18. 9. 2014.

²⁴ Glej oddelek 2.2. Prenosljivost maksimalne hipoteke z omenjenimi alternativnimi mehanizmi v literaturi načeloma ni sporna – glede prenosa pogodbe prim. npr. Keresteš v Juhart in dr. 2004, str. 663.

²⁵ Keresteš v Juhart in dr. 2004, str. 663; sklep VSL II Cp 658/2004, 29. 9. 2004; sodba VSL I Cpg 1169/2014, 18. 9. 2014.

²⁶ Sodba VSL I Cpg 1169/2014, 18. 9. 2014.

²⁷ Predlog Stvarnopravnega zakonika (SPZ) – druga obravnava – EPA 272-III, Poročevalec št. 27, 19. marec 2002, str. 50. V prvotnem vladnem predlogu SPZ se omejitev v členu o maksimalni hipoteki ne pojavlja.

nega upnika, prevzemnika terjatev iz zavarovanega razmerja in dolžnika. Pri analizi smiselnosti omejitve iz četrtega odstavka 146. člena SPZ izhaja iz hipoteze, da bi ob odsotnosti te določbe oziroma ob cesiji terjatve iz pravnega razmerja, zavarovanega z maksimalno hipoteko, slednja prešla skupaj s terjatvijo na prevzemnika, in sicer v celoti, če bi bile prenesene vse terjatve iz zavarovanega razmerja, v primeru prenosa zgolj posamezne terjatve iz zavarovanega razmerja pa bi med različnimi upniki terjatev znotraj razmerja na maksimalni hipoteki nastala skupnost iz 1003. člena OZ.²⁸

Prvotni hipotekarni upnik varstva pred prenosom maksimalne hipoteke skupaj z zavarovano terjatvijo ob cesiji načeloma ne želi niti ga ne potrebuje. Upniku prodaja nezavarovane terjatve večinoma ne bo v interesu, saj bo za tako terjatev od prevzemnika iztržil veliko manjšo kupnino, poleg tega pa običajno želi tudi v celoti prenesti izpostavljenost do dolžnika. Če upnik morda vseeno želi terjatev prenesti brez spremljajoče maksimalne hipoteke (zato da »hipotekarnega kritja ne bo zmanjkalo« oziroma iz drugega razloga), bi se za tak prenos po splošnih pravilih lahko dogovoril s prevzemnikom: po prvem odstavku 148. člena SPZ se skupaj z zavarovano terjatvijo na novega upnika prenese tudi hipoteka, *če ni dogovorjeno drugače*. Če pa ga to ne skrbi, ni razloga, da mu pravo (kogentno) preprečuje prenos hipotekarnega kritja.

Pomislek se zdi na prvi pogled bolj utemeljen v razmerju do vsakega od prevzemnikov posameznih terjatev iz razmerja, zavarovanega z maksimalno hipoteko. Vsak posamezen prevzemnik bi bil sicer seznanjen z zneskom maksimalne hipoteke (torej največjim kritjem) in z višino terjatve, ki jo prevzema (torej z višino kritja hipoteke, ki jo prevzema skupaj s terjatvijo), ne bi pa imel pregleda nad višino terjatev (in spremljajočih hipotek oziroma delov maksimalne hipoteke), ki so že ali bi še lahko nastale znotraj pravnega razmerja, zavarovanega z maksimalno hipoteko. S tega vidika si je mogoče predstavljati situacijo, ko prvotni upnik enemu ali več prevzemnikom odstopi terjatve iz osnovnega razmerja, pri čemer vsako tako terjatev »proda« kot zavarovano in prejme temu ustrezno kupnino. Šele ob uveljavitvi maksimalne hipoteke pa bi vsak od upnikov – prevzemnikov spoznal,²⁹ da mora zavarovanje (tj. vrednost nepremičnine do maksimalnega zneska) deliti z upniki preostalih terjatev iz zavarovanega razmerja, katerih imetnik ni on sam.

²⁸ Kot to (zaradi nedeljivosti hipoteke) velja pri prenosu dela terjatve, zavarovane s (fiksno) hipoteko. Glej Plavšak, str. 113, in sliko 1 v oddelku 4. Glej tudi oddelek 5 glede potencialne zakonodajne implementacije.

²⁹ Argument v tem primeru bi bil, da je cesija zaradi vraččnosti razpolagalnega posla v *inter partes* zavezovalno razmerje z vidika prevzemnikov terjatev relativno netransparenten mehanizem. Kot taka je potencialno dovzetnejša za slaboverno delovanje prvotnega upnika, ki bi ga prevzemniki lahko odkrili le, ko bi bilo že prepozno. Kot pa je pojasnjeno v naslednjem odstavku, meniva, da je mogoče kakršnakoli tveganja iz tega naslova učinkovito sanirati s pogodbenim urejanjem.

Vendar pa tudi tak (putativni) *ratio legis* ne prepriča. Meniva, da bodo v veliki večini primerov stranke (tj. prodajalec – prvotni upnik in kupec – prevzemnik terjatve) zmožne uspešno pogodbeno nasloviti tveganja, ki bi izhajala iz omenjene pravne negotovosti: kupci (prevzemniki) redno zahtevajo, da prodajalec (odstopnik) jamči za nominalno višino terjatve na določen datum in za veljavnost zavarovanj. Ni razloga, da jamstva ne bi bilo mogoče ustrezno besedno prilagoditi tudi za primer prosto prenosljive maksimalne hipoteke (ali njenega dela).³⁰ Protiargument zaupanju v tako pogodbeno urejanje bi lahko bil, da je stvarnopravno varstvo načeloma močnejše od obligacijskopravnega – da je za prevzemnika torej »več vreden« ustrezen del (maksimalne) hipoteke na nepremičnini kot pa zaveza prenosnika (ki je kaj lahko neplačevit), da bo pokril morebitno izostalo kritje. Odgovor na to je, da v praksi že zdaj obstajajo podobne napetosti, na katere se stranke v večjih transakcijah odzivajo tudi z zavarovanjem jamstev (*warranty insurance*), običajno pa jih zgolj upoštevajo pri oblikovanju cene. Prenosnik, ki ne bo želel podati ustreznih jamstev, bo lahko svojo terjatev (tudi če je popolno zavarovana) tipično prodal z diskontom, v vsakem primeru pa bo, tudi ob prisotnosti ustreznega jamstva, kupec pri ceni upošteval tveganje neplačevitosti prodajalca v primeru aktivacije jamstva. V nobenem primeru se ne zdi prepričljiv argument, da je zaradi ohranjanja prave vrednosti stvarnopravnega zavarovanja ob prenosu treba kogentno prepovedati kakršenkoli akcesorni prenos stvarnopravnega zavarovanja s cesijo.

Teorija in sodna praksa ne omenjata, da bi bil smisel četrtega odstavka 146. člena SPZ morebiti varovanje dolžnika.³¹ Razume se, da je njegovo jamstvo ustrezno zamejeno z maksimalnim zneskom, za katerega jamči nepremičnina, ne glede na prenose terjatev. V vsakem primeru se dolžnikov položaj s cesijo ne more poslabšati.³²

Preizkus namena določbe četrtega odstavka 146. člena SPZ tako pokaže, da ta ni (učinkovito) usmerjena v varstvo interesov nobenega deležnika cesije terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko. Zato je treba pogled usmeriti v bolj smiselno rešitev.

³⁰ Kupec terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko, bi lahko izposloval jamstvo in zavezo prodajalca, da ne obstajajo in tudi ne bodo nastale druge terjatve, zavarovane z isto maksimalno hipoteko, ali pa, da štejejo vse terjatve prvotnega hipotekarnega upnika v razmerju do terjatve, ki jo prevzema, za podrejene.

³¹ V transakciji zavarovanega financiranja bi si kot šibkejšo stranko (če že) običajno predstavljali dolžnika. Kogentne določbe, kot je četrti odstavek 146. člena SPZ, so načeloma namenjene (in v takem primeru upravičene) varovanju šibkejše stranke.

³² Juhart v Plavšak in dr., 2003b, str. 589.

4. (Novejši) pogledi teorije na prenosljivost maksimalne hipoteke

Togost četrtega odstavka 146. člena SPZ je v teoriji spodbudila tako predloge za korigiranje ureditve kot tudi alternativne razlage delovanja določbe, ki bi strankam že *de lege lata* omogočile več pravne gotovosti glede prenosljivosti maksimalne hipoteke.

Že Keresteš ugotavlja, da bi kazalo od pravila odstopiti takrat, ko je z maksimalno hipoteko zavarovana samo ena terjatev in ne celotno upniško-dolžniško razmerje, iz katerega lahko nastanejo nove terjatve.³³ Podobno je tudi Višje sodišče v Ljubljani, ki je v konkretnem primeru sicer potrdilo princip neprenosljivosti, načeloma dopustilo, da bi bil »[o]dstop od pravila iz četrtega odstavka 146. člena SPZ [...] utemeljen le v primeru prenosa celotne pogodbe ali če bi bila z maksimalno hipoteko zavarovana le ena terjatev oziroma, če bi prišlo do prenosa vseh z maksimalno hipoteko zavarovanih terjatev«. ³⁴ Na tako razlogovanje se je naslonilo tudi Višje sodišče v Kopru: »Glede na navedeno je zaključek sodišča, da je iz Potrditvene pogodbe razvidno, da so bile prenesene vse terjatve zavarovane z maksimalno hipoteko, in da drugih terjatev ni ter da je bilo zato preneseno celotno razmerje, pravno pravilno in je že zato pritožba neutemeljena.« ³⁵

V prejšnjem odstavku citirana stališča sodne prakse so sicer pravno-politično smiselna, vendar pa sama po sebi z vidika pravne gotovosti ne zadoščajo za spremembo prakse pri prenašanju terjatev, zavarovanih z maksimalnimi hipotekami. Kljub *obiter* dopuščnemu odmiku od pravila četrtega odstavka 146. člena SPZ sodišča namreč ne izoblikujejo oprijemljivejših kriterijev, na podlagi katerih bi lahko stranke zanesljivo ugotovile, ali »prenašajo vse terjatve iz razmerja«, »prenašajo (edino) terjatev, ki jo zavaruje maksimalna hipoteka,« ³⁶ ali »da iz

³³ Keresteš v Juhart in dr. 2004, str. 663.

³⁴ Sodba VSL I Cpg 1169/2014, 18. 9. 2014. Sodišče nadaljuje, da v predmetnem primeru stranka ničesar od navedenega sicer ni zatrjevala. Podobno tudi sklep VSL II Cp 658/2004, 29. 9. 2004: »Maksimalno hipoteko bi bilo potrebno obravnavati kot klasično hipoteko le v primeru, da je z njo zavarovana ena sama terjatev in ne pravno razmerje.«

³⁵ Sklep VSK CDn 152/2016, 29. 6. 2016. Treba je poudariti, da je kljub odločitvi, navidez ugodni za prenosljivost maksimalne hipoteke, pomen te odločbe nekoliko manjši zaradi dejstva, da je šlo za prenos na Družbo za upravljanje terjatev bank, za katero po izrecni določbi Zakona o ukrepih Republike Slovenije za krepitev stabilnosti bank (ZUKSB; Uradni list RS, št. 105/12, 63/13 – ZS-K, 23/14 – ZDIJZ-C, 104/15, 26/17 – ORZUKSB33 in 27/17 – popr.) omejitve prenosljivosti iz drugih zakonov ne veljajo (drugi odstavek 29. člena ZUKSB).

³⁶ Ni jasno, ali sodna praksa in teorija tu ciljata na primer, (1) ko je z maksimalno hipoteko že od samega začetka zavarovana zgolj ena (nepogojna in »nebodoča«) terjatev (ki bi bila sicer lahko zavarovana tudi z navadno hipoteko), ali na primer, (2) ko je v sklopu razmerja, zavarovanega z maksimalno hipoteko, do časa prenosa nastala ali ostala samo ena terjatev (ki je bila sicer bodoča ob nastanku razmerja).

razmerja ne bo nastala nobena nova terjatev». ³⁷ Glede na strogost potencialne posledice v primeru nasprotne interpretacije – izgube zavarovanja – se ob razumno previdnem pristopu odstopniki in prevzemniki ne morejo zanašati na navedena stališča. To se v praksi kaže v uporabi alternativnih mehanizmov prenosa ali pa v diskontu pri kupnini za terjatve.

Novejša teorija se namesto na formo (torej poimenovanje in sistematsko uvrstitev) osredotoča na vsebino upravičenja, ki ga pridobi imetnik maksimalne hipoteke. ³⁸ Ker maksimalna hipoteka, ki zavaruje upniško-dolžniško razmerje, sama po sebi (še) ne vključuje prednostnega poplačilnega upravičenja, ³⁹ je njena narava bolj podobna varovalni izvedeni stvarni pravici, kot sta na primer predznamba hipoteke ⁴⁰ ali zaznamba vrstnega reda pridobitve hipoteke. ⁴¹ To pomeni, da maksimalna hipoteka varuje vrstni red nastanka posameznih hipotek, ki s samodejnim nastankom zavarujejo posamezne nastale terjatve iz zavarovanega upniško-dolžniškega razmerja. Take hipoteke pa so akcesorne posameznim terjatvam, nastalim znotraj takega razmerja, in kot take prosto prenosljive skupaj s takimi posameznimi terjatvami. Ob prenosu terjatev iz razmerja, zavarovanega z maksimalno hipoteko, prevzemnik skupaj s prenosnikom postane soimetnik maksimalne hipoteke.

Avtorja meniva, da navedena interpretacija pripelje do ekonomskega učinka, ki bi tipično ustrežal interesom strank v transakcijah, ki vključujejo prenos terjatev, zavarovanih z maksimalno hipoteko. Interpretacija tudi ni v neposrednem nasprotju z obstoječo zakonodajo, jo pa razlaga na izvirni način, ⁴² ki nima trdne zaslombe v zakonu. Zato – podobno kot obstoječa stališča sodne prakse – zgolj sama na sebi še ne nudi zadostne stopnje pravne gotovosti, da bi bila v praksi sprejeta brez pomislekov (in kvalifikacij v pravnih mnenjih odvetniških pisarn).

³⁷ Zdi se, da ta okoliščina cilja na primer na (1) »odpoklicane« oziroma »odpovedane« (okvirne) kreditne ali drugačne pogodbe ali (2) kreditne pogodbe, pri katerih je kredit črpan do konca in dolžnik ne more več z *enostransko* izjavo (npr. *utilisation request*) ustvariti nove terjatve oziroma povečati obstoječe. V obeh primerih gre pravzaprav bolj za *verjetnost*, da iz obstoječega razmerja ne bodo nastale nove terjatve. Upnik in dolžnik se sicer vedno lahko dogovorita za nastanek novih terjatev iz razmerja, pri čemer ni ovire, da bodo take terjatve po lastnostih ustrezale kriterijem razmerja, ki ga krije maksimalna hipoteka, in tako padle pod njegovo kritje.

³⁸ Celoten odstavek se sklicuje na Plavšak, str. 117. Tej interpretaciji pritrjuje tudi Vrenčur (v Juhart in dr. 2016, str. 806).

³⁹ Kar je bistvena vsebina upravičenja, ki za imetnika izhaja iz navadne hipoteke.

⁴⁰ Člen 48 ZZZK-1 in nasl.

⁴¹ Člen 68 ZZZK-1.

⁴² Omenjena interpretacija odstopa od interpretacije *ratio legis* določbe četrtega odstavka 146. člena, kot sta jo doslej razlagali teorija in sodna praksa (glej oddelek 3.2).

Interpretacija odpira tudi določena vprašanja, povezana z implementacijo. Stranki NPL-transakcije namreč praviloma stremita k temu, da se glede prenosa zavarovanj doseže ustrezna publiciteta oziroma *erga omnes* učinek (t. i. *perfection*). Glede posameznih hipotek, ki nastanejo znotraj kritja maksimalne hipoteke, velja domneva, da pripadajo imetniku maksimalne hipoteke⁴³ – strankam je v interesu tako domnevo izpodbiti, kar bodo najučinkoviteje dosegle z vpisom v zemljiško knjigo. V tem trenutku še ni splošno znane in uveljavljene prakse zemljiškoknjižnih sodišč, v skladu s katero bi ta ustrezni vpis izvedla na primer na podlagi posadne listine, s katero hipotekarni upnik dovoljuje vpis novega upnika kot soimetnika *maksimalne* hipoteke⁴⁴ (taka praksa je sicer že ustaljena glede delnih prenosov terjatev – glej primer na sliki 1). Alternativna pravnotehnična možnost za zagotovitev publicitete bi bila izstavitve posadne listine, ki bi v korist prevzemnika dovoljevala vknjižbo *posamezne hipoteke*, nastale za posamezno terjatev znotraj razmerja, zavarovanega z maksimalno hipoteko, *z istim vrstnim redom kot maksimalna hipoteka*.⁴⁵ Vendar je seveda tudi tak pristop negotov z vidika odločanja zemljiškoknjižnega sodišča, obenem pa je nejasen glede vidika omejenosti jamstva do maksimalnega zneska in bi potencialno dajal vtis povečanega jamstva nepremičnine. Ustrezno publiciteto bi morda lahko zagotovila sprememba ZZK-1, ki bi glede posameznih hipotek, nastalih znotraj kritja maksimalne hipoteke, vpeljala analogno ureditev, ki od novele ZZK-1C⁴⁶ velja za zaznambo neposredne izvršljivosti posameznih hipotek znotraj maksimalne hipoteke (peti odstavek 91. člena ZZK-1). Če je torej za razjasnitev položaja potrebna zakonodajna rešitev, pa avtorja meniva, da se je je bolje lotiti celoviteje (glej naslednji oddelek).

⁴³ Plavšak, str. 118.

⁴⁴ Dovolitev takega vpisa bi implicirala tudi, da je tudi prevzemnik soimetnik varovalne stvarne pravice v obliki maksimalne hipoteke (in ne (zgolj) posameznih fiksnih hipotek), kar pa pravzaprav ne ustreza materialnopravni posledici, kot jo za tak primer predvideva omenjena interpretacija delovanja maksimalne hipoteke. Seveda bi se dalo pravo stanje ustrezno pojasniti z dodatnimi opisi.

⁴⁵ V tej smeri tudi Tratnik, str. 22, v svojem predlogu ureditve prenosljivosti maksimalne hipoteke *de lege ferenda*. Glej tudi sliko 2, ki ilustrira podoben zemljiškoknjižni pristop pri vpisih več (navadnih) hipotek več imetnikov z istim vrstnim redom.

⁴⁶ Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1C), Uradni list RS, št. 25/2011.

Slika 1: Primer dveh imetnikov ene hipoteke
(anonimiziran dejanski izpisek iz zemljiške knjige)

ID pravice / zaznambe [redacted]
čas začetka učinkovanja 28.05.2010 12:00:00
vrsta pravice / zaznambe 401 - vknjižena hipoteka
glavna nepremičnina: katastrska občina [redacted]
podatki o vsebini pravice / zaznambe
 terjatev: [redacted]
 tip dospelosti 2 - do odpoklica
 dodatni opis:
 [redacted] EUR
 [redacted] EUR
 [redacted] EUR
 Na podlagi notarskega zapisa [redacted] sporazuma o zavarovanju
 denarne terjatve po 142. in 145. čl. SPZ [redacted] se vknjiži skupna hipoteka za
 zavarovanje denarne terjatve v višini [redacted] EUR:
 - upnika [redacted]
 - upnika [redacted] in
 - upnika [redacted]
 obresti: obresti po spremenljivi letni obrestni meri, [redacted]
 [redacted] z morebitnimi zamudnimi obrestmi po obrestni meri, ki je seštevek pogodbene obrestne mere in pribitka v višini
 [redacted] vsemi drugimi nadomestili, pripadki in stroški, ki bi jih imeli upniki z uveljavljanjem vračila terjatev ter
 možnostjo predčasne odpovedi kredita pod pogoji določenimi [redacted]
 zapadlost glavnice: zapade v plačilo [redacted]

stran 2 od 7

22.3.2017 - 15:45

Zaznamuje se neposredna izvršljivost notarskega zapisa.

imetnik:

1. matična številka: [redacted]

firma / naziv: [redacted]

naslov: [redacted]

začetek učinkovanja vpisa imetnika 20.04.2015 14:26:07

2. matična številka: [redacted]

firma / naziv: [redacted]

naslov: [redacted]

začetek učinkovanja vpisa imetnika 28.05.2010 12:00:00

zveza - ID osnovnega položaja: [redacted]

pravice / zaznambe pri izvedeni pravici / zaznambi:

ID	čas začetka učinkovanja	vrsta
[redacted]	25.04.2014 13:52:03	716 - zaznamba spremembe pri hipoteki
[redacted]	30.10.2014 15:29:38	717 - vknjižba spremembe pri izvedeni pravici
[redacted]	12.05.2015 11:28:07	716 - zaznamba spremembe pri hipoteki
[redacted]	12.10.2015 11:45:05	716 - zaznamba spremembe pri hipoteki

Slika 2: Primer več hipotek, vpisanih z istim vrstnim redom
(anonimiziran dejanski izpisek iz zemljiške knjige)

Osnovni pravni položaj nepremičnine:

ID osnovnega položaja: [redacted]		
vrsta osnovnega položaja: 101 - vknjižena lastninska pravica		
delež: 1/1		
imetnik:		
1. matična številka: [redacted]		
firma / naziv: [redacted]		
naslov: [redacted]		
začetek učinkovanja vpisa imetnika 22.11.2007 11:32:00		
omejitve: Opozorilo: v primeru več omejitev z istim časom učinkovanja vpisa se vrstni red ugotovi na podlagi dodatnih opisov pri posamezni izvedeni pravici ali zaznambi.		
ID omejitve	čas začetka učinkovanja	vrsta
[redacted]	19.04.2010 09:00:00	402 - vknjižena maksimalna hipoteka
[redacted]	19.04.2010 09:00:00	402 - vknjižena maksimalna hipoteka
[redacted]	19.04.2010 09:00:00	402 - vknjižena maksimalna hipoteka
[redacted]	19.04.2010 09:00:00	402 - vknjižena maksimalna hipoteka
[redacted]	19.04.2010 09:00:00	401 - vknjižena hipoteka
[redacted]	19.04.2010 09:00:00	402 - vknjižena maksimalna hipoteka

stran 1 od 20

5. Sklep in *de lege ferenda*

Razlogi za kogentno prepoved prenosa (deleža) maksimalne hipoteke pri cesiji terjatve niso prepričljivi, saj niso utemeljeni v legitimni koristi nobenega izmed udeležencev razmerja. Obenem omejitev prenosljivosti povzroča preglavice v poslovni praksi, na kar nakazujejo tudi opisane reinterpreteracije maksimalne hipoteke in njene prenosljivosti, s katerimi bi bila togost četrtega odstavka 146. člena omehčana.

Novejša pravna teorija ponuja dobrodošel razmislek, kako ob že obstoječi ureditvi najti izhod iz zagate, ki jo predstavlja omejitev prenosljivosti maksimalne hipoteke, vendar pa v fazi implementacije še vedno odpira preveč vprašanj, da bi jo odvetniška praksa strankam lahko priporočila brez pomislekov. Pravna negotovost bi bila morda lahko učinkovito sanirana z ustaljeno sodno prakso Vrhovnega sodišča (za kar je seveda treba počakati na nastanek ustreznega spora in razplet nižjestopenjskih sodnih postopkov), vsekakor pa bi bil položaj najboljše razjasnjen z intervencijo zakonodajalca.

Po mnenju avtorjev bi morala zakonodajna rešitev zadostiti vsaj naslednjim kriterijem: (i) omogočiti stvarnopravno učinkovit prenos maksimalne hipoteke (oziroma zavarovalnega kritja, ki ga ta omogoča) na novega upnika skupaj s cesijo terjatve (tj. brez sodelovanja dolž-

nika), (ii) strankam omogočiti možnost zagotovitve publicitete takega prenosa (*perfection*) in (iii) ohraniti enako raven varstva strank, kot jo ponuja trenutna ureditev.⁴⁷

Konkretno to pomeni tako poseg v režim prenosljivosti maksimalne hipoteke v SPZ kot tudi ustrezajoče popravke ZZZK-1, ki bi omogočali predvsem zagotovitev publicitete. S tega vidika bi bilo četrty odstavek 146. člena koristno bodisi črtati bodisi ga napraviti dispozitivnega (z enako dikcijo, kot jo uporablja prvi odstavek 148. člena SPZ za navadno hipoteko). Glede spremembe ZZZK-1 bi bilo treba izrecno zapisati, da se prevzemnik terjatve lahko bodisi (1) vpiše kot soimetnik maksimalne hipoteke (kar je skladno s predlogom novejšje teorije), pri čemer si z odstopnikom lahko v deležih alocirata višino kritja, do katerega so upravičene terjatve vsakega od njiju;⁴⁸ bodisi (2) vpiše kot imetnik posameznih fiksnih hipotek, ki so nastale za posamezne terjatve znotraj kritja maksimalne hipoteke, pri čemer bi bilo treba zagotoviti publiciteto povezave med prvotno maksimalno hipoteko in takimi posameznimi terjatvami (ena od rešitev za to bi bila že omenjena ureditev, analogna petemu odstavku 91. člena ZZZK-1).

Literatura

- JUHART, Miha, TRATNIK, Matjaž, VRENČUR, Renato (ur.). *Stvarnopravni zakonik (SPZ) s komentarjem*. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- JUHART, Miha, TRATNIK, Matjaž, VRENČUR, Renato. *Stvarnopravni zakonik (SPZ) (neuradno prečiščeno besedilo) s komentarjem*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, 2016.
- PLAVŠAK, Nina. Prenos hipoteke ali maksimalne hipoteke ob prenosu (cesiji) terjatve. *Dnevi insolvenčnega prava*, 2016, str. 103–118.
- PLAVŠAK, Nina, JUHART, Miha (ur.). *Obligacijski zakonik (OZ) (splošni del) s komentarjem. 1. knjiga*. Ljubljana: GV Založba, 2003a.
- PLAVŠAK, Nina, JUHART, Miha (ur.). *Obligacijski zakonik (OZ) (splošni del) s komentarjem. 2. knjiga*. Ljubljana: GV Založba, 2003b.
- TRATNIK, Matjaž. Različne vrste hipotek v slovenskem pravu. *Pravni letopis 2008; Zbirka znanih členov in razprav*, 2008, str. 11–23.

⁴⁷ Glede tega kriterija poudarjava, da ni očitno, da bi katerakoli od strank v kontekstu prenosljivosti maksimalne hipoteke potrebovala posebno varstvo zakonodajalca.

⁴⁸ Taki deleži se tudi vpišejo v zemljiško knjigo. Če stranki (ali stranke) deležev ne bi določili (določile), jima (jim) kritje pripada v enakih delih; prim. 1004. člen OZ.