

Univerza v Ljubljani

Pravna fakulteta

PRENOS HIPOTEKE NA NOVEGA UPNIKA

(magistrsko delo)

Avtorica: Ines Popović, dipl. prav. (UN)

Mentorica: dr. Ana Vlahek, univ. dipl. prav.

Ljubljana, maj 2017

POVZETEK

Hipoteka kot zastavna pravica na nepremičnini predstavlja eno izmed najučinkovitejših in najpogostejših oblik zavarovanja terjatev predvsem zaradi dejstva, ker je tržna vrednost nepremičnin že v naprej znana ter dokaj stabilna. Hipoteka omogoča in upniku daje upravičenje, da se v primeru neplačila ob zapadlosti terjatve poplača iz vrednosti zastavljene nepremičnine, in sicer pred drugimi upniki zastavitelja.

Hipoteka je akcesorna pravica in sledi pravni usodi zavarovane terjatve. Z njo je torej mogoče razpolagati in jo prenašati na novega upnika zgolj v primeru razpolaganja s terjatvijo, ki je obremenjena s hipoteko. Ker nima lastne prometnosti, se torej prenaša skupaj s terjatvijo. Terjatev se prenaša s pogodbo obligacijskega prava, tj. pogodba o odstopu terjatve ali cesija, lahko pa se prenese tudi s subrogacijo. Obstaja pa tudi možnost prenosa terjatve brez prenosa hipoteke, v kolikor se prevzemnik in odstopnik terjatve to dogovorita. Izjemo pri prenosu hipoteke predstavlja prenos maksimalne hipoteke, ki varuje celotno upniško-dolžniško razmerje in ne zgolj posamezne terjatve. V primeru prenosa terjatve, ki je obremenjena z maksimalno hipoteko, se maksimalna hipoteka ne prenese. Z odkupom terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko, prevzemnik terjatve sprejme veliko tveganje, da je odkupil terjatev brez zavarovanja. Avstrijski in hrvaški pravni sistem za razliko od slovenskega pravnega sistema poznata institut konverzije maksimalne hipoteke v fiksno hipoteko. Obstoji pa tudi izjema od pravila prenosa maksimalne hipoteke, in sicer v primeru prenosa terjatev na DUTB. Le-ta namreč uživa poseben status in v primeru prenosa zavarovane terjatve na DUTB se nanjo prenesejo tudi vsa zavarovanja, vključno z maksimalno hipoteko.

Hipoteka kot akcesorna pravica preide na novega upnika že s samim prenosom terjatve. To pomeni, da vpis v zemljiško knjigo ne predstavlja konstitutivnega učinka, temveč zgolj publicitetni učinek. Takšno je tudi stališče Vrhovnega sodišča Republike Slovenije. Ureditev glede učinkovanja prenosa hipoteke, ki jo pozna slovenski pravni sistem, je značilna tudi za avstrijski, nemški in hrvaški pravni sistem.

Ključne besede: hipoteka, maksimalna hipoteka, zavarovana terjatev, cesija, prenos hipoteke, učinkovanje prenosa hipoteke.

SUMMARY

A mortgage is a lien on a real estate, represents one of the most effective and most common forms of collateral / claims insurance; mainly due to the fact that the market value of real estate is already known in advance and it's fairly stable. A mortgage allows a creditor/beneficiary a right, in the event of non-payment of the claim at expiration date, to be repaid from the value of the pledged real estate prior to other creditors of the mortgagor.

A mortgage is an ancillary right, which follows the legal fate of the secured claim. The mortgage must therefore be disposed of, and transferred to a new creditor, only in the case of a disposition of the claim that is secured by mortgage. Therefore mortgage can only be transferred together with the claim. The claim shall be transferred with the contract law of obligations i.e. agreement on an assignment or cession, but it can also be transferred by subrogation. It is possible to relocate "bare claim" without the simultaneous transfer of the mortgages, but only in case if the transferee and the transferor claims agree. Except for the transfer of a mortgage is the transfer of the maximum mortgage that protects the entire creditor-debtor relationship and not merely the individual claim. In the case of transfer of claims, which are secured with the maximum mortgage, the maximum mortgage cannot be transferred. With the purchase of receivables/claims insured with a maximum mortgage receivable acquirer takes huge risks of purchasing the receivables without collateral. Austrians and Croatians, unlike Slovenians, know institute of conversion of the maximum mortgage into a fixed mortgage. There is the exception to the rule of transferring a maximum mortgage in the case of transfer of receivables to DUTB. DUTB enjoys a special status and in the case of a transfer of the claim secured with maximum mortgage on DUTB, all collaterals are transferred to DUTB including maximum mortgage.

Mortgage and ancillary rights are passed to the new creditor by the simple transfer of assets. This means that the enrolment in the land register does not represent a constitutive but only publicity effect. This is also the point of view of the Supreme Court of the Republic of Slovenia. The rules governing the effect of the transfer of mortgages, known by the Slovenian legislation is also characterized by the Austrian, German and Croatian legal system.

Keywords: mortgage, maximum mortgage, insurance claims, cession, mortgage transfer, the effect of the transfer of mortgages.

KAZALO

1. UVOD	5
2. HIPOTEKA	7
2.1. Pojem hipoteke	7
3. NAČELA HIPOTEKARNEGA PRAVA	8
3.1. Načelo akcesornosti	8
3.2. Načelo publicitete (javnosti)	9
3.3. Načelo določenosti (specialnosti)	10
4. ZAVAROVANA TERJATEV	11
4.1. Bodoče in pogojne terjatve	12
5. PRENOS ZAVAROVANE TERJATVE	12
5.1. Pogodba o odstopu terjatve – cesija	13
5.2. Plačilo tujega dolga in subrogacija	15
6. PRENOS HIPOTEKE	16
6.1. Prenosljivost pravice	16
6.2. Prenos hipoteke	17
7. PROBLEMATIKA PRENOSA HIPOTEKE – UČINKOVANJE PRENOSA HIPOTEKE NA NOVEGA UPNIKA	18
7.1. Stališče sodne prakse pred sprejetjem SPZ	19
7.2. Stališče sodne prakse po sprejetju SPZ	20
7.3. Stališče pravne teorije	22
7.4. Posadna listina in zemljiškoknjižno dovolilo	24
7.5. Vmesni čas med sklenitvijo cesije in vpisom hipoteke v zemljiško knjigo	26
8. MAKSIMALNA HIPOTEKA	27
8.1. Pojem maksimalne hipoteke	27
8.2. Predmet in posebnosti maksimalne hipoteke	28
8.3. Načelo specialnosti – maksimalna hipoteka	29
8.4. Načelo akcesornosti – maksimalna hipoteka	29
8.5. Nastanek maksimalne hipoteke in vpis v zemljiško knjigo	29
9. PRENOS MAKSIMALNE HIPOTEKE	30
9.1. Prenos maksimalne hipoteke v primeru prenosa terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko na DUTB, d. d.	32
10. PRIMERJALNO-PRAVNI VIDIK PRENOSA HIPOTEKE	34
10.1. Primerjalno-pravni vidik prenosa maksimalne hipoteke	36
11. ZAKLJUČEK	38
12. LITERATURA	41

1. UVOD

Globalna finančna kriza je pri bankah pustila ogromen delež slabih terjatev. Le-ta v Sloveniji predstavlja približno 18 % vseh bančnih terjatev, medtem ko je povprečje EU 5 %.¹ Zaradi navedenega se banke usmerjajo v odprodajo portfeljev slabih terjatev, bodisi DUTB-ju bodisi različnim družbam, ki se ukvarjajo z odkupom terjatev. Ker je banka kreditna institucija, želi svoje terjatve čim skrbneje zavarovati s ciljem zmanjšanja tveganja v primeru neplačila. Iz tega naslova je zavarovanje s hipoteko ena izmed najbolj razširjenih in stabilnih oblik oz. sredstev zavarovanja terjatev v Sloveniji ter tudi drugod.

Hipoteka je zastavna pravica, in sicer na točno določeni nepremičnini, ki upniku daje upravičenje, da se ob zapadlosti terjatve poplača iz vrednosti zastavljene nepremičnine pred vsemi drugimi upniki zastavitelja. Hipoteka tako hipotekarnemu upniku daje jamstvo, da ima v primeru, ko njegova s hipoteko zavarovana terjatev zapade v plačilo, pravico zahtevati prodajo nepremične, obremenjene s hipoteko, in se poplačati iz kupnine.

Seveda pa je mogoče tudi razpolagati s terjatvijo, ki je obremenjena s hipoteko. Ker je hipoteka akcesorna pravica, brez terjatve ne more obstajati in kot taka nima lastne prometnosti. To pomeni, da se lahko hipoteka prenese s prenosom zavarovane terjatve. Za prenos terjatve je potreben pravni posel, in sicer cesija, lahko pa se prenese tudi s subrogacijo. Kot že omenjeno, pa zaradi načela akcesornosti hipoteka sledi prenosu zavarovane terjatve. Lahko pa se odstopnik in prevzemnik terjatve dogovorita, da se terjatev prenese brez hipoteke.

Vprašanje, ki se pri prenosu terjatve, zavarovane s hipoteko, odpira, je začetek učinkovanja prenosa zavarovane terjatve. Torej, ali prenos hipoteke učinkuje s trenutkom vpisa v zemljiško knjigo ali že ipso iure s samo sklenitvijo pogodbe o prenosu terjatve. Ravno to vprašanje predstavlja razhajanja med stališči sodne prakse in stališči pravnih teoretikov. Ta problematika bo ena izmed osrednjih vprašanj tega magistrskega dela in bo predstavljena skozi razvoj sodne prakse ter stališč pravne teorije.

Nikakor pa ne moremo spregledati instituta maksimalne hipoteke in prenosa slednje. Pri prenosu maksimalne hipoteke gre za odstopanje od splošnega pravila prenosa hipoteke. V primeru prenosa terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko, je prenos hipoteke izključen. Prenos maksimalne hipoteke je mogoč zgolj v primeru prenosa celotnega upniško-dolžniškega razmerja, iz katerega izvirajo vse (bodoče) zavarovane terjatve. Ne glede na to obstoja izjema

¹ Banka Slovenije, Poročilo o finančni stabilnosti, 2015.

pri prenosu terjatev, zavarovanih z maksimalno hipoteko na DUTB, ki bo predstavljena tudi na primeru sodne prakse.

V zvezi s predstavljenimi pravnimi vprašanji je narejena tudi primerjava s sosednjimi, bližnjimi evropskimi ureditvami, zlasti z avstrijsko, nemško in hrvaško, pri čemer je poudarek na rešitvah, ki so v Sloveniji drugače urejene, ter možnih izpeljavah, ki jih slovenski pravni red ne pozna.

Cilj magistrskega dela je predstaviti institut prenosa hipoteke (v povezavi s prenosom terjatve, zavarovane s hipoteko) skozi sodno prakso in pravno teorijo ter z vidika poslovne prakse. Prav tako bo cilj naloge odgovoriti na vprašanja glede učinkovanja prenosa hipoteke, raziskati in predstaviti pravne posledice konstitutivnega ter oblikovalnega učinka, predstaviti izjeme pri prenosu maksimalne hipoteke in primerjati slovensko ureditev s sosednjimi pravnimi sistemi.

2. HIPOTEKA

2.1. Pojem hipoteke

Hipoteka je zastavna pravica na nepremičninah.² Tako jo opredeljuje 138. člen Stvarnopravnega zakonika. Hipoteka je po svoji naravi neposestna zastavna pravica. Zastavitelj namreč ohrani posest obremenjene nepremičnine in jo lahko še naprej nemoteno uporablja ali gospodarsko izkorišča.³

Stvarnopravni zakonik (SPZ) zastavno pravico definira kot pravico zastavnega upnika, da se zaradi neplačila zavarovane terjatve ob njeni zapadlosti poplača skupaj z obrestmi in stroški iz vrednosti zastavljenega predmeta pred vsemi drugimi upniki zastavitelja. Zastavna pravica je omejena stvarna pravica na točno določeni tuji stvari ali premoženji pravici, ki služi zavarovanju točno določene terjatve, ki jo ima imetnik zastavne pravice proti lastniku zastavljene stvari oziroma imetniku zastavljene pravice. Če zavarovana terjatev ob dospelosti ni plačana, lahko zastavni upnik zahteva prodajo predmeta zastavne pravice in se poplača iz njene vrednosti. V primeru zastaviteljevega stečaja pa ima zastavni upnik ločitveno pravico. Hipoteka je tudi knjižna stvarna pravica, tako da zemljiška knjiga zagotavlja najvišjo možno mero publicitete.⁴

Naše pravo pozna več vrst hipotek. Tako lahko glede na pravni temelj nastanka razlikujemo med: hipoteko, ki nastane na podlagi pravnega posla (pogodbena hipoteka), hipoteko, ki nastane na podlagi sodne odločbe (prisilna hipoteka) in hipoteko, ki nastane na podlagi zakona (zakonita hipoteka). Drug kriterij, ki ga lahko uporabimo za klasifikacijo hipotek, je načelo akcesornosti. Tukaj razlikujemo zlasti med fiksno (klasično) hipoteko, ki varuje točno določeno terjatev, in maksimalno hipoteko, ki varuje vse terjatve do vnaprej določenega skupnega zneska, ki izvirajo iz vnaprej določenega upniško-dolžniškega razmerja.⁵

Ena izmed pomembnih značilnosti zastavne pravice in posledično hipoteke je njena akcesornost. To pomeni, da kot taka ne more obstajati samostojno, temveč le v povezavi z zavarovano terjatvijo. Zavarovana terjatev je glavna pravica, od katere je odvisna zastavna pravica. Več o tem bo predstavljeno v naslednjem poglavju – načela hipotekarnega prava.

² 138. člen Stvarnopravnega zakonika (SPZ), Uradni list RS, št. 87/02 in 91/13.

³ M. Tratnik, 2012, Hipoteka, str. 22.

⁴ M. Tratnik, 2006, Zastavna pravica, str. 29.

⁵ M. Tratnik, Različne vrste hipotek v slovenskem pravu, v: Pravni letopis, 2008, str. 11.

Predmet hipoteke je točno določena nepremičnina, ki je v prvem odstavku 18. člena SPZ definirana kot prostorsko odmerjen del zemeljske površine, skupaj z vsemi sestavinami. Sestavine niso pravno samostojne in skladno z načelom *superficies solo cedit* delijo usodo glavne stvari. Poleg nepremičnin, ki jih opredeljuje 18. člen SPZ, je s hipoteko mogoče obremeniti tudi tiste premoženje pravice za katere velja »nepremičninski režim«, in sicer etažno lastnino in stavbno pravico.⁶ Predmet hipoteke je lahko tudi solastniški delež na nepremičnini. V takšnem primeru lahko solastnik ustanovi hipoteko na svojem deležu brez soglasja drugih solastnikov. Za obremenitev celotne nepremičnine je potrebno soglasje vseh solastnikov. Če je nepremičnina v skupni lastnini, jo je mogoče obremeniti zgolj kot celoto.⁷

3. NAČELA HIPOTEKARNEGA PRAVA

Za pravilno razumevanje hipoteke kot zastavne pravice so zelo pomembna načela hipotekarnega prava; nekatera izmed njih bodo na kratko opisana v nadaljevanju.

3.1. Načelo akcesornosti

Načelo akcesornosti je primarno in eno izmed bistvenih načel hipotekarnega prava ter se nanaša na osnovno funkcijo hipoteke, ki je zavarovana terjatev. Pomembno je razumeti, da je pri hipoteki glavna pravica zavarovana terjatev, hipoteka pa je njej podrejena stranska pravica, ki samostojno ne more obstajati. Ker hipoteka vedno sledi zavarovani terjatvi, je upnik zavarovane terjatve nujno hkrati tudi imetnik hipoteke.⁸ Načelo akcesornosti torej pomeni, da je hipoteka odvisna od zavarovane terjatve in si deli njeno usodo.

Hipotekarno pravo pozna tudi izjemo od tega načela, ki zahteva, da se hipoteka lahko ustanovi le, če zavarovana terjatev že obstaja, in sicer jo določa 129. člen SPZ, ki pravi: »Zastavna pravica se lahko ustanovi tudi za zavarovanje bodoče ali pogojne terjatve.« Navedena izjema je pomembna le za maksimalno hipoteko, s katero se zavaruje upniško-dolžniško razmerje, in

⁶ M. Tratnik, *Hipoteka*, 2012, str. 45.

⁷ M. Tratnik, *Hipoteka*, 2012, str. 49–50.

⁸ M. Tratnik, R. Vrenčur, M. Šlamberger, *Zavarovanje plačil s primeri pogodb, klavzul, zemljiškoknjižnih predlogov in sodno prakso*, 2010, str. 92.

ne posamezne terjatve. Za ustanovitev maksimalne hipoteke zadostuje le, da je opredeljeno upniško-dolžniško razmerje, iz katerega izvirajo oziroma bodo izvirale zavarovane terjatve.⁹

Zavarovana terjatev mora veljavno nastati. Če je pravni posel¹⁰, iz katerega zavarovana terjatev izvira ničten ali če je bil razveljavljen z retroaktivnim učinkom, ima to kljub vpisu v zemljiško knjigo za posledico neveljavnost hipoteke. Tukaj poleg načela akcesornosti (brez zavarovane terjatve ni veljavne hipoteke) učinkuje načelo kavzalnosti (brez veljavnega zavezovalnega pravnega posla ni veljavne hipoteke).

Najpomembnejša posledica akcesornosti, če gledamo z zastaviteljeve strani, je ta, da lahko pride do poplačila iz hipoteke le, če zavarovana terjatev ob zapadlosti ni plačana, in da je poplačilna pravica hipotekarnega upnika omejena z višino zavarovane terjatve.¹¹

Ena izmed posledic akcesornosti je opazna pri odstopu zavarovane terjatve (cesije) ali subrogacije, saj se lahko pripadnost hipoteke spremeni samo hkrati s spremembo pripadnosti zavarovane terjatve. To pomeni, da se na novega upnika lahko prenaša zavarovana terjatev skupaj s hipoteko ali pa samo terjatev. Zgolj gole hipoteke ni mogoče prenesti.

3.2. Načelo publicitete (javnosti)

Načelo publicitete ali načelo javnosti je eno izmed splošnih načel tako stvarnega kot tudi zemljiškoknjžnega prava. Načelo publicitete zahteva, da so stvarne pravice znane tretjim osebam. Najbolj dosledno je načelo javnosti izpeljano pri nepremičninah, kjer ga zagotavlja zemljiška knjiga.¹²

Skladno s tem načelom mora biti pravno stanje nepremičnin razvidno iz zemljiške knjige kot javnega registra. Zemljiška knjiga je javna knjiga, ki je namenjena vpisu in javni objavi podatkov o pravicah na nepremičninah ter pravnih dejstvih v zvezi z nepremičninami. Načelo javnosti pomeni, da lahko vsakdo zahteva vpogled v zemljiško knjigo in izpiske iz nje. Publicitetno načelo je povezano tudi z načelom absolutnosti stvarnih pravic. Le-te imajo lahko absolutne učinke samo, če je njihov obstoj tretjim znan.¹³

⁹ Prav tam, str. 92.

¹⁰ Zavezovalni pravni posel je pogodba, s katero se upnik in dolžnik dogovorita za ustanovitev zastavne pravice na določenem predmetu za zavarovanje točno določene terjatve.

¹¹ Prav tam, str. 93.

¹² M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, Stvarno pravo, 2007, str. 402.

¹³ M. Tratnik, Hipoteka, 2012, str. 26.

S publicitetnim načelom sta povezana tudi vpisno načelo in načelo zaupanja v zemljiško knjigo. Vpisano načelo zahteva, da hipoteka nastane, se prenese ali preneha z javno objavo, to je z vpisom v zemljiško knjigo. Obveznost (in nujnost) vpisa pa hkrati omogoča, da lahko tretji po načelu zaupanja v zemljiško knjigo v pravnem prometu zaupajo podatkom v zemljiški knjigi.¹⁴ Vendar pa vpis v zemljiško knjigo ni konsitutivni pogoj za nastanek zakonite hipoteke.¹⁵

3.3. Načelo določenosti (specialnosti)

Načelo specialnosti je splošno načelo stvarnega prava in je opredeljeno v 7. členu SPZ. V skladu s tem načelom je lahko samo individualno določena samostojna stvar ali premoženjska pravica predmet zastavne pravice, razen, če SPZ ne določa drugače.¹⁶ Predmet zastavne pravice tako ne more biti del stvari.¹⁷

Načelo specialnosti opredeljuje predmet hipoteke in s tem varuje interese zastavitelja ter tudi zastavnega upnika. Pri prvem omejuje predmet njegovega jamstva na točno določene nepremičnine, pri drugem pa opredeljuje predmet njegovega zavarovanja in poplačilne pravice.¹⁸

Načelo specialnosti opredeljuje tudi s hipoteko zavarovano terjatev. Tako je varovan dolžnik (in zastavitelj, če gre za isto osebo), ker načelo zahteva, da mora biti terjatev zavarovana s hipoteko, ustrezno opredeljena, da se jo lahko loči od terjatev, ki niso zavarovane. Načelo varuje tudi druge dolžnikove upnike, ker zahteva, da se terjatve, glede katerih obstaja prednostna pravica zastavnega upnika, ločijo od tistih njegovih terjatev, pri katerih nima prednostne pravice ali jo ima šele v poznejšem vrstnem redu.¹⁹

V skladu z načelom specialnosti se hipoteka lahko ustanovi le na individualno določeni samostojni nepremičnini. Zaradi tega ni mogoče ustanoviti hipoteke samo na delu gozda ali travnika, žita na polju. Predmet hipoteke je lahko solastniški delež na nepremičnini, ki je idealni

¹⁴ Prav tam, str. 26.

¹⁵ M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, Stvarno pravo, 2007, str. 403. Tako tudi M. Tratnik v Hipoteka, 2012, str. 25.

¹⁶ 7. člen SPZ.

¹⁷ M. Tratnik, Hipoteka, 2012, str. 24.

¹⁸ M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, Stvarno pravo, 2007, str. 402.

¹⁹ Prav tam, str. 402.

delež in se nanaša na celotno solastniško stvar. Hipoteka pa ni mogoča na celotnem nepremičnem premoženju nekega subjekta ali njegovem sorazmernem delu.²⁰

Glede zavarovane terjatve je načelo specialnosti manj strogo kot glede predmeta zastavne pravice. 129. člen SPZ²¹ izrecno dopušča ustanovitev zastavne pravice za zavarovanje bodočih in pogojnih terjatev. Načelo specialnosti je še bolj omiljeno pri maksimalni hipoteki, s katero se zavaruje upniško-dolžniško razmerje in ne posamezna terjatev.²²

4. ZAVAROVANA TERJATEV

Terjatev je pravica upnika od dolžnika zahtevati izpolnitev njegove obveznosti.

Terjatev, ki se zavaruje s hipoteko, mora biti določena ali določljiva, kar zahteva načelo specialnosti. Zavarovana terjatev mora biti opredeljena glede na hipotekarnega upnika, dolžnika in njen predmet. Hipotekarni upnik mora biti poimensko določen in biti mora ista oseba kot upnik zavarovane terjatve. Lastnik obremenjene nepremičnine (zastavitelj) pa je lahko hkrati dolžnik zavarovane terjatve ali pa gre lahko za dve različni osebi.²³ To omogoča ustanovitev hipoteke za zavarovanje tujega dolga.²⁴

128. člen SPZ določa: »Zastavna pravica je pravica zastavnega upnika, da se zaradi neplačila zavarovane terjatve ob njeni zapadlosti poplača skupaj z obrestmi in stroški iz vrednosti zastavljenega predmeta pred vsemi drugimi upniki zastavitelja.« Iz citiranega člena izhaja pravilo, da se s hipoteko lahko zavarujejo samo terjatve, katerih predmet je plačilo denarnega zneska. Ni mogoče zavarovati terjatev, katerih predmet je storitev ali izročitev določene stvari. Mogoče pa je zavarovati nedenarne terjatve, ki ob zapadlosti preidejo v denarne.

Zavarovana terjatev mora biti določena, medtem ko pri nekaterih primerih (tipični primer je maksimalna hipoteka) zadostuje že, da je terjatev določljiva. V zemljiško knjigo se ob ustanovitvi hipoteke vpišejo podatki o hipotekarnem upniku, višini in zapadlosti zavarovane terjatve; če je terjatev obrestovana, pa tudi podatek o obrestni meri.

²⁰ M. Tratnik, Hipoteka, 2012, str. 24.

²¹ 129. člen SPZ.

²² M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, Stvarno pravo, 2007, str. 402–103.

²³ M. Tratnik, Zastavna pravica, 2006, str. 72.

²⁴ 2. odstavek 128. člena SPZ.

Zastavljena nepremičnina jamči tako za glavnico kot tudi za stranske terjatve, predvsem obresti in stroške.

4.1. Bodoče in pogojne terjatve

Z zastavno pravico se lahko zavarujejo tudi bodoče in pogojne terjatve. Bodoče so tiste terjatve, ki v trenutku, ko se sklepa razpolagalni posel glede njih, še niso nastale. Ne glede na široko definicijo pa pridejo za zavarovanje v poštev le tiste bodoče terjatve, pri katerih obstaja dobršna mera gotovosti, da bodo nastale, tako da je negotov le trenutek, kdaj se bo to zgodilo.²⁵

Možnost zavarovanja bodočih in pogojnih terjatev ima pomen le pri maksimalni hipoteki, ročno in navadno neposestno zastavno pravico na premičninah ter zastavno pravico na terjatvah.²⁶

Pogojne terjatve so terjatve, katerih obstoj je vezan na pogoj, to je na negotovo dejstvo v prihodnosti. Lahko gre za obstoječe terjatve, nad katerimi visi razvezni pogoj, ali za neobstoječe terjatve, glede katerih še ni gotovo, ali bodo sploh nastale, in je njihov nastanek vezan na izpolnitev odložnega pogoja.

5. PRENOS ZAVAROVANE TERJATVE

Kot narekuje načelo akcesornosti, sta prenos zavarovane terjatve in s tem sprememba upnika mogoča zgolj hkrati s spremembo pripadnosti zavarovane terjatve. Do spremembe upnika in s tem tudi pripadnosti zavarovane terjatve lahko pride predvsem pri odstopu zavarovane terjatve (cesija) ali subrogacije.

Na vrednost terjatev, ki so predmet prenosa, močno vplivajo zavarovanja, ki so ustanovljena zaradi njihovega poplačila. Zaradi tega je potrebno zagotoviti, da se skupaj s terjatvijo veljavno prenesejo tudi zavarovanja. Glede na določbo 418. člena OZ, ki določa, da skupaj s prenosom terjatve preidejo na prevzemnika terjatve tudi zavarovanja, ustanovljena za poplačilo terjatve, kot na primer hipoteke, zastave, bi lahko sklepali, da je prenos zavarovanj avtomatizem in da s

²⁵ M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, Stvarno pravo, 2007, str. 413.

²⁶ Prav tam, str. 413.

prenosom terjatve prevzemnik že na podlagi zakona (*ex lege*) pridobi tudi zavarovanja z vsemi učinki.²⁷

Vendar sodna praksa in zakonske določbe narekujejo, da se za to zahteva tudi izpolnitev drugih pogojev, ki so odvisni od vrste ali predmeta zavarovanja.

5.1. Pogodba o odstopu terjatve – cesija

»Odstop terjatve ali cesija je razpolagalni pravni posel obligacijskega prava, s katerim prehaja obstoječa terjatev. Usmerjena je v prenos obligacijsko-pravne pravice iz enega upravičenca na drugega in s tem spreminjanje obligacijskega razmerja.«²⁸

Pogodba o odstopu terjatve (cesijska pogodba) je pogodba, s katero odstopnik terjatve svojo terjatev, ki jo ima do dolžnika, prenese na tretjo osebo (prevzemnika). Cesijska pogodba je urejena v 417. členu OZ kot neoblična pogodba stvarnopravne narave.²⁹ (Dr. Stojan Cigoj definira cesijo kot pogodbo, s katero upnik prenese terjatev na drugega, novega upnika). Cesija je standardni pravni posel pri sklepanju transakcij s terjatvami.³⁰ Značilnost cesije je, da se z njo prenašajo samo pravice iz pogodbenega razmerja in ne dolžnosti. Ena izmed prednosti takšnega pogodbenega razmerja je tudi, da se ne zahteva soglasje dolžnika.

V skladu s četrtrim odstavkom 417. člena OZ prenos terjatev učinkuje celo, če je bila med dolžnikom in upnikom izrecno dogovorjena prepoved prenosa. Posledica te prepovedi pa ni neveljavnost prenosa, temveč pravica dolžnika, da postane prost svojih obveznosti, čeprav jih izpolni odstopniku terjatve. V takem primeru bo lahko prevzemnik proti odstopniku uveljavljal kondicijski zahtevek.³¹

Pri cesiji velja, da pride do spremembe notranje pripadnosti terjatve že s samo sklenitvijo cesije – pogodbe o odstopu terjatev. Do spremembe zunanje pripadnosti terjatve je potrebno še posebno pravno dejanje, ki prebije učinkovanje »inter partes« in zagotovi transparentnost spremembe navzven. To se doseže z obvestilom dolžniku o odstopu terjatve. S tem dejanjem je

²⁷ U. Ilić, S. Bončina Jamšek, Transakcije s slabimi terjatvami (NPL), v: Dnevi insolvenčnega prava, 2016, str. 87.

²⁸ VSL Cpg 960/2014 z dne 17. 09. 2014.

²⁹ T. Keresteš, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, 2004, str. 672.

³⁰ U. Ilić, S. Bončina Jamšek, Transakcije s slabimi terjatvami (NPL), v: Dnevi insolvenčnega prava, 2016, str. 82.

³¹ U. Ilić, S. Bončina Jamšek, Transakcije s slabimi terjatvami (NPL), v: Dnevi insolvenčnega prava, 2016, str. 82–83.

dosežen celoten uspeh posla in ustvarjen položaj, da bo dolžnik svojo obveznost izpolnil prevzemniku terjatve (novemu upniku). Cesija pridobi torej pravni učinek proti dolžniku z njeno seznanitvijo oz. obvestilom dolžniku o odstopu/prevzemu terjatve.

Glede vpliva obvestila dolžniku o odstopu terjatve na veljavnost cesije je Višje sodišče v Ljubljani v sodbi opr. št. II Cp 3368/2013 z dne 19.02.2014 sprejelo naslednje stališče: *»Dolžnik mora biti o prenosu terjatve oziroma o odstopu terjatve ustrezno obveščen, vendar pa izostanek obvestila na veljavnost prenosa terjatve oziroma cesije ne vpliva. Posledica izostanka obvestila dolžniku je le ta, da zanj velja do obvestila prejšnje razmerje in lahko svoj dolg pravilno izpolni prvotnemu upniku oziroma odstopniku, s čimer preneha tudi njegova obveznost do izpolnitelja oziroma do prevzemnika obveznosti.«*³²

V praksi je pogosto (že skoraj neizogibna situacija), da so terjatve, ki so predmet odstopa, že vtoževane v pravnih postopkih, bodisi pravnih, izvršilnih ali pa insolventnih postopkih. Situacija v praksi je naslednja: pogodbeni stranki se najpogosteje že v krovni pogodbi o odstopu terjatev dogovorita, da bo prevzemnik terjatev v roku, določenem v pogodbi, kot novi upnik vstopil v vse pravne postopke, v katerih so odstopljene terjatve vtoževane. S tem pridobi novi prevzemnik oz. novi upnik procesno legitimacijo za vodenje pravnih postopkov (procesna legitimacija prejšnjega upnika preneha) in posledično možnost poplačila. Prevzemnik terjatev mora tako v skladu s 24. členom Zakona o izvršilnem postopku (ZIZ)³³ na sodišče posredovati vlogo – predlog za vstop novega upnika v izvršilni postopek, kateri mora skladno z določbo tega člena predložiti oz. označiti javno ali po zakonu overjeno listino, s katero izkazuje prenos terjatve. V primeru stečajnega postopka pridobi novi upnik skladno s 57. členom ZFPPIPP³⁴ procesno legitimacijo v postopku, ko o tem obvesti upravitelja in izkaže prenos, tako kot to stori v izvršilnem postopku. V primeru teka pravnega postopka pa mora prevzemnik terjatve v skladu z določbo 187. člena Zakona o pravnem postopku (ZPP)³⁵ pridobiti privolitev nasprotne stranke o vstopu v pravdo.

S prenosom terjatve v skladu s 418. členom OZ preidejo na prevzemnika stranske pravice, kot so pravica do prednostnega poplačila, hipoteka, zastava, pravica iz pogodbe s porokom, do

³² VSL II Cp 3368/2013 z dne 19. 02. 2014.

³³ Zakon o izvršbi in zavarovanju (Uradni list RS, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 53/14, 58/14 – odl. US, 54/15 in 76/15 – odl. US).

³⁴ Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (Uradni list RS, št. 13/14 – uradno prečiščeno besedilo, 10/15 – popr., 27/16, 31/16 – odl. US, 38/16 – odl. US in 63/16 – ZD-C

³⁵ Zakon o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 73/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08 – ZArbit, 45/08, 111/08 – odl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 10/14 – odl. US, 48/15 – odl. US in 6/17 – odl. US).

pogodbene kazni ipd., pri čemer sme odstopnik izročiti zastavljeno stvar prevzemniku le, če zastavitelj v to privoli.

V praksi je pogost razlog za odvrnitev od sklepanja cesij zakonska omejitev višine odgovornosti odstopnika. Odstopnik namreč v skladu s 423. členom OZ jamči le za obstoj terjatve, ne pa tudi za njeno izterljivost. Za izterljivost terjatve jamči odstopnik le v primeru, če je to izrecno dogovorjeno. Tudi, če je bilo jamčenje za izterljivost dogovorjeno, lahko dobroverni odstopnik skladno s 424. členom OZ jamči le do višine tistega, kar je prejel od kupca, ter za izterljivost obresti in stroškov v zvezi z odstopom in za stroške v postopku zoper dolžnika.

5.2. Plačilo tujega dolga in subrogacija

»Tako pri odstopu terjatve s pogodbo (cesija) kot pri subrogaciji preidejo s terjatvijo na prevzemnika tudi stranske pravice. Razlika med obema načinoma prehoda terjatve na drug pravni subjekt je le v tem, da pri subrogaciji prenos pravic z upnika na izpolnitelja nastopi ex lege z izpolnitvijo tretjega, pri pogodbeni cesiji pa je za prenos pravic potreben pravni posel.«³⁶

Pri subrogaciji tretji (izpolnitelj) namesto dolžnika izpolni njegove obveznosti in vstopi v upnikov pravni položaj. Na primer, če porok izpolni obveznost glavnega dolžnika. S tem na izpolnitelja na podlagi zakona preide izpolnjena terjatev skupaj z vsemi ali zgolj z nekaterimi stranskimi pravicami. Vendar tudi pri subrogaciji ostaja dilema, ali na izpolnitelja hkrati preide tudi maksimalna hipoteka. Subrogacija je lahko pogodbeno (274. člen OZ) ali zakonska (275. člen OZ). S pogodbeno subrogacijo se stranki dogovorita, da izpolnjena terjatev preide na izpolnitelja skupaj z vsemi ali le z nekaterimi stranskimi pravicami ali pa prenos stranskih pravic izključita. Medtem ko po zakonski subrogaciji preidejo na izpolnitelja ob izpolnitvi že po samem zakonu terjatve z vsemi stranskimi pravicami.

Za razliko od cesije, pri kateri terjatev preide v trenutku sklenitve iz ene premoženjske sfere v drugo, nastopijo posledice subrogacije šele z izpolnitvijo subrogantu.³⁷

Če je terjatev zavarovana z neregistrsko zastavno pravico, na izpolnitelja pri zakonski subrogaciji samodejno preide tudi zastavna pravica. Pri registrskih zastavnih pravicah ima podobno kot pri cesiji prednost publicitetno načelo. Zaradi tega je za spremembo zastavnega

³⁶ VSL I Cpg 1169/2014 z dne 18. 9. 2014.

³⁷ M. Juhart, Cesija: Pogodbeni odstop terjatve, 1996, str. 37.

upnika tako pri zakonski kot pri pogodbeni subrogaciji potreben vpis v register (npr. v zemljiško knjigo). Za uskladitev zemljiškoknjižnega stanja ni potrebno zemljiškoknjižno dovolilo, ampak zadostuje že posadna listina³⁸, v kateri odstopnik terjatve (stari upnik) prizna prenos hipoteke. Registrska zastavna pravica zaradi načela javnosti preneha le v materialnem smislu, medtem ko je za formalno prenehanje potreben izbris iz zemljiške knjige.³⁹

V praksi je pri zakonski subrogaciji problematična omejitev, po kateri lahko izpolnitelj po 278. členu OZ od dolžnika zahteva samo toliko, kolikor je plačal upniku. Če novi upnik ne plača celotnega dolga dolžnika, je govora o delni subrogaciji. V tem primeru zavarovanja le delno preidejo na prevzemnika, tj. izpolnitelja, pri čemer ima slabši pravni položaj kot odstopnik. Slednji je namreč varovan z načelom *nemo contra se subrogasse censetur* (276. člen OZ), kar pomeni, da ima v primeru neobstoja posebnega dogovora pri poplačilu iz realizacije stranskih pravic prednost pred prevzemnikom.⁴⁰ Te omejitve niso kogentne in izpolnitelj se lahko z upnikom dogovori tudi drugače (pogodbena subrogacija).

Ker določba 279. člena OZ, ki določa, da upnik, ki je sprejel izpolnitev, ni odgovoren za obstoj in izpolnitev terjatve ob izpolnitvi, ni kogentna, se lahko upnik in izpolnitelj v pogodbi dogovorita za jamčenje.

6. PRENOS HIPOTEKE

6.1. Prenosljivost pravice

O prenosljivosti pravice govorimo takrat, kadar je pravico mogoče samostojno prenesti. Pravico pa je mogoče samostojno prenesti, kadar njen prenos ni odvisen od hkratnega prenosa druge samostojne pravice. Prenosljivost pravice je lastnost pravice, ki njenemu imetniku omogoča, da s pravico samostojno razpolaga tako, da jo prenese na novega imetnika. Lastnost samostojne prenosljivosti ima lahko samo samostojna pravica. Med samostojne prenosljive pravice med drugim uvrščamo: terjatev, lastninsko pravico, stavbno pravic, korporacijske pravice.⁴¹

³⁸ Glej točko 7.3.

³⁹ M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, *Stvarno pravo*, 2007, str. 406.

⁴⁰ U. Ilič, S. Bončina Jamšek, *Transakcije s slabimi terjatvami (NPL)*, v: *Dnevi insolvenčnega prava*, 2016, str. 85.

⁴¹ N. Plavšak, *Prenos hipoteke ali maksimalne hipoteke ob prenosu (cesiji) terjatve*, v: *Dnevi insolvenčnega prava*, 2016, str. 104.

Nesamostojnost (ali akcesornost) pravic je izjema od splošnega pravila o samostojnosti pravice, zato mora biti ta značilnost pravice jasno določena v ustreznem pravnem pravilu.⁴² Hipoteka je akcesorna pravica, ki je v razmerju do osnovne pravice (terjatve) v položaju odvisnosti. Zato se lahko prenese na novega imetnika (upnika) samo s sočasnim prenosom terjatve, na katero je hipoteka vezana.⁴³ Akcesornost zastavne pravice izhaja iz prvega odstavka 137. člena SPZ, po katerem zastavna pravica preneha, če preneha zavarovana terjatev.

6.2. Prenos hipoteke

Hipoteka je odvisna akcesorna pravica in njen obstoj je odvisen od obstoja zavarovane terjatve. Zato jo njen imetnik lahko pravno učinkovito prenese le, če na novega imetnika (upnika) prenese (cedira) tudi terjatev, ki je s hipoteko zavarovana. To tudi pomeni, da je hipoteka omejeno (pogojno) prenosljiva v tem pomenu, da je njen prenos (učinek razpolagalnega pravnega posla, s katerim imetnik prenese hipoteko na novega imetnika) povezan s pogojem, da je bila (prej ali hkrati) na imetnika prenesena tudi zavarovana terjatev, od katere je odvisna hipoteka.⁴⁴ Pravilo, zapisano v 148. členu Stvarnopravnega zakonika, določa, da se s prenosom zavarovane terjatve prenese tudi hipoteka, če ni določeno drugače,⁴⁵ medtem ko se lahko terjatev prenese tudi brez prenosa hipoteke.

S cesijo zavarovane terjatve na novega upnika nanj preide tudi hipoteka. Da bi dosegli učinkovanje prenosa do hipoteka v polnem obsegu (do tretjih), mora biti skladno z 2. odstavkom 148. člena SPZ izpolnjena dodatna predpostavka, to je vknjižba – vpis prenosa hipoteke v zemljiško knjigo. Ravno učinkovanje prenosa hipoteka povzroča odstopanja med stališči pravne teorije in sodne prakse. Vendar je sodna praksa Vrhovnega in Višjega sodišča RS sprejela drugačno stališče, in sicer, da vpis nima oblikovalnega učinka, temveč zgolj publicitetni učinek. Tudi Renato Vrenčur se strinja s stališčem Vrhovnega sodišča, da hipoteka preide na novega upnika že s cesijo terjatve, zavarovane s hipoteko, in dodaja, da bi prenos hipoteke začel učinkovati v polnem obsegu (v razmerju do tretjih), mora biti vknjižen v zemljiško knjigo.⁴⁶

⁴² Prav tam, str. 104.

⁴³ Izjemo predstavlja maksimalna hipoteka. Več o prenosu maksimalne hipoteke v poglavju 8.

⁴⁴ N. Plavšak, Prenos hipoteke ali maksimalne hipoteke ob prenosu (cesiji) terjatve, v: Dnevi insolvenčnega prava, 2016, str. 112.

⁴⁵ 148. člen SPZ.

⁴⁶ R. Vrenčur, Stvarnopравни zakonik s komentarjem, 2016, str. 821.

V teoriji je zastopano stališče, da mora odstopnik s hipoteko zavarovane terjatve ob prenosu terjatve prevzemniku izstaviti tudi zemljiškoknjižno dovolilo,⁴⁷ s katerim dovoljuje spremembo vpisa imetnika hipoteke.⁴⁸ Pri navedenem stališču pa ostaja nedorečeno vprašanje, ali lahko prevzemnik terjatve že v času do oprave vpisa spremembe upnika (imetnika hipoteke) v zemljiško knjigo uveljavlja pravice iz hipoteke, kar bo prav tako podrobneje predstavljeno v naslednjem poglavju. V 148. členu SPZ je tudi zapisano, da prenos hipoteke učinkuje šele z vpisom v zemljiško knjigo.

Ureditev v SPZ je kompromis med načelom akcesornosti in načelom javnosti. Po prvem načelu se s prenosom zavarovane terjatve prenese tudi hipoteka, razen, če je bilo dogovorjeno drugače. Če ni posebnega dogovora ali če je le-ta nejasen, se šteje, da se prenos nanaša tudi na hipoteko. Po določitih OZ se za cesijo praviloma ne zahteva nobene oblike, vendar pri cesiji hipotekarno zavarovane terjatve (če se hipoteka prenese skupaj s terjatvijo) cesionar pridobi stvarno pravico na nepremičnini, zato je po 52. členu OZ potrebna pisna oblika (zasebna listina).

7. PROBLEMATIKA PRENOSA HIPOTEKE – UČINKOVANJE PRENOSA HIPOTEKE NA NOVEGA UPNIKA

Hipoteka je poleg tega, da je stvarna pravica na tuji stvari, tudi knjižna pravica, katere nastanek in prenos se vpisuje v zemljiško knjigo. 148. člen Stvarnopravnega zakonika namreč določa naslednje: »*Prenos hipoteke učinkuje šele z vpisom v zemljiško knjigo.*«⁴⁹

S prenosom zavarovane terjatve na novega upnika nanj preide tudi hipoteka, razen, če ni dogovorjeno drugače. 148. člen SPZ določa, da se ob pomanjkanju takega dogovora šteje, da se je z glavno terjatvijo prenesla tudi hipoteka. Cesionar (tj. prevzemnik terjatve) pridobi enake pravice kot jih je imel cedent (tj. odstopnik terjatve), zato poleg glavne terjatve pridobi tudi hipoteko kot stransko pravico. Pravno podlago za tako stališče predstavlja 418. člen OZ. Ker pa hipoteka velja za specifično knjižno pravico, se za njen prenos zahteva vpis v zemljiško knjigo.

Problematika torej izhaja iz vprašanja razumevanja določbe drugega odstavka 148. člena SPZ, in sicer, ali preide hipoteka na novega upnika avtomatično s trenutkom prenosa zavarovane

⁴⁷ Prav tam, str. 672.

⁴⁸ M. Juhart, Obligacijsko pravo: splošni del, 2009, str. 1098.

⁴⁹ 148. člen SPZ.

terjatve ali pa se za to zahteva vpis v zemljiško knjigo. Postavlja se torej vprašanje, ali ima vpis prenosa hipoteke v zemljiško knjigo konstitutivne (oblikovalne učinke) ali zgolj deklaratorne (publicitetne učinke). Pri reševanju predmetnega vprašanja stališče sodne prakse ni (bilo) enotno.

7.1. Stališče sodne prakse pred sprejetjem SPZ

Glede učinka vpisa hipoteke v zemljiško knjigo si sodna praksa ni bila enotna. Za lažje razumevanje in boljšo predstavo učinkovanja prenosa hipoteke se je najprej potrebno spoznati s prakso sodišč pred začetkom veljavnosti Stvarnopravnega zakonika, tj. pred januarjem 2003.

S problematiko prenosa hipoteke oz. učinkovanja prenosa hipoteke (pred veljavnostjo SPZ) se je najprej srečalo Vrhovno sodišče, in sicer je v svojih odločitvah v večini primerov zavzelo stališče, da že s samim prenosom terjatve na novega upnika preide tudi hipoteka. Vrhovno sodišče je torej odločilo v korist publicitetnemu učinku. Pri tem je potrebno poudariti, da se odločbe Vrhovnega sodišča nanašajo na cesije, ki so bile izvršene pred veljavnostjo SPZ, v skladu s takrat veljavnim Zakonom o obligacijskih razmerjih in Zakonom o temeljnih lastninskopravnih razmerjih (ZTLR). ZTLR ni vseboval določila, ki bi zahteval vpis prenosa hipoteke v zemljiško knjigo, kot to zdaj zahteva 148. člen SPZ. V 66. členu je določal le, da se hipoteka v skladu s svojo akcesorno naravo lahko prenese le skupaj z zavarovano terjatvijo.⁵⁰

Vendar pa se je stališče vrhovnega sodišča glede predmetnega vprašanja spreminjalo. Ena izmed prvih odločitev s strani Vrhovnega sodišča (sodba III Ips 96/99) je z dne 25. 8. 1999, ki je tudi edina, s katero je Vrhovno sodišče zavzelo nasprotno stališče. S to sodbo je Vrhovno sodišče sprejelo stališče, da postane cesionar imetnik hipoteke šele z zemljiškoknjižno izvedbo, tj. z vpisom v zemljiško knjigo. Sodišče je odločitev oprlo na Zakon o zemljiških knjigah iz leta 1930, saj je bila cesija izvedena leta 1993, ko je ta zakon še vedno veljal. ZZK iz leta 1930 je v četrtem paragrafu izrecno določal, da je knjižne pravice mogoče prenesti le z vpisom v zemljiško knjigo.⁵¹ *»Hipoteka kot stvarna pravica s sklenitvijo cesijske pogodbe ne preide po zakonu samem na cesionarja. Stranki cesijske pogodbe morata prenos hipoteke na cesionarja dogovoriti, dogovor pa je potrebno še zemljiškoknjižno izvesti. Šele z njegovo zemljiškoknjižno*

⁵⁰ Sklep III Ips 150/98 z dne 23. 2. 1999.

⁵¹ M. Tratnik, Prenos hipotek, v: Pravna praksa 22, 2008, str. 9.

izvedbo postane cesionar imetnik hipoteke, s tem pa tudi upravičenec do ločenega poplačila terjatve na podlagi hipoteke.»⁵²

»Po določilu prvega odst. 437. člena ZOR se prenese hipoteka pri cesiji na prevzemnika avtomatično, saj je ta stvarna pravica vezana na zastavljeno nepremičnino in je z vpisom v zemljiško knjigo tudi nastala (prvi odstavek 64. člena ZTLR). Tedaj ni potrebno za prehod hipoteke od cedenta na cesionarja, da je cesija vpisana v zemljiško knjigo«.

Praksa sodišč je bila torej, razen sodbe Vrhovnega sodišča, opr. št III Ips 96/99, poenotena. Stališče, ki so ga sodišča pred sprejetjem SPZ zavzemala, so, da se že z samim prenosom terjatev na novega upnika prenese tudi hipoteka in da vpis v zemljiško knjigo ne predstavlja konstitutivnega učinka. Vendar pri tem ne gre spregledati dejstva, da je praksa sodišč temeljila na takrat veljavnem ZOR in ZTLR, ki nista vsebovala zahteve po vpisu prenosa hipoteke v zemljiško knjigo.

7.2. Stališče sodne prakse po sprejetju SPZ

Vrhovno sodišče v svojih zadevah še ni neposredno obravnavalo prenosa hipoteke, ki bi bila izvedena po 1. januarju 2003, oziroma se še ni neposredno ukvarjalo s prenosom hipoteke po določbah SPZ. Potrebno je poudariti, da se SPZ uporablja le glede cesij, ki so bile sklenjene po 1. januarju 2003. Iz tega obdobja obstoja ena odločba Vrhovnega in ena odločba Višjega sodišča, ki sta se izrekli v prid samodejnemu prenosu, hkrati pa se je Vrhovno sodišče leta 2007⁵³ in 2009⁵⁴ postavilo na stališče, da za uspešen prenos hipoteke zahteva še vpis v zemljiško knjigo.⁵⁵

Vrhovno sodišče je v odločbi (Sklep II Ips 75/2009 z dne 11. 5. 2009) posredno nakazalo na možno razlago zakonskih določb prenosa hipoteke v SPZ⁵⁶, saj je v obrazložitvi med drugim zavzelo naslednje stališče: *»Za prenos hipoteke od cedenta na cesionarja ni potrebna še vknjižba hipoteke. Zakon namreč določa, da s terjatvijo preidejo na prevzemnika stranske*

⁵² Sklep III Ips 150/98 z dne 23. 2. 1999.

⁵³ III Ips 131/2005 z dne 23. 5. 2007.

⁵⁴ II Ips 75/2009 z dne 11. 5. 2009.

⁵⁵ A. Vojičić, Pogodbeni odstop hipotekarno zavarovane terjatve, v: Pravna praksa 23, 2014, str. 1–4.

⁵⁶ Prav tam, str. 1–4.

pravice, kot je tudi hipoteka (418. člen OZ), vpis v zemljiško knjigo pa je potreben zaradi publicitetnih učinkov (6. člen ZZK-1).»⁵⁷ ter tako nima konstitutivnega učinka.

Osrednji problem postopka⁵⁸ je bilo vprašanje prenosa hipoteke v primeru prenosa terjatve, in sicer, ali za prenos hipoteke zadošča že cesija s hipoteko zavarovane terjatve ali pa je potreben tudi vpis v zemljiško knjigo. Teorija pretežno zavzema stališče, da je za prenos hipoteke potreben tudi vpis v zemljiško knjigo. Argumenti so, da je hipoteka stvarna pravica in zato zanjo veljajo pravila stvarnega prava, po katerih se poleg razpolagalnega pravnega posla zahteva tudi pridobitni način; cesionar sicer postane upnik glavne terjatve s sklenitvijo pogodbe o odstopu terjatev in s tem postane upravičen, da prejme dolžnikovo izpolnitev; pravic, ki izhajajo iz hipotekarnega jamstva, pa ne more uveljavljati dokler ni opravljen zemljiškoknjižni prenos. Sodna praksa o tem vprašanju v preteklosti ni bila enotna.

Eden izmed odločilnih argumentov sodišča v citirani odločbi je, da pri cesiji hipotekarno zavarovane terjatve ne gre za pridobitev (stvarne) pravice s strani prevzemnika. Sodišče je namreč v obrazložitvi sklepa II Ips 75/2009 zapisalo, da novi hipotekarni upnik s cesijo vstopi v položaj prejšnjega upnika, saj pridobi hipoteko v istem vrstnem redu, kot je (bila že predhodno) vpisana. Nadaljnji hipotekarni upniki torej zaradi cesije v ničemer niso v slabšem položaju – ne glede vrstnega reda ne glede velikosti hipotekarnega jamstva prvemu hipotekarnemu upniku.

Vrhovno sodišče je svojo odločitev utemeljilo z načelom akcesornosti iz 418. člena OZ, po katerem pri cesiji samodejno preidejo na cesionarja tudi vse stranske pravice, med katerimi je v odločbi izrecno navedena tudi hipoteka. Vrhovno sodišče tudi poudarja, da pri prenosu hipoteke ne gre za pridobitev stvarne pravice na nepremičnini, za katero je (v času cesije še veljavni) 46. člen ZTLR zahteval vpis v zemljiško knjigo. Novi hipotekarni upnik s cesijo zgolj vstopi v položaj prejšnjega upnika in pridobi isto hipoteko v istem vrstnem redu, kot že predhodno vpisana. V primeru cesije se torej stvarnopravni položaj nepremičnine v ničemer ne spremeni.⁵⁹ Ta argumentacija pa je naletela na ostro kritiko, saj gledano z vidika cesionarja leta pridobi stvarno pravico, ki je prej ni imel. Kljub temu ni mogoče enačiti ustanovitve oziroma nastanka hipoteke z njenim nadaljnjim prenosom, ki glede na svojo naravo zahteva drugačno obravnavo.⁶⁰

⁵⁷ II Ips 75/2009 z dne 11. 5. 2009.

⁵⁸ Prav tam.

⁵⁹ Prav tam, str. 1–4.

⁶⁰ Prav tam, str. 1–4.

Sodna praksa Vrhovnega sodišča torej zastopa stališče, da ima vpis prenosa publicitetni učinek, s čimer se pravni teoretiki v celoti strinjajo, medtem ko je bilo v nekaterih odločbah višjih sodišč⁶¹ zavzeto stališče, da hipoteka zaradi cesije zavarovane terjatve ne preide samodejno na cesionarja, ampak šele z vpisom v zemljiško knjigo. Renato Vrenčur se je postavil na stran Vrhovnega sodišča in meni, da se je takšno stališče, kot ga je sprejelo Višje sodišče, napačno.⁶²

7.3. Stališče pravne teorije

Tratnik, ki je odločbo sodišča III Ips 75/2009 skritiziral, se je s sodiščem strinjal v delu, da ne nastane nobena nova pravica, temveč gre zgolj za spremembo titularja obstoječe pravice, ki ne vpliva na materialno-pravni položaj lastnika in imetnikov drugih pravic na nepremičnini.

Nasprotuje pa stališču sodišča, da pri prenosu hipoteke ne gre za pridobitev stvarne pravice na nepremičnini, saj gre, gledano s strani cesionarja, nedvomno za pridobitev pravice, ker preide v njegovo premoženje pravica, ki je prej ni imel.⁶³ Sodišče se je pri argumentiranju sklicevalo na 7. člen Zakona o zemljiški knjigi, ki določa: »Stvarne pravice na nepremičninah se pridobijo oziroma prenehajo s trenutkom začetka učinkovanja vpisa v zemljiško knjigo, če zakon ne določa drugače.«⁶⁴ Dr. Tratnik meni, da pri uporabi takšne logike vpis v zemljiško knjigo ne bi imel konstitutivnega pomena tudi pri prenosu drugih knjižnih pravic (stavbne pravice ali lastninske pravice), saj v obeh primerih pridobitelj vstopi v pravni položaj svojega predhodnika, kar ne vpliva na položaj imetnikov drugih stvarnih pravic na nepremičnini.⁶⁵

Hipoteka s svojo ustanovitvijo učinkuje erga omnes in je neposredno vezana na zastavljeno nepremičnino. Zato sprememba hipoteke in sprememba titularja v ničemer ne spreminjata hipotekarne obremenitve nepremičnine.⁶⁶ Nepremičnina je še vedno hipotekarno obremenjena, le hipotekarni upravičenec se spremeni.

Vojičić Aleksander meni, da samo bistvo hipoteke ostaja nespremenjeno, saj je njen primarni namen upniku ponuditi možnost poplačila iz vrednosti zastavljene nepremičnine, če dolžnik ne izpolni svoje glavne obveznosti. Namenu publicitetnega načela in zahtevi po varnosti pravnega

⁶¹ VSK Cp 1077/2008 z dne 9. 12. 2008. Tako tudi VSL I Cp 1625/2010 z dne 28. 7. 2010.

⁶² R. Vrenčur, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, 2016, str. 822.

⁶³ M. Tratnik: Vnovič o prenosu hipoteke, v: Pravna praksa 11, 2010, str. 1–3.

⁶⁴ Zakon o zemljiški knjigi (Uradni list RS, št. 58/03, 37/08 – ZST-1, 45/08, 28/09, 25/11 in 14/15 – ZUUJFO).

⁶⁵ M. Tratnik: Vnovič o prenosu hipoteke, v: Pravna praksa 11, 2010, str. 1–3.

⁶⁶ A. Vojičić, Pogodbeni odstop hipotekarno zavarovane terjatve, v: Pravna praksa 23, 2014, str. 1–4. Tako tudi M. Tratnik, Vnovič o prenosu hipoteke.

prometa je zadoščeno že s samim vpisom hipoteke v zemljiško knjigo (javno evidenco) ob njenem nastanku. Ne le to, pravni promet je varovan že z načelom zaupanja v zemljiško knjigo; zato prevzemnik, ko prenosa hipoteke ne vpiše, nosi vse morebitne posledice takega nevpisa.⁶⁷

Sklenemo lahko, da načelu javnosti in vpisnemu načelu zadošča že sam vpis hipoteke v zemljiško knjigo ob njenem nastanku. Zato je razumljiv konstitutivni učinek vpisa, ki se takrat zahteva. Tako je iz javne evidence razvidno, da je nepremičnina obremenjena s hipoteko in v primeru prenosa hipoteke formalna strogost, kot se zahteva ob njenem nastanku, ni potrebna. Pri tem je potrebno upoštevati, da je ratio vpisa samo javna objava spremembe subjekta upnika, zato je 148. člen SPZ mogoče razumeti, kot da se vpis zahteva zgolj zaradi publicitetnih učinkov.⁶⁸

Cesija je vrsta personalne subrogacije, zato preide hipoteka na novega upnika že zaradi njenega učinka.⁶⁹ Če porok izpolni obveznost glavnega dolžnika, zakon določa, da nanj preide glavna terjatev z vsemi stranskimi pravicami. Če je terjatev zavarovana z zastavno pravico na hipoteki, porok (kot tipičen primer personalne subrogacije) z izpolnitvijo na podlagi zakona stopi na mesto hipotekarnega upnika (1018. člen OZ⁷⁰, 275. člen OZ⁷¹).

Vpis v zemljiško knjigo je potreben le zaradi publicitetne spremembe imetnika hipoteke. Ker 418. člen OZ in 148. člen SPZ določata, da se s prenosom zavarovane terjatve prav tako prenese hipoteka, gre pri pogodbeni cesiji navsezadnje za prenos hipoteke prav tako na podlagi samega zakona.⁷² Temu stališču pritrjuje tudi Renato Vrenčur, ki ugotavlja, da vpis nima oblikovalnega učinka, ampak ima zgolj publicitetni. To pomeni, da s tem (z vpisom) prenos hipoteke učinkuje tudi v razmerju do tretjih, tudi do lastnika obremenjene nepremičnine.

Kot argument proti konstitutivnemu učinku vpisa bi lahko prav tako navedli problematiko t.i. vmesnega časa med sklenitvijo pogodbe o odstopu terjatve in zemljiškknjižnim vpisom⁷³, na kar je opozorilo tudi Vrhovno sodišče v odločbi opr. št. III Ips 131/2005 z dne 23. 5. 2007.

Če bi se upoštevalo načelo konstitutivnosti, bi cedent svojo terjatev sicer odstopil, vendar brez hipotekarnega zavarovanja, saj bi bila hipoteka prenesena šele z vpisom v javno evidenco. V

⁶⁷ Prav tam.

⁶⁸ Prav tam.

⁶⁹ Prav tam.

⁷⁰ 1018. člen Obligacijski zakonik (Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo in 64/16 – odl. US): »Na poroka, ki je poravnal upnikovo terjatev, preide ta terjatev z vsemi stranskimi pravicami in jamstvi za njeno izpolnitev.«

⁷¹ 275. člen OZ: »Če izpolni obveznost kdo, ki ima pri tem kakšen pravni interes, preide nanj ob izpolnitvi po samem zakonu upnikova terjatev z vsemi stranskimi pravicami.«

⁷² M. Tratnik, R. Vrenčur, Stvarno in zemljiškknjižno pravo v praksi naših sodišč IV, 2011–2012, str. 51.

⁷³ III Ips 131/2005 z dne 23. 5. 2007.

vmesnem času bi bil v zemljiški knjigi še vedno vpisan cedent kot upravičenec iz hipoteke. Navsezadnje bi v primeru, da cesus o prenosu še ni bil obveščen, cedent s hipotekarno tožbo lahko uveljavljal svoj zahtevek.⁷⁴ Glede na lastnosti hipoteke to ne bi bilo skladno z njeno akcesorno naravo ter načelno voljo strank po sočasnem prenosu hipoteke. Pri prenosu hipotekarno zavarovane terjatve bi se lahko glede na vse navedene argumente v korist publicitetnega učinkovanja vpisa, dosledneje upoštevalo načelo obligacijskih razmerij *pacta sunt servanda*, saj je država s svojim zakonskim posegom na področju nastanka hipoteke ter s preostalimi pravnimi normami že zagotovila relativno varstvo v pravnem prometu.

Skleniti je mogoče, da se tako sodna praksa kot tudi pravna teorija nagibata k stališču, da je 2. odstavek 148. člena SPZ potrebno razlagati tako, da vpis prenosa hipoteke predstavlja deklaratorni učinek, saj se konstitutivnost nanaša na nastanek in prenehanje pravic. Pri prenosu hipoteke pa ne gre za nastanek pravice in se le-ta vpiše v zemljiško knjigo zgolj zaradi publiciranja prenosa. Vpis prenosa hipoteke v zemljiško knjigo nima oblikovalnih učinkov v tem pomenu, da bi hipoteka prešla na novega upnika šele z vpisom njenega prenosa v zemljiško knjigo. Vpis novega upnika, tj. imetnika hipoteke, v zemljiško knjigo povzroči le, da ta prenos začne učinkovati v polnem obsegu. Vpis je torej potreben, da se doseže absolutni učinek hipoteke, tako da lahko imetnik hipoteke doseže učinke zoper tretje in ne trpi negativnih posledic zaradi nevpisa.

7.4. Posadna listina in zemljiškknjižno dovolilo

Hipoteka na novega upnika preide že s prenosom terjatve, poseben razpolagalni posel za prenos hipoteke ni potreben, kot je to nujno potrebno pri ustanovitvi hipoteke. Pa vendar se zaradi učinkovanja hipoteke v polnem obsegu (predvsem do tretjih) in v skladu s 147. členom SPZ prenos hipoteke vknjiži v zemljiško knjigo.

Novi upnik lahko po pravilih Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1) doseže vknjižbo prenosa hipoteke na podlagi listin z značilnostmi, določenimi v 40. členu ZZK.

Prvotni upnik lahko o prenosu hipoteke na novega upnika, v kolikor priznava prenos hipoteke, izstavi posadno listino⁷⁵, s katero dovoli vpis prenosa hipoteke na novega upnika. Izstavitev take listine je hkrati obveznost prejšnjega upnika, saj s tem novemu upniku omogoči uveljavitev

⁷⁴ A. Vojičić, Pogodbeni odstop hipotekarno zavarovane terjatve, v: Pravna praksa 23, 2014, str. 1–4.

⁷⁵ Za posadno listino se smiselno uporabljajo enaka pravila kot za zemljiškknjižno dovolilo (tretji in četrti odstavek 40. člena ZZK-1).

odstojljene terjatve v polnem obsegu.⁷⁶ V praksi se posadne listine oz. dovolila za prenos hipoteke zapišejo oz. izstavijo že v krovni pogodbi o prodaji/odkupu terjatev.

Če prvotni upnik prenosa hipoteke ne prizna ali odkloni izstavitev posadne listine, mora novi upnik pridobiti sodno odločbo, s katero sodišče ugotovi prenos hipoteke, ki je podlaga za vknjižbo v zemljiško knjigo.

Hipoteka tako preide na prevzemnika, kakor hitro se sklene pogodba o odstopu. Zaradi tega ni potrebe po posebnem razpolagalnem poslu za prenos hipoteke⁷⁷, saj se le-ta pridobi s trenutkom, ko so izpolnjeni pogoji predpisani z zakonom – *ipso iure*. Cesionar pridobi hipoteko, neodvisno od volje cedenta, torej na izviren (originaren) način (izjema so primeri, kadar se stranki izrecno dogovorita, da na prevzemnika preide samo terjatev, brez hipoteke). Tratnik in Vrenčur navajata, da bo za uskladitev zemljiškoknjižnih vpisov z dejanskim stanjem potrebna posadna listina⁷⁸, ki jo določa tretji odstavek 40. člena Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1).⁷⁹

Že Vrhovno sodišče je v pravnem mnenju z dne 18. 12. 2001 zavzelo stališče, da je zasebna listina primerna za vknjižbo po takratnem 21. členu ZZK lahko tudi listina, ki: »... dokazuje obstoj v zakonu naštetih dejanskih okoliščin, katerih pravna podlaga je izvorna pridobitev lastninske pravice na nepremičnini na podlagi priposestovanja.«

Za vpis prenosa v zemljiško knjigo ni določen poseben rok, tako da se le-ta načeloma lahko opravi kadarkoli po cesiji zavarovane terjatve oziroma dokler se hipoteka ne izbriše.⁸⁰ Prav tako je pomembno, če se prenese zgolj terjatev, hipoteka v materialnem smislu preneha in je podan razlog za njen izbris iz zemljiške knjige. Gre za poseben primer odreka hipoteki.⁸¹

⁷⁶ N. Plavšak, Prenos hipoteke ali maksimalne hipoteke ob prenosu (cesiji) terjatve, v: Dnevi insolvenčnega prava, 2016, str. 113.

⁷⁷ N. Plavšak, Razpolaganje s hipoteko in prenehanje hipoteke, 4. dnevi stvarnega in zemljiškoknjižnega prava 2012, str. 63.

⁷⁸ M. Tratnik, R. Vrenčur, Zemljiškoknjižno pravo v teoriji in praksi, 2008, str. 63.

⁷⁹ 3. odstavek 40. člena ZZK-1: »Za zemljiškoknjižno dovolilo iz 1. točke prvega odstavka tega člena se šteje tudi listina, ki vsebuje izjavo osebe, ki jo izstavlja, da:

1. priznava izvirno pridobitev stvarne pravice v korist druge osebe (posadna listina) ali
2. zaradi uskladitve zemljiškoknjižnega stanja z dejanskim ali zaradi nadomestitve izgubljenih izvirkov listin dovoljuje vpis lastninske ali druge pravice v korist druge osebe.«

⁸⁰ M. Tratnik, R. Vrenčur, M. Šlamberger, Zavarovanje plačil s primeri pogodb, klavzul, zemljiškoknjižnih predlogov in sodno prakso, 2010, str. 130.

⁸¹ M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, Stvarno pravo, 2007, str. 442–443.

7.5. Vmesni čas med sklenitvijo cesije in vpisom hipoteke v zemljiško knjigo

Kot že pojasnjeno v predhodnem poglavju, je treba drugi odstavek 148. člena SPZ razlagati tako, da vpis prenosa hipoteke predstavlja deklaratorni učinek. Konstitutivnost se namreč nanaša na nastanek in prenehanje pravic. Pri prenosu hipoteke ne gre za nastanek pravice in se le-ta vpiše v zemljiško knjigo zgolj zaradi publiciranja prenosa. Vpis je torej potreben, da se doseže absolutni učinek hipoteke, tako da lahko imetnik hipoteke doseže učinke zoper tretje in ne trpi negativnih posledic zaradi nevpisa. Pa vendar se zastavlja vprašanje, ali lahko prevzemnik terjatve že v času do oprave vpisa spremembe imetnika hipoteke v zemljiško knjigo uveljavlja pravice iz hipoteke.

Vrhovno sodišče Republike Slovenije⁸² je zavzelo stališče, da za prenos hipoteke od prenosnika na prevzemnika terjatve ni potrebna še vknjižba hipoteke na prevzemnika v zemljiški knjigi, ker je podlaga za prenos podana v 418. členu OZ in ZZK-1, ki v 7. členu določa konstitutivni učinek samo za tiste vpise v zemljiški knjigi, s katerimi se stvarne pravice pridobijo oziroma prenehajo. V položaju prenosa hipoteke le-ta že obstaja in je z učinkom *erga omnes* vezana na nepremičnino. Na tej podlagi je bila prevzemniku priznana ločitvena pravica v stečajnem postopku ne glede na to, da še ni bil vpisan v zemljiški knjigi kot hipotekarni upnik.⁸³

Ob tem je Vrhovno sodišče poudarilo, da bi nasprotno stališče privedlo do nerazumljive situacije, ko v času med učinkovanjem odstopa zavarovane terjatve in zemljiškoknjižnim vpisom prenosa hipoteke nihče ne bi mogel uveljavljati pravic iz hipoteke, tj. niti prevzemnik in niti prenosnik terjatve. Po mnenju sodišča je lahko vpis prenosa hipoteke le publicitetni. V primeru izvedbe vpisa se torej tretji ne morejo sklicevati, da niso vedeli, da je prišlo do spremembe hipotekarnega upnika; v primeru opustitve dobroverni tretji za spremembo hipoteke niso dolžni vedeti. Če dolžnik za odstop terjatve ve, ne more prerekati obstoja hipoteke (ločitvene pravice) samo zato, ker prenos ni bil vpisan v zemljiški knjigi. To izhaja tudi iz določbe 2. točke tretjega odstavka 94. člena ZZK-1, ki določa, da je mogoče vložiti predlog za vpis prenosa hipotekarnega upnika tudi še po začetku stečajnega postopka dolžnika, ne glede na to, kdaj je bil podpis prenosnika hipoteke na zemljiškoknjižnem dovolilu overjen.⁸⁴

⁸² III Ips 170/2006 z dne 16. 6. 2009, III Ips 131/2005 z dne 23. 5. 2007, II Ips 75/2009 z dne 11. 5. 2009.

⁸³ U. Ilič, S. Bončina Jamšek, *Transakcije s slabimi terjatvami (NPL)*, v: *Dnevi insolvenčnega prava*, 2016, str. 87–88.

⁸⁴ Prav tam, str. 88–89.

V primeru stečajnega postopka nikakor ni sporno, da bo prevzemniku s hipoteko zavarovane terjatve priznana ločitvena pravica tudi v primerih, ko je do vpisa prenosa hipoteke v zemljiški knjigi prišlo šele po poteku roka za prijavo terjatev in ločitvenih pravic.⁸⁵ 4. odstavek 297. člena ZFPPIPP določa, če terjatev preide na novega upnika kot singularnega ali univerzalnega pravnega naslednika, mora upnik ali novi upnik o tem obvestiti upravitelja in mu sporočiti podatke za plačilo terjatve. Nadalje ZFPPIPP v 298. členu določa, da se zgoraj navedena določba smiselno uporablja tudi za prijavo ločitvene pravice. Pravno podlago za to pa najdemo tudi v ZZK-1, in sicer v 2. točki 3. odstavka 94. člena, ki določa, da začetek stečajnega postopka ni ovira za vknjižbo prenosa hipoteke na novega hipotekarnega upnika.

Podobno je v primeru izvršilnega postopka. Vrhovno sodišče Republike Slovenije je s sodbo in sklepom opr. št. II Ips 60/2014 z dne 11. 12. 2014 zavzelo stališče, da je v izvršilnem postopku prevzemnika terjatve potrebno obravnavati kot pričakovanega hipotekarnega upnika ter mu omogočiti poplačilo iz vrednosti prodane nepremičnine v skladu z vrstnim redom pričakovane hipoteke, čeprav prenos hipoteke še ni vpisan v zemljiško knjigo.⁸⁶

Mogoče je nesporno zaključiti, kot to trdi tudi Juhart, da je zaradi izvedbe vpisa v zemljiški knjigi tudi samo pogodbo o odstopu terjatev potrebno skleniti v pisni obliki⁸⁷, podpis odstopnika na zemljiškknjižnem dovolilu pa overiti.

8. MAKSIMALNA HIPOTEKA

8.1. Pojem maksimalne hipoteke

Maksimalna hipoteka je hipoteka, namenjena zavarovanju terjatev, ki nastanejo iz določenega upniško-dolžniškega razmerja in katerih višina ter zapadlost v trenutku ustanovitve hipoteke še nista znani. Iz 146. člena SPZ tako izhajajo, da bi morala imeti takšna terjatev dve značilnosti, in

⁸⁵ Prav tam.

⁸⁶ Varovane so namreč le pridobitve pravic v pravnem prometu, med katere pa v izvršilnem postopku pridobljena zastavna pravica ne spada. V takih primerih ima vselej prednost pričakovana lastninska pravica tretjega, ki izključuje absolutnost učinkov zemljiškknjižnega vpisa in s tem tudi načela zaupanja v podatke zemljiške knjige.

⁸⁷ M. Juhar, Cesija: Pogodbeni odstop terjatve, 1996, str. 138.

sicer mora terjatev izvirati iz določenega pravnega razmerja, ki mora ob ustanovitvi hipoteke obstajati, ter drugo, da višina terjatve v trenutku ustanovitve hipoteke ni določena.⁸⁸

8.2. Predmet in posebnosti maksimalne hipoteke

Maksimalna hipoteka varuje upniško-dolžniško razmerje in vse terjatve do maksimalnega zneska, ki v času trajanja maksimalne hipoteke nastanejo iz tega razmerja. Pri tem lahko terjatev nastane že z nastankom obligacijskega (upniško-dolžniškega) razmerja ali pa tudi pozneje. Tak položaj je značilen za bodoče terjatve v ožjem pomenu. Plavšak je zaradi tega mnenja, da je dosledneje reči, da je predmet maksimalne hipoteke bodoča terjatev ali terjatev v ožjem pomenu. To so terjatve, ki ob ustanovitvi hipoteke še ne obstajajo, vendar bodo nastale na podlagi obligacijskega razmerja (npr. sklenitev pogodbe o odobritvi posameznega kredita znotraj okvirne pogodbe).⁸⁹ Stranki torej lahko zavarujeta vse bodoče terjatve, ki bodo nastale na podlagi obligacijskega razmerja.

Naslednja posebnost maksimalne hipoteke je, da je odgovornost zastavitelja dodatno (poleg omejitve z vrednostjo nepremičnine) omejena z najvišjih zneskom, določenim ob ustanovitvi maksimalne hipoteke. Ta znesek predstavlja najvišji znesek, do katerega za zavarovane terjatve jamči nepremičnina.⁹⁰ V ta znesek spadajo tudi obresti od glavnice in morebitni stroški njene izterjave.

Z maksimalno hipoteko se zavarujejo vse terjatve, ki bodo nastale (izvirajo) iz določenega obligacijskega (poslovnega, upniško-dolžniškega) razmerja. Zato je mogoče reči, da je predmet zavarovanja z maksimalno hipoteko ravno to poslovno razmerje.⁹¹

Če so v danem trenutku vse terjatve, ki so nastale v upniško-dolžniškem razmerju v celoti poplačane, maksimalna hipoteka omogoča, da se celoten izpraznjeni prostor zapolni z novimi terjatvami, ki lahko nastanejo tudi iz novih kreditnih pogodb, če so le-te sklenjene v zavarovanem okvirnem kreditnem razmerju. Če vsota terjatev iz razmerja preseže skupni znesek maksimalne hipoteke, presežek ni varovan.⁹²

⁸⁸ N. Plavšak, Prenos hipoteke ali maksimalne hipoteke ob prenosu (cesiji) terjatve, v: Dnevi insolvenčnega prava, 2016, str. 116.

⁸⁹ Prav tam.

⁹⁰ 1. odstavek 146. člena SPZ.

⁹¹ N. Plavšak, Prenos hipoteke ali maksimalne hipoteke ob prenosu (cesiji) terjatve, v: Dnevi insolvenčnega prava, 2016, str. 117.

⁹² M. Tratnik, Zastavna pravica, 2006, str. 142.

8.3. Načelo specialnosti – maksimalna hipoteka

Ker maksimalna hipoteka ne varuje posameznih terjatev, temveč varuje celotno upniško-dolžniško razmerje, iz katerega terjatve izvirajo, se v zemljiško knjigo ne vpisujejo podatki o zavarovanih terjatvah, tako kot se to vpisuje pri klasični hipoteki.⁹³

Načelo specialnosti ima glede terjatev, nastalih z maksimalno hipoteko, posebno vsebino. Upniško-dolžniško razmerje mora biti opredeljeno v zastavni pogodbi, kot tudi v zemljiškoknjižnem dovolilu, potrebnem za vpis maksimalne hipoteke v zemljiško knjigo. Opis razmerja je pomemben predvsem zato, da se lahko ugotovi, katere terjatve med upnikom in dolžnikom so zavarovane z maksimalno hipoteko. Zavarovane terjatve so v omenjenem smislu opredeljene tudi z najvišjim zneskom skupne hipoteke, ki varuje le terjatve, vsota katerih v danem trenutku ne presega najvišjega zneska.⁹⁴

8.4. Načelo akcesornosti – maksimalna hipoteka

Načelo akcesornosti ima poleg načela specialnosti posebno vsebino in pomen pri maksimalni hipoteki. Načelo akcesornosti se nanaša na razmerje med hipoteko in zavarovanim upniško-dolžniškim razmerjem.⁹⁵ Maksimalna hipoteka je torej akcesorna zavarovanemu upniško-dolžniškemu razmerju, kar vpliva na posebnosti glede nastanka, obsega, prenosa, poplačila in prenehanja. Dokler pravno razmerje med dolžnikom in hipotekarnim upnikom ni povsem odpravljeno, se maksimalna hipoteka ne more izbrisati.⁹⁶

8.5. Nastanek maksimalne hipoteke in vpis v zemljiško knjigo

Za nastanek maksimalne hipoteke veljajo splošna pravila in zahteve po zastavni pogodbi, zemljiškoknjižnem dovolilu, vpisu v zemljiško knjigo in razpolagalni sposobnosti zastavitelja.⁹⁷ Maksimalna hipoteka se torej lahko ustanovi v skladu s 141. členom SPZ na podlagi zasebne listine ali v skladu s 142. členom SPZ na podlagi notarskega zapisa. Bistveno je, da ima listina opredeljeno upniško-dolžniško razmerje, iz katerega terjatve izvirajo ali bodo

⁹³ Prav tam.

⁹⁴ M. Tratnik, M. Juhart, R. Vrenčur, Stvarno pravo, 2007, str. 452.

⁹⁵ Prav tam.

⁹⁶ T. Keresteš, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, 2004, str. 659.

⁹⁷ VSK I Cp 26/2003 z dne 8. 4. 2003.

izvirale. To pomeni, da listina navaja ime upnika in dolžnika ter njen pravni temelj. Namreč, maksimalna hipoteka se lahko ustanovi tudi, če v času ustanovitve še ne obstaja nobena terjatev, iz katere bodo zavarovane terjatve izvirale.

Maksimalna hipoteka se vpisuje v zemljiško knjigo. Kot to določa 18. člen ZZK-1, se vpiše tako, da se izrecno označi, da gre za maksimalno hipoteko; vpiše se podatek o najvišjem znesku, do katerega za zavarovanje jamči nepremičnina. Za razliko od klasične hipoteke, pri kateri se v zemljiško knjigo vpiše tudi podatke o višini terjatve, njeni zapadlosti, obrestni meri, pri maksimalni hipoteki najvišji znesek maksimalne hipoteke predstavlja tako kritje glavnice kot tudi obresti in stroškov.

9. PRENOS MAKSIMALNE HIPOTEKE

Splošno pravilo prenosa terjatev, zavarovanih s hipoteko, ki je vsebovano v 148. členu SPZ, določa, da se s prenosom zavarovane terjatve prenese tudi hipoteka, če ni določeno drugače. Zaradi akcesorne narave hipoteke se je njenemu prenosu mogoče izogniti le, če je izrecno dogovorjeno, da se terjatev prenaša brez hipoteke.

Odstop od splošnega pravila zasledimo pri prenosu maksimalne hipoteke, ki ga ureja 4. odstavek 146. člena SPZ. Le-ta določa, da je v primeru odstopa terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko, prenos hipoteke izključen. S takšno ureditvijo je naš zakonodajalec sledil nemški ureditvi (3. odstavek 1190. člena BGB).

Prenos maksimalne hipoteke je mogoč le s prenosom celotnega upniško-dolžniškega razmerja. Narava maksimalne hipoteke je, da varuje celotno razmerje in ne zgolj posameznih terjatev, ki iz tega razmerja izvirajo.⁹⁸ Če bi se pri prenosu ene ali več terjatev, ki izvirajo iz upniško-dolžniškega razmerja, prenesla tudi maksimalna hipoteka, bi prišli v situacijo, v kateri bi hipotekarni upnik izgubil zavarovanje za terjatve, ki jih ni prenesel. Posamezne terjatve, ki izvirajo iz takšnega razmerja, so lahko predmet prenosa, vendar pri tem ne pride do prenosa maksimalne hipoteke.

Prenos pogodbe je urejen v 122. členu OZ. Posledica le-tega je, da se na kupca terjatve prenese celotno pogodbeno razmerje, tako pravice kot tudi dolžnosti. V tem okviru se lahko tudi po

⁹⁸ M. Tratnik, Zastavna pravica, 2006, str. 145.

stališču sodne prakse na kupca prenesejo vsa zavarovanja, vključno z maksimalno hipoteko. Potencialna omejitev za izvedbo tega posla je zahtevano soglasje dolžnika, ki v praksi ni pogosto problematično, saj banke kot močnejši pogodbeni partner že v kreditnih pogodbah, predvsem pa v krovnih pogodbah (o finančnem prestrukturiranju) v naprej zahtevajo soglasje dolžnika k morebitnim nadaljnjim prenosom pravic in obveznosti.⁹⁹

Tudi v primeru, ko se maksimalna hipoteka prenese, bodo lahko njeni publicitetni učinki učinkovali šele na podlagi vpisa prenosa v zemljiško knjigo. Zaradi tega bo moral odstopnik terjatve v ta namen izdati zemljiškoknjižno dovolilo tudi za prenos maksimalne hipoteke.¹⁰⁰

Sodba Višjega sodišča v Ljubljani z dne 18. 09. 2014 opr. št. I Cpg 1169/2014 je odličen prikaz vprašanja prenosa maksimalne hipoteke. V obravnavani zadevi je med danima stranka sporno, ali je s prehodom terjatve na tožečo stranko prešla tudi maksimalna hipoteka, s katero je bila ta terjatev zavarovana, ter posledično obstoj ločitvene pravice na nepremičninah tožene stranke.

Tožeča in tožena stranka sta na podlagi pogodbe o zastavi nepremičnin ustanovili maksimalno hipoteko v zavarovanje terjatev na podlagi kreditnih, garancijskih in ostalih pogodb s področja bančnega poslovanja, ki sta jih med sabo že sklenili oziroma jih še bosta sklenili do najvišjega zneska 2.000.000,00 EUR. Tožeča stranka je zatrjevala, da je z izplačilom zneska 242.249,67 EUR tožencu po posamezni pogodbi obenem s terjatvijo nanjo prešla tudi ta maksimalna hipoteka do višine prenesene terjatve. Sodišče prve stopnje je presodilo, da je na tožečo stranko prešla zgolj nezavarovana terjatev, zaradi česar vtoževane ločitvene pravice nima. Svojo odločitev je utemeljilo na določbi četrtega odstavka 146. člena Stvarnopravnega zakonika, ki predpisuje, da je v primeru odstopa terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko, prenos hipoteke izključen.¹⁰¹

Tožeča stranka je podala pritožbo, v kateri je zatrjevala, da je do prenosa maksimalne hipoteke prišlo oziroma zahtevala, da se maksimalna hipoteka prenese v znesku, ki ustreza višini terjatve, kar v predmetni zadevi sicer predstavlja najvišji znesek zavarovanja, za katerega je bila maksimalna hipoteka ustanovljena.

Višje sodišče pojasni, če bi prenosu določene terjatve sledil prenos ustreznega deleža maksimalne hipoteke, za kar se je zavzemal pritožnik, bi hipotekarni upnik izgubil zavarovanje

⁹⁹ U. Ilić, S. Bončina Jamšek, *Transakcije s slabimi terjatvami (NPL)*, v: *Dnevi insolvenčnega prava*, 2016, str. 82–83.

¹⁰⁰ Prav tam.

¹⁰¹ VSL I Cpg 1169/2014 z dne 18. 09. 2014.

za terjatve, ki jih (še) ni prenesel. Zaradi tega bi s časom zmanjkalo hipotekarnega jamstva za nove terjatve iz temeljnega razmerja, kot je pravilno pojasnilo že sodišče prve stopnje.

Nadalje Višje sodišče pojasnjuje, da pritožbeno sklicevanje na namen konkretne hipoteke, ki naj bi bil v poplačilu upnika v primeru neplačila temeljne obveznosti in ne v vzpostavljanju novih terjatev iz pogodbenega razmerja, ni povsem pravilno, saj je bila sporna maksimalna hipoteka izrecno sklenjena v zavarovanje tako obstoječih kot tudi bodočih terjatev iz razmerja tožeča – tožena stranka na podlagi kreditnih, garancijskih in ostalih pogodb s področja bančnega poslovanja. Zato s temi navedbami pritožnik ne more uspeti.

Višje sodišče v Ljubljani je tako zaključilo, da maksimalna hipoteka ni bila akcesorna posamezni zavarovani terjatvi, ki je bila predmet prenosa na tožečo stranko, temveč vsem terjatvam, ki izvirajo iz pravnega razmerja med tožečo ter toženo stranko na podlagi pogodb s področja bančnega poslovanja. Zato je sodišče prve stopnje pravilno presodilo, da maksimalna hipoteka ni bila prenesena na tožečo stranko, zaradi česar tudi nima ločitvene pravice v stečajnem postopku.

Riziko prevzema terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko, je visok, saj na primer v primeru oklica stečajnega postopka pred vknjižbo hipoteke v zemljiško knjigo upnik izgubi vsakršno zavarovanje. V kolikor je nad dolžnikom že pred prevzemom terjatve oklican stečajni postopek, je naknadno zavarovanje terjatve v korist prevzemnika nemogoče. Prevzemnik se dejansko sooča s prevzemom navadne – nezavarovane terjatve.

9.1. Prenos maksimalne hipoteke v primeru prenosa terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko na DUTB, d. d.

Družba za upravljanje terjatev bank (DUTB), d. d., je bila ustanovljena marca 2013 kot družba v lasti Republike Slovenije. Zakonska podlaga za ustanovitev DUTB je podana z Zakonom o ukrepih Republike Slovenije za krepitev stabilnosti bank (ZUKSB), ki je stopil v veljavo konec leta 2012. Naloga DUTB je pomagati pri prestrukturiranju bank systemskega pomena, ki so se znašle v hudih solventnostnih in likvidnostnih težavah. DUTB je v skladu s pogodbami o prenosu terjatev v upravljanje prevzela terjatve NLB, NKBM, Abanke, Banke Celje, Probanke in Factorbanke.¹⁰²

¹⁰² Povzeto po DUTB, URL: http://www.dutb.eu/si/o_nas.aspx.

Prenos maksimalne hipoteke je mogoč le v primeru prenosa celotnega upniško-dolžniškega razmerja in ne zgolj v primeru prenosa posamezne terjatve, ki iz takšnega razmerja izvira. Družba za upravljanje terjatev bank – DUTB, d. d.,¹⁰³ pa s svojo ustanovitvijo uživa poseben status. Pri prenosu terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko, na DUTB namreč ni mogoče uporabiti, saj 146. člen SPZ določa, da je v primeru prenosa terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko, prenos hipoteke izključen. Prenos maksimalne hipoteke na DUTB kot upnika bo predstavljen s primerom iz sodne prakse.

Sodba Višjega sodišča v Celju, opr. št. II Cp 3016/2015, z dne 24. 02. 2016: »Četrty odstavek 146. člena SPZ določa, da je v primeru odstopa terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko, prenos hipoteke izključen. Te zakonske določbe pa ni mogoče upoštevati, ko banka odstopi terjatev DUTB, ker ZUKSB kot specialen zakon določa, da se ob odstopu terjatve na DUTB prenesejo tudi vsa zavarovanja in da omejitve prenosljivosti premoženja, kot izhajajo iz drugih zakonov ali pogodbe med banko upravičenko in njenimi dolžniki nimajo učinka pri prenosu premoženja na DUTB.«¹⁰⁴

V obravnavani zadevi je med pravnima strankama sporno, ali je s prehodom posamezne terjatve z naslova kreditne pogodbe na DUTB, d. d., nanjo prešla tudi maksimalna hipoteka, s katero je bila terjatev zavarovana.

Sodišče v predmetni zadevi v svoji argumentaciji in končni odločitvi ni uporabilo zakonske določbe 146. člena SPZ, saj ima DUTB na podlagi določb ZUKSB poseben položaj. Ena izmed nalog, zaradi katere je bil sprejet ZUKSB in na podlagi zakona ustanovljen DUTB, je krepitev stabilnosti bank zaradi slabih terjatev v bančnem sektorju in zaradi česar se znižuje bonitetna ocena RS in bankam. Zaradi krepitev finančnega sistema v Republiki Sloveniji je ZUKSB določil, da se izločijo slabe terjatve bank, ki se prenesejo na DUTB. Prvi odstavek 11. člena ZUKSB določa, da DUTB skupaj s terjatvami prevzame tudi pripadajoča zavarovanja.¹⁰⁵ Drugostopenjsko sodišče je potrdilo ugotovitev prvostopenjskega sodišča; če bi 11. člen ZUKSB razlagali drugače, bi bilo to v nasprotju s ciljem ustanovitve DUTB in s cilji, zaradi katerih je bil zakon sprejet.

Sodišče se v svoji obrazložitvi sklicuje na določbe ZUKSB, natančneje na določbo 29. člena ZUKSB, ki določa, da omejitve prenosljivosti premoženja, kot izhajajo iz drugih zakonov, ali pogodbe med banko upravičenko in njenimi dolžniki nimajo učinka pri prenosu premoženja na

¹⁰³ V nadaljevanju: DUTB.

¹⁰⁴ VSL II Cp 3016/2015 z dne 24. 02. 2016.

¹⁰⁵ Prav tam.

DUTB. Izpostaviti velja tudi tretji odstavek 29. člena ZUKSB, ki določa, da se za veljavnost in učinke prenosa premoženja v razmerju med DUTB, banko, ki je deležna ukrepov po ZUKSB in njenimi dolžniki ne zahteva nobeno dodatno dejanje banke ali dolžnikov ali drugih oseb, ki so stranke večstrankarskega pogodbenega razmerja, ne glede na določbe v pogodbi ali zakonih, ki se uporabljajo v zvezi s prenosom tega premoženja.

Na podlagi navedenih zakonskih določb je že sodišče prve stopnje pravilno ugotovilo, da v predmetni zadevi ne gre za običajno cesijo in da na DUTB niso prešle samo terjatve, temveč tudi pogodba, iz katere izvira osnovno razmerje. Na podlagi sedmega in osmega odstavka 11. člena ZUKSB se namreč na DUTB prenesejo tudi kreditne mape, ki vsebujejo temeljne podatke iz temeljnega razmerja.

Pravna teorija je sprejela stališče, če se prenese celotna pogodba, iz katere izvira temeljno razmerje, zavarovano z maksimalno hipoteko, ni nikakršnih ovir za prehod maksimalne hipoteke na novega upnika. Podobno velja tudi, če je z maksimalno hipoteko zavarovana zgolj ena terjatev, ki se prenaša, ali če pride do prenosa vseh z maksimalno hipoteko zavarovanih terjatev.

Pri prenosu maksimalne hipoteke na DUTB gre za posebno razmerje, ki ga ureja ZUKSB, ki skladno z načelom *lex specialis derogat legit generali*, kot specialni predpis ureja položaj DUTB v razmerju do banke in dolžniki.

Glede na opisano je mogoče zaključiti, da prenos terjatev in stranskih pravic (hipotek) na DUTB učinkuje ne glede na vpise prenosa v registrih in ne glede na omejitve glede prenosljivosti maksimalnih hipotek.

10. PRIMERJALNO-PRAVNI VIDIK PRENOSA HIPOTEKE

Slovenski pravni sistem opredeljuje hipoteko kot akcesorno pravico, ki je tesno povezana z zavarovano terjatvijo. Ravno zaradi njene akcesornosti je prenos hipoteke mogoč le skupaj s prenosom zavarovane terjatve. Terjatev je mogoče prenesti tudi brez hipoteke, vendar je potrebno to posebej določiti.

Avstrijski pravni sistem določa, da je zavarovano terjatev mogoče prenesti samo skupaj s hipoteko, pri čemer je za prenos potreben vpis v zemljiško knjigo.¹⁰⁶ V avstrijskem pravu za *cessio legis* (1358. člen ABGB) velja, da vpis prenosa hipoteke nima oblikovalnega učinka, temveč pride do prenosa avtomatično – zunajknjižno. Za takšno rešitev se del teorije zavzema tudi pri pogodbeni in nujni cesiji¹⁰⁷, saj se akcesornost pri obeh vrstah cesije ne razlikuje. Prenos hipoteke na novega upnika pri nujni cesiji (1422. člen ABGB) zaradi plačila tujega dolga, zavarovanje avtomatsko sledi zavarovani terjatvi, brez sodelovanja starega upnika. Pri tem gre za prenos hipoteke na plačnika *ipso iure* brez posebnega pravnega akta o prenosu.¹⁰⁸ Publiciranje v zemljiški knjigi ima le deklaratorni pomen.¹⁰⁹ Pri pogodbeni cesiji (1392. člen ABGB) se zahteva posebna pogodba o prenosu ter vpis v zemljiško knjigo. Pri fiksnih hipotekah pa lahko hipoteka preide samo s prenosom v zemljiški knjigi.¹¹⁰

Po hrvaškem pravu upniku zavarovane terjatve prav tako pripada zastavna pravica na nepremičnini. Pri spremembi upnika zastavna pravica sledi zavarovani terjatvi. Če zavarovana terjatev preide na drugo osebo, tj. novega upnika, preide nanjo tudi zastavna pravica, ne da bi bil za to potreben posebni pravni temelj ali poseben način odobritve. Novi upnik je postal hipotekarni upnik že s prehodom terjatve v njegovo premoženjsko sfero brez vpisa v zemljiško knjigo. Vendar se mora novi upnik, tako kot je to v slovenskem pravnem sistemu, vpisati v zemljiško knjigo, da bi prenos hipoteke dosegel absolutne učinke napram tretjim, da bo lahko uporabljal svoje pravice v polnem obsegu.¹¹¹

Glede na navedeno velja zaključiti, da glede prenosa hipoteke med pravnimi sistemi Avstrije, Hrvaške in Slovenije ni bistvenih sprememb, predvsem kar se tiče učinka vpisa prenosa v zemljiško knjigo. Je pa res, da slovensko pravo (še) nima določenega pravnega pravila, da vpis prenosa hipoteke v zemljiško knjigo predstavlja zgolj publicitetni učinek in ne konstitutivni pomen vpisa, temveč je (bo) odgovore na to vprašanje podala sodna praksa.

¹⁰⁶ M. Tratnik, *Hipoteka*, 2012, str. 109.

¹⁰⁷ M. Hintergger, *ABGB Praxiskomentar*, Band 2, Verlag Orac, 1998, str. 265.

¹⁰⁸ Inštitut podoben subrogaciji v slovenskem pravu.

¹⁰⁹ N. Sadjadi, Thurner, 2006, str. 213.

¹¹⁰ Prav tam str. 219.

¹¹¹ Josipović, *Flexibilitat...*, 2006, str. 181.

10.1. Primerjalno-pravni vidik prenosa maksimalne hipoteke

Nemški pravni sistem (4. odstavek 1190. člena BGB) določa, da se lahko terjatev, ki je zavarovana z maksimalno hipoteko, prenaša po splošnih pravilih, ki veljajo za cesijo, in je v primeru, da je po teh pravilih prenesena, prehod hipoteke izključen. Tukaj je potrebno dodati, da se po nemškem pravu hipotekarno zavarovane terjatve praviloma ne prenašajo po splošnih pravilih o cesiji, temveč po pravilih, ki veljajo za prenos stvarnih pravic na nepremičninah. Same zavarovane terjatve, brez hipoteke drugače kot po našem pravu, praviloma ni mogoče prenesti (1153. člen BGB). Četrti odstavek 1190. člena BGB pa glede maksimalne hipoteke določa izjemo od splošnega pravila s tem, da dopušča prenos terjatve brez zavarovanja, s cesijo. Samo v tem primeru je prehod hipoteke izključen. Posamezne s hipoteko zavarovane terjatve se lahko prenašajo tudi po pravilih, ki veljajo za prenos hipotekarno zavarovanih terjatev, to je na podlagi razpolagalnega posla in vpisa v zemljiško knjigo. Če gre za pisemsko hipoteko, pa vpis nadomesti izročitev hipotekarnega pisma (1154. člen BGB). V tem primeru na novega upnika preide tudi maksimalna hipoteka. Vendar je treba dodati, da je problematika prenosa (maksimalne) hipoteke za nemško prakso postala nepomembna, ker je hipoteko v nemški bančni praksi povsem nadomestil zemljiški dolg.¹¹²

V hrvaškem pravu prenos maksimalne hipoteke ni izrecno urejen. Maksimalna hipoteka se s prenosom pogodbe, iz katere bodo nastale z maksimalno hipoteko zavarovane terjatve (zavarovanega razmerja), lahko prenese že pred nastankom prve zavarovane terjatve, in sicer na podlagi splošnega pravila 127. člena Zakona o obligacionim odnosima (ZOO). Prav tako lahko pride do odstopa posameznih terjatev, ki nastanejo iz zavarovanega pravnega razmerja. V tem primeru cesionar pridobi točno določeno terjatev, ki jo varuje fiksna hipoteka. Tako se s cesijo maksimalna hipoteka v znesku odstopljene terjatve samodejno spremeni v fiksno. Skupni znesek maksimalne hipoteke se zmanjša za znesek zavarovane terjatve. Fiksna hipoteka, ki je nastala s cesijo posamezne zavarovane terjatve, ima isti vrstni red kot maksimalna hipoteka.¹¹³

Slovenska pravna ureditev ne predvideva (delne) konverzije maksimalne hipoteke v fiksno hipoteko, kot je to mogoče v avstrijskem in hrvaškem pravu. Konverzija »dela« maksimalne hipoteke glede posameznih zavarovanih terjatev je praktično pomembna v primerih, ko hipotekarni upnik želi odstopiti posamezne terjatve skupaj s hipotekarnim zavarovanjem. Po avstrijskem pravu se lahko maksimalna hipoteka, glede posameznih terjatev, ki nastanejo iz

¹¹² M. Tratnik, Različne vrste hipotek v slovenskem pravu, v: Pravni letopis, 2008, str. 14–15.

¹¹³ Prav tam.

zavarovanega temeljnega razmerja, s privolitvijo (osebnega) dolžnika kadarkoli v celoti ali delno spremeni v fiksno hipoteko. Ta hipoteka se vpiše v zemljiško knjigo v vrstnem redu maksimalne hipoteke.¹¹⁴

Po hrvaškem pravu se lahko maksimalna hipoteka spremeni v fiksno hipoteko ali obratno, čeprav tega Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (ZV) in Zakon o zemljišnim knjigama (ZZK) izrecno ne omenjata. Nova fiksna oziroma maksimalna hipoteka se vpiše v rangi prvotne maksimalne oziroma fiksne hipoteke. Sprememba maksimalne hipoteke v fiksno se vpiše v zemljiško knjigo na podlagi zemljiškoknjižne listine, s katero stranki določita znesek in zapadlost terjatve, ki je nastala iz z maksimalno hipoteko zavarovanega pravnega razmerja. Znesek te terjatve ne sme biti višji od skupnega zneska maksimalne hipoteke. V zemljiškoknjižni listini o spremembi fiksne hipoteke v maksimalno pa stranki izrecno določita, da bo hipoteka varovala bodoče terjatve, ki bodo nastale iz istega pravnega razmerja, kot terjatev, ki se je prvotno zavarovala s fiksno hipoteko. Stranki torej ne moreta tako nastale maksimalne hipoteke razširiti na druga pravna razmerja. Prav tako sta omejeni glede zneska maksimalne hipoteke, ki je lahko največ enak znesku prvotno ustanovljene fiksne hipoteke.¹¹⁵

¹¹⁴ Prav tam.

¹¹⁵ Prav tam.

11. ZAKLJUČEK

V poslovni praksi, sploh pa v zadnjih letih, je zaradi nastale finančne globalne krize mogoče opaziti porast slabih terjatev, ki so zaradi slabe likvidnosti bank pogosto predmet prodaje. In ravno te terjatve, govorimo predvsem o bančnih terjatvah, so pogosto zavarovane s hipoteko ali z maksimalno hipoteko.

Hipoteka (navadna) je skoraj idealna oblika zavarovanja predvsem v primeru, ko gre za enkratno kreditno razmerje, bodisi kreditno financiranje nakupa stanovanjske nepremičnine. Poglavitna prednost maksimalne hipoteke je v tem, da omogoča zavarovanje cele vrste terjatev med istim dolžnikom in upnikom ob enkratni ustanovitvi hipoteke. Ker maksimalna hipoteka varuje upniško-dolžniško razmerje, je najprimernejša za pravna razmerja med gospodarskimi subjekti, kjer obstaja potreba po več kreditih v daljšem časovnem razmerju.

Predvsem v praksi je mogoče zaslediti stališča, da s prenosom zavarovane terjatve na novega upnika ne preide tudi hipoteka, temveč je hipoteko potrebno prenesti s posebnim razpolagalnim poslom, tj. z vpisom v zemljiško knjigo. Na podlagi podanih predpostavk in ob primerjavi različnih stališč, tako stališč sodne prakse kot pravne teorije je bilo ugotovljeno, da hipoteka kot akcesorna pravica preide na novega upnika že s prenosom terjatve in da vpis v zemljiško knjigo, kot to določa 148. člen SPZ, ne predstavlja konstitutivnega učinka, temveč zgolj publicitetni učinek, kar olajšuje praktično uporabnost hipoteke.

Praktično uporabnost maksimalne hipoteke pa utesnjujejo ravno pravila glede prenosa zavarovanih terjatev in s tem prenosa maksimalne hipoteke. Splošno pravilo, določeno s 148. členom SPZ-ja namreč pri prenosu maksimalne hipoteke ni uporabno, saj 4. odstavek 146. člena določa, da je pri prenosu terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko, prenos maksimalne hipoteke izključen. Zaradi posebne značilnosti maksimalne hipoteke, da varuje celotno upniško dolžniško razmerje in ne zgolj posamične terjatve, jo je mogoče prenesti le ob prenosu celotne pogodbe, tj. celotnega upniško-dolžniškega razmerja. V nasprotnem primeru bi prišli v situacijo, ko bi hipotekarni upnik izgubil zavarovanje za terjatve, ki jih ni prenesel. Upoštevajoč primerjalno-pravne rešitve se strinjam s Tratnikom, da bi bila mogoča ureditev, po kateri bi bila pri maksimalni hipoteki na podlagi dogovora med upnikom in dolžnikom mogoča delna ali popolna konverzija maksimalne hipoteke v fiksno, ki bi omogočala zlasti prehod hipoteke na novega upnika v primeru cesije posamezne zavarovane terjatve. Če bi cedent odstopil terjatev, ki bi bila manjša od maksimalnega zneska, bi cesionar dobil fiksno hipoteko, ki bi ustrezala višini odstopljene terjatve. Le-ta bi se vpisala v vrstnem redu maksimalne hipoteke. Cedentu pa

bi ostala maksimalna hipoteka za razliko do maksimalnega zneska. Pri prevzemu terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko, pa obstaja tudi velik riziko; v primeru oklica stečajnega postopka pred vknjižbo hipoteke v zemljiško knjigo upnik izgubi vsakršno zavarovanje in se prevzemnik dejansko sooča s prevzemom navadne – nezavarovane terjatve. V izogib izgubi zavarovanja terjatve je morda smiselna rešitev, da se ustanovi nova stranska pravica. Smiselno je skleniti dogovor neposredno z dolžnikom prenesene terjatve, ki mora soglašati z obremenitvijo (že obremenjene) nepremičnine in voljno sodelovati pri sklenitvi dogovora, kar lahko predstavlja problem. Na novo ustanovljena hipoteka prevzemniku (v nadaljevanju: upnik) nudi manjše zavarovanje, kot bi ga le-ta imel z maksimalno hipoteko, saj izgubi vrstni red glede na datum vknjižbe hipoteke v zemljiško knjigo.

Obstaja pa tudi izjema od splošnega zakonskega pravila prenosa maksimalne hipoteke, in sicer pri prenosu terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko, na DUTB. DUTB, ustanovljen z ZUKSB, uživa namreč poseben status in uzakonja izjeme od opisanih splošnih zakonskih pravil. ZUKSB v 29. členu določa, da za premoženje, ki je predmet prenosa na DUTB, ne veljajo omejitve prenosljivosti, določene v drugih zakonih. Prvi odstavek 11. člena ZUKSB določa, da DUTB skupaj s terjatvami prevzame tudi pripadajoča zavarovanja. Na podlagi danih predpostavk in z uveljavljeno sodno prakso ugotavljamo, da v primeru prenosa posamezne terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko, na DUTB preide tudi maksimalna hipoteka.

Pri pregledu ureditve prenosa hipoteke sosednjih pravnih sistemov ugotovimo, da je predvsem pri prenosu navadne hipoteke slovenski sistem v pretežni meri sledil avstrijskemu sistemu. Pravilo, da se s prenosom zavarovane terjatve prenese tudi hipoteka, ima uzakonjeno tako Hrvaška, Avstrija kot tudi Nemčija. Avstrijski ABGB celo določa, da je zavarovano terjatev mogoče prenesti samo skupaj s hipoteko, medtem ko slovenski pravdni red omogoča, da se terjatev prenese tudi brez zavarovanja, v kolikor je to izrecno določeno. Razlike opažamo predvsem pri prenosu maksimalne hipoteke, saj slovenski pravni sistem ne pozna konverzije maksimalne hipoteke v fiksno hipoteko. Hrvaški in avstrijski pravni sistem namreč omogočata spremembo maksimalne hipoteke v fiksno, hrvaški pa celo obratno, in sicer konverzijo iz fiksne v maksimalno hipoteko.

V zvezi s predstavljeno temo in problematiko je mogoče zaključiti, da je ureditev prenosa hipoteke v slovenskem pravem sistemu dokaj sistematično urejena predvsem sedaj, ko je po razhajanjih sodne prakse in pravne teorije sprejeto stališče, da vpis prenosa hipoteke v zemljiško knjigo ne predstavlja konsitutivnega učinka, kar upniku omogoča upravičenja z naslova

pridobljenega zavarovanja. V zvezi z ureditvijo prenosa maksimalne hipoteke pa lahko predlagamo zgledovanje po zakonodaji sosednjih držav.

12. LITERATURA

Monografije, članki, poglavja iz zbornika:

- Ilić, Uroš, Bončina Jamšek, Suzana: Transakcije s slabimi terjatvami (NPL), v: Deveti dnevi insolvenčnega prava, Planet GV in PF UL, Ljubljana 2016, str. 81-97.
- Josipović, Tatjana: Flexibilität der Grundpfandrechte in Mitteleuropa, v (Otmar M. Stöcker, ur.): Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa, Band 1, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin 2006, str. 157-198.
- Schwimann, Michael, Eggelmeier, Barbara, Hinteregger, Monika, Kiendl-Wendner, Doris, Klicka, Tomas, Oberhammer, Paul: ABGB Praxiskommentar, Band 2, Verlag Orac, Wien, 1998.
- Josipović, Tatjana: Zemljiškopravno pravo, Informator, Zagreb 2001.
- Juhart, Miha, Tratnik, Matjaž, Vrenčur, Renato: Stvarno pravo, GV založba, Ljubljana 2007.
- Juhart, Miha, Plavšak, Nina, Vrenčur, Renato: Sodobno stvarno pravo, GV založba, Ljubljana 2016.
- Juhart, Miha, Tratnik, Matjaž, Vrenčur, Renato, Berden, Andrej, Keresteš Tomaž, Rijavec, Vesna, Vlahek, Ana: Stvarnopravni zakonik s komentarjem, GV založba, Ljubljana 2004.
- Juhart, Miha, Tratnik, Matjaž, Vrenčur, Renato: Stvarnopravni zakonik s komentarjem, UL RS in PF UL in PF UM, Ljubljana, 2016.
- Juhart, Miha: Cesija: Pogodbeni odstop terjatve, Gospodarski vestnik, Ljubljana 1996.
- Juhart, Miha, Plavšak, Nina, Vrenčur, Renato: Obligacijsko pravo: splošni del, GV založba, Ljubljana 2009.
- Keresteš, Tomaž: Maksimalna hipoteka, v: Podjetje in delo, 1 (2013), str. 21.
- Plavšak, Nina: Prenos hipoteke ali maksimalne hipoteke ob prenosu (cesiji) terjatve, v: Deveti dnevi insolvenčnega prava, Planet GV in PF UL, Ljubljana 2016, str. 103-118.
- Plavšak, Nina: Razpolaganje s hipoteko in prenehanje hipoteke, v: Četrty dnevi stvarnega in zemljiškopravnega prava, GV založba, Ljubljana 2012, str. 51-78.
- Sadjadi Ninel, Jasmine, Thurner, Mario: Flexibilität der Grundpfandrechte in Mitteleuropa, Länderbericht Österreich, v (Otmar M. Stöcker, ur.): Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa, Band 1, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin 2006, str. 199-240

- Tratnik, Matjaž: Prenos hipotek, v: Pravna praksa, 22 (2008), str. 8-11.
- Tratnik, Matjaž: Vnovič o prenosu hipotek, v: Pravna praksa, 11 (2010), str. 22.
- Tratnik, Matjaž: Hipoteka, GV založba, Ljubljana 2012.
- Tratnik, Matjaž: Zastavna pravica, GV založba, Ljubljana 2006.
- Tratnik, Matjaž: Različne vrste hipotek v slovenskem pravu, v: Pravni letopis 2008, Zbornik inštituta za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2008, str.11.
- Tratnik, Matjaž, Vrenčur, Renato, Šlamberger, Miha: Zavarovanje plačil s primeri pogodb, klavzul, zemljiškoknjižnih predlogov in sodno prakso, Inštitut za nepremičninsko pravo Maribor, 2010.
- Tratnik, Matjaž, Vrenčur, Renato: Zemljiškoknjižno pravo v teoriji in praksi: Inštitut za nepremičninsko pravo Maribor, Maribor 2008.
- Tratnik, Matjaž, Vrenčur, Renato: Stvarno in zemljiškoknjižno pravo v praksi naših sodišč IV, Inštitut za primerjalno, civilno in gospodarsko pravo, seminarsko gradivo, 2013, str. 51.
- Tratnik Matjaž, Vrenčur, Renato: Pregled novejšje sodne prakse na področju hipotekarnega prava, v: Pravna praksa, 23 (2015), str. 22
- Vojičić, Aleksander: Pogodbeni odstop hipotekarno zavarovane terjatve – prenos hipoteke, v: Pravna praksa, 23 (2014), str. 8.

Pravni viri:

- Obligacijski zakonik, OZ, (Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo in 64/16 – odl. US).
- Stvarnopravni zakonik, SPZ, (Uradni list RS, št. 87/02 in 91/13).
- Zakon o ukrepih Republike Slovenije za krepitev stabilnosti bank, ZUKSB, (Uradni list RS, št. 105/12, 63/13 – ZS-K, 23/14 – ZDIJZ-C in 104/15).
- Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju, ZFPPIPP, (Uradni list RS, št. 13/14 – uradno prečiščeno besedilo, 10/15 – popr., 27/16, 31/16 – odl. US, 38/16 – odl. US in 63/16 – ZD-C).
- Zakon o pravdnem postopku, ZPP, (Uradni list RS, št. 73/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08 – ZArbit, 45/08, 111/08 – odl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 10/14 – odl. US, 48/15 – odl. US, 6/17 – odl. US in 10/17).

- Zakon o izvršbi in zavarovanju, ZIZ, (Uradni list RS, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 53/14, 58/14 – odl. US, 54/15 in 76/15 – odl. US).
- Zakon o zemljiški knjigi, ZZK-1, (Uradni list RS, št. 58/03, 37/08 – ZST-1, 45/08, 28/09, 25/11 in 14/15 – ZUUJFO).
- Zakon o temeljnih lastninskopravnih razmerjih, ZLTR (Uradni list SFRJ, št. 6/80, 20/80 – popr., 36/90, Uradni list RS, št. 4/91 in 87/02 – SPZ).
- Zakon o obligacijskih razmerjih, ZOR (Uradni list SFRJ, št. 29/78, 39/85, 45/89 – odl. US, 57/89, Uradni list RS, št. 88/99 – ZRTVS-B, 83/01 – OZ, 30/02 – ZPlaP in 87/02 – SPZ).
- Zakon o zemljišnim knjigama, ZZK (Narodne novine 91/96, 68/98, 137/99, 73/2000, 114/01, 100/04).
- Zakon o lastništvu i drugim stvarnim pravima, ZV (Narodne novine 91/96, 137/99, 22/2000, 73/2000, 114/01)

Sodna praksa:

- Višje sodišče v Ljubljani: sodba I Cpg 960/2014 z dne 17.9.2014.
- Višje sodišče v Ljubljani: sodba II Cp 3368/2013 z dne 19.02.2014.
- Višje sodišče v Ljubljani: sodba I Cpg 1169/2014 z dne 18.9.2014.
- Vrhovno sodišče Republike Slovenije: sklep III Ips 150/98 z dne 23.2.1999.
- Vrhovno sodišče Republike Slovenije: sodba III Ips 170/2006 z dne 16.6.2009.
- Vrhovno sodišče Republike Slovenije: sodba III Ips 131/2005 z dne 23.5.2007.
- Vrhovno sodišče Republike Slovenije: sklep II Ips 75/2009 z dne 11.5.2009.
- Višje sodišče v Kopru: sklep Cp 1077/2008 z dne 9.12.2008.
- Višje sodišče v Ljubljani: sklep I Cp 1625/2010 z dne 28.7.2010.
- Višje sodišče v Kopru: sklep I Cp 26/2003 z dne 8.4.2003.
- Višje sodišče v Ljubljani: sodba I Cpg 1169/2014 z dne 18.9.2014.
- Višje sodišče v Ljubljani: sodba II Cp 3016/2015 z dne 24.02.2016.

Spletni viri:

- Banka Slovenije: Poročilo o finančni stabilnosti, Ljubljana 2015, URL: <https://www.bsi.si/iskalniki/porocila.asp?MapaId=285>.
- DUTB, URL: http://www.dutb.eu/si/o_nas.aspx.