

Odvjetnički ured

ICO ŠKARPA

Trg Hrvatske bratske zajednice 2A, 21 000 Split

tel: 021/339-915, 339-916 ; GSM: 098 32 10 89;

e-mail: ico.skarpa.law@st.t-com.hr

Posl.br.: 13 P-158/2021-19

Tužitelj: Stečajna masa iza ANPE GRADNJA d.o.o., Zagreb, Boškoviće
ulica 7, OIB: 84568538277, zastupanog po stečajnom upravitelju Marku
Plavetiću, a ovaj po pun. Ici Škarpi, odvjetniku u Splitu

Tuženik: NAUTIČKI CENTAR KOMIŽA d.o.o., Komiža, OIB: 80069446180
zastupano po pun. Borisu Bulju, odvjetniku u Splitu

TRGOVAČKI SUD U SPLITU

za

VISOKI TRGOVAČKI SUD

Ž A L B A

TUŽITELJA

Radi: proglašenja nedopuštenom ovrhe

- dvostruko -

Protiv presude pod uvodno naznačenim posl.br. od 24.travnja 2023., tužitelj podnosi ovu žalbu kojom pobija navedenu presudu u cijelosti, zbog svih žalbenih razloga, (u bitnom), kako slijedi:

I. Apsolutno i relativno bitne povrede postupovnih odredbi;

1. Presuda se ne može ispitati, (čl. 354. st.2. t.11. ZPP), jer u presudi nisu navedeni razlozi zbog čega je u predmetnom postupku neophodno potrebno mišljenje četvrtog vještaka na iste okolnosti, a obrazloženje prvostupanjskog Suda je proturječno sadržaju spisu priliježećih mišljenja trojice vještaka i to baš na jedinu spornu okolnost vrijednosti izvršenih radova;
2. Prvostupanjski Sud je prekoračio načelo slobodne ocjene dokaza, (čl.8. ZPP), čime je počinio bitnu povredu postupovnih odredbi iz čl. 354. st. 1.ZPP;

II. Pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje;

3. Od tri spisu priliježeća mišljenja sudskih vještaka, prema dva mišljenja je tuženik dužan tužitelju pa tuženik ni u kom slučaju nije mogao podnijeti ni jednu od tri zadužnice na naplatu, a prema mišljenju trećeg vještaka, tužitelj je preplaćen za iznos od 190.088,88 kn, pa je u najgorem slučaju za tužitelja ovrha nedopuštena po dva od tri podnesena Zahtjeva za izravnu naplatu;

III. Pogrešna primjena materijalnog prava;

4. Pogrešno nije primijenjena odredba čl. 55.st.3. OZ u svezi s odredbom čl. 50. st.1.t. 9. OZ budući predmetna tražbina prestala na temelju činjenice koja je nastala u vrijeme kad je ovršenik više nije mogao istaknuti u postupku iz kojeg potječu zadužnice).

Ad I.) Apsolutno i relativno bitne povrede postupovnih odredbi

- 1.) Apsolutno bitna povreda postupovnih odredbi iz čl. 354. st. 2. t. 11. ZPP budući se presuda ne može ispitati jer u presudi nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama, a obrazloženje prvostupanskog Suda je **proturječno** sadržaju spisu priliježećih mišljenja vještaka na okolnost vrijednosti izvršenih radova;
- 1.1. Predmet postupka je zahtjev tužitelja da se proglašeni nedopuštenom ovrha-postupak izravne naplate kojeg je pred FINA pokrenuo tuženik kao ovrhovoditelj 24.01.2019.g., podnošjem tri Zahtjeva za izravnu naplatu na temelju tri bjanko zadužnice, od kojih se prvim zahtjeva isplata iznosa od 40.600,00 kuna, drugim se zahtjeva isplata iznosa od 349.420,59 kuna, a trećim se zahtjeva isplata iznosa od 129.625,00 kuna, sve zajedno sa zateznim kamatama, odnosno ukupno 519.645,59 kn. Činjenično nije sporno da je predmetne bjanko zadužnice tužitelj dostavio tuženiku temeljem Ugovora o izvođenju radova na adaptaciji višestambene zgrade, Komiža - I. faza od dana 15. prosinca 2017., (nastavno: Ugovor I), te Ugovora o izvođenju radova na adaptaciji višestambene zgrade, Komiža - II. faza, od dana 28. veljače 2018., (nastavno: Ugovor II), sve prema prema člancima 12. Ugovora I i II, odnosno, kao jamstvo za uredno ispunjenje ugovora.

Prvostupanski Sud je u točki 47. presude točno naveo što je sporno:

„47. ...kao sporno trebalo je utvrditi kvalitetu, količinu i vrijednost izvedenih radova te u vezi s tim je li osnovan zahtjev tužitelja za proglašenjem nedopuštenom ovrhe koju je tuženik kao ovrhovoditelj pokrenuo pred Financijskom agencijom kojoj je podnio na naplatu tri zadužnice (Ov-5942/17 od 15. prosinca 2017., OV-5941/2017 od 15. prosinca 2017. i OV-904/2018 od 6. ožujka 2018.) koje je tužitelj tuženiku predao kao jamstvo za dobro izvršenje posla.“

Međutim, prvostupanski Sud je odbio tužbeni zahtjev s obrazloženjem, (u bitnom), da Sud nije uspio formirati određeno uvjerenje oslanjajući se na slobodnu ocjenu dokaza jer da iz dokaza koji su izvedeni tijekom postupka **ne proizlazi** osnovanost tužbenog zahtjeva, da je **jedino** provođenjem dokaza građevinskim vještačenjem bilo moguće utvrditi količinu, kvalitetu i vrijednost izvedenih radova, a da tužitelj nije uplatio predujam za izvođenje dokaza građevinskim vještačenjem, pa da je primjenom pravila o teretu dokazivanja iz odredbe članka 221.a ZPP odbijen tužbeni zahtjev¹.

¹ „50. Prema tome, kako tužitelj, na kojem je bio teret dokazivanja, tijekom postupka nije dokazao da je radove izveo u količinama i kvaliteti kako se to obvezao ugovorima zaključenim s tuženikom, pa da iz tog razloga nisu bile ispunjene pretpostavke za naplatu po zadužnicama koje je tužitelj predao tuženika kao jamstvo za uredno izvršenje posla, tužbeni zahtjev je valjalo odbiti kao neosnovan.

51. Naime, iz dokaza koji su izvedeni tijekom postupka ne proizlazi osnovanost tužbenog zahtjeva, a tužitelj nije ...uplatio predujam potreban radi izvođenja dokaza građevinskim vještačenjem....

5.2. Stoga, kako je jedino provođenjem dokaza građevinskim vještačenjem bilo moguće utvrditi količinu, kvalitetu i vrijednost izvedenih radova po ugovorima ...te u vezi s tim je li tuženik mogao aktivirati zadužnice koje mu je tužitelj predao kao jamstvo za uredno izvršenje posla, s obzirom na to da tužitelj nije uplatio predujam potreban za provođenje tog dokaza, ta sporna činjenica je ostala nedokazana pa je tužbeni zahtjev valjalo odbiti kao neosnovan.

- 1.2. Međutim, pod točkom „21.“ ožalbene presude, Sud je naveo koje je dokaze imao i pregledao u postupku, te je iz navedene točke presude razvidno da spisu priliježe **tri, (3), mišljenja građevinskih vještaka**, a kojim vještačenjima je utvrđena količinu, kvaliteta i vrijednost izvedenih radova, (na adaptaciji višestambene zgrade tuženika u Komizi), i to baš:
- nalaz i mišljenje stalnog sudskog vještaka Slobodana Bogdanovića iz kolovoza 2018. (listovi 190-233 spisa), angažiranog od strane tuženika,
 - nalaz i mišljenje sudskog vještaka Mije Tadinca od 8. kolovoza 2018. (listovi 234-236 spisa), angažiranog od strane tužitelja,
 - elaborat stalnog sudskog vještaka Siniše Krolo od 25. veljače 2020. (listovi 365-389 spisa), angažiranog u postupku osiguranja dokaza.

Slijedom navedenog, tvrdnja prvostupanjskog suda da je **jedino** provođenjem dokaza građevinskim vještačenjem bilo moguće utvrditi količinu, kvalitetu i vrijednost izvedenih radova je **netočna** budući spisu priliježe **tri mišljenja vještaka**, u kojim je utvrđena količina, kvaliteta i vrijednost izvedenih radova, pa se predmetna mišljenja vještaka moglo cijeniti i na osnovu istih **prosuditi o spornoj činjenici**, bez dodatnog izlaganja tužitelja trošku koji **nije mogao** podmiriti jer ga je nezakonita ovrha - blokada računa koja je predmet ovog postupka uništila kao poslovnog subjekta.

- 1.3. Nadalje, nije sporno da su vještaci Slobodan Bogdanović i Mijo Tadinca utvrdili postojanje **dugovanja tuženika** prema tužitelju za izvedene, a neplaćene radove, i to u iznosima kako slijedi:
- prema vještaku Tadicu ukupna vrijednost izvedenih radova po Ugovorima I i II iznosi 1.298.945,15 kn, a s obzirom da je tuženik za izvedene radove platio tužitelju ukupno 1.134.017,58 kn, dugovanje za izvedene a neplaćene radove iznosi **164.927,57 kn**;
 - prema vještaku Bogdanoviću: ukupna vrijednost izvedenih radova po Ugovorima I i II iznosi 1.182.064,11 kn, a s obzirom da je tuženik za izvedene radove platio tužitelju ukupno 1.134.017,58 kn, dugovanje za izvedene a neplaćene radove iznosi **48.046,53 kn**.

Dokaz: cit. vještva;

Tablična usporedba nalaza vještačenja vještaka Tadinca i Bogdanovića, izrađena od strane samog tuženika, (!!!) te dostavljena punomoćniku tužitelja u prilogu e-maila od 03.12.2018. , (sve priliježi spisu)

Slijedom navedenog, prema **dva od tri** spisu prilježeća mišljenja vještaka, **tužbeni zahtjev je osnovan u cijelosti**, jer ne postoji nikakvo dugovanje tužitelja prema tuženiku, već *vice versa*.

- 1.4. Prema elaboratu vještaka Siniše Krolo utvrđeno je da je tužitelj navodno preplaćen, odnosno, utvrđeno je **dugovanje tužitelja** prema tuženiku za iznos od 190.088,88 kn, pa je slijedom navedenog prema mišljenju istog vještaka tužbeni zahtjev **djelomično osnovan** u dijelu koji prelazi iznos od 190.088,88 kn, odnosno, **tužbeni zahtjev je**

Kad sud ne uspije formirati određeno uvjerenje oslanjajući se na slobodnu ocjenu dokaza, tada dolaze u obzir pravila o teretu dokazivanja iz odredbe članka 221.a ZPP koja u osnovi obvezuju sud uzeti kao nedokazanu onu tvrdnju za čiju istinitost stranka koja se na određenu činjenicu poziva u svoju korist nije bila u stanju pružiti dovoljno odgovarajućih dokaznih sredstava.

djelomično osnovan u pretežitom dijelu od 329.556,71 kn.

- 1.5. S obzirom na sve navedeno, čak i prema najnepovoljnijem mišljenju vještaka za tužitelja, sva **tri mišljenja** vještaka koja priliježu spisu **potvrđuju da je tužbeni zahtjev osnovan u pretežitom dijelu 329.556,71 kn.**

U odnosu na takvu nespornu činjenicu, potpuno je neosnovana tvrdnja prvostupanjskog suda da „iz dokaza koji su izvedeni tijekom postupka **ne proizlazi osnovanost tužbenog zahtjeva**,“.

Upravo suprotno, s obzirom da kako je prethodno ukazano sva tri mišljenja vještaka koja priliježu spisu potvrđuju da je tužbeni zahtjev osnovan u pretežitom dijelu, odnosno najmanje za iznos od 329.556,71 kn, očito je da iz dokaza koji su izvedeni tijekom postupka **proizlazi** barem **djelomična osnovanost tužbenog zahtjeva** i to u pretežitom dijelu, odnosno najmanje za iznos od 329.556,71 kn.

Slijedom navedenog, obrazloženje prvostupanjskog Suda je očito **proturječno** sadržaju spisu priliježećih mišljenja vještaka, a što predstavlja apsolutno bitnu povredu postupovnih odredbi iz čl. 354. st. 2. t. 11. ZPP.

- 1.6. Štoviše, pri opisanoj dokaznoj građi i stvarnom činjeničnom stanju, prvostupanjski Sud **nije naveo** nikakve **razloge** koji bi objasnili ili opravdali tvrdnju istog Suda da je **jedino** provođenjem dokaza građevinskim vještačenjem bilo moguće utvrditi količinu, kvalitetu i vrijednost izvedenih radova.

Naime, tužitelj je suglasan da bi utvrđivanje spornih činjenica putem novog, (četvrtog), vještačenja bilo **najjednostavniji** način za Sud, ali zasigurno vještačenje **nije bilo jedini mogući** način utvrđivanja činjenica kako je to naveo prvostupanjski Sud budući spisu priliježi dovoljno dokaznog materijala iz kojeg se moglo i trebalo **pouzdanost utvrditi** relevantne činjenice.

Protivno opisano postupanje prvostupanjskog Sud predstavlja apsolutno bitnu povredu postupovnih odredbi iz čl. 354. st. 2. t. 11. ZPP budući se presuda ne može ispitati jer u presudi **nisu navedeni razlozi** zbog kojih prvostupanjski sud nije utvrdio odlučne činjenice iz spisu priliježećih mišljenja vještaka.

2. Relativno bitna povrede postupovnih odredbi iz čl. 354. st. 1. ZPP u vezi s čl. 8. ZPP

Odredbom čl. 8. ZPP², utvrđeno je načelo „slobodne ocjene dokaza“, međutim, prvostupanjski sud je isto načelo u velikoj mjeri prekoračio. Naime, sukladno sudskoj praksi i rješidbama Vrhovnog suda³, „izvedene dokaze sud prosuđuje po slobodnom uvjerenju, ali je dužan stečeno uvjerenje opravdati uvjerljivim i logičnim razlozima da bi se moglo provjeriti ima li takvo uvjerenje pravnu i činjeničnu osnovu.“.

Međutim, prvostupanjski sud nije uopće dao logične i obrazložene razloge za svoje uvjerenje, a u svakom slučaju uvjerenje suda da *iz dokaza koji su izvedeni tijekom postupka ne proizlazi osnovanost tužbenog zahtjeva*“ **nema ni pravnu ni činjeničnu**

² NN br.112/99, Zakon o parničnom postupku, čl.8: „Koje će činjenice uzeti kao dokazne odlučuje sud prema svom uvjerenju na temelju savjesne i brižljive ocjene svakog dokaza zasebno i svih dokaza zajedno, a i na temelju rezultata cjelokupnog postupka.“

³ VS , Rev 2732/98 , Ivo Grbin: “Zakon o parničnom postupku sa sudskom praksom”, “Organizator”, Zagreb , 2001

osnovu, što je očigledno iz prethodnog teksta ove žalbe, kao i iz rezultata dokaznog postupka.

Konačno, tužitelj ukazuje da je svjestan činjenice da njegova nemogućnost podmirenja troškova vještačenja ima postupovne posljedice. Međutim, prvostupanjski Sud je predimenzionirao i **neosnovano proširio** posljedice neprovođenja vještva i to na način da je bez valjane činjenične osnove odbio tužbeni zahtjev **u cijelosti**.

Naime, prema mišljenju tužitelja, jedino ispravno mišljenje na okolnost vrijednosti izvršenih radova je mišljenje sudskog vještaka Mije Tadinca, a prema kojem je tuženik dužan tužitelju iznos od 164.927,57 kn.

Tužitelj je međutim svjestan da nije uspio potvrditi ispravnost tog mišljenja novim vještačenjem, te zbog tog trpi procesnu posljedice da nije dokazao osnovanost svoje tražbine proglašenja predmetne ovrhe nedopuštenom **u cijelosti**, (jer tužitelj nije dokazao pozitivnu razliku viška izvedenih radova u iznosu od 164.927,57 kn prema mišljenju vještaka Tadinca).

Navedeno je **zakonita** posljedica neprovođenja vještva i primjene pravila o teretu dokazivanja.

Međutim, u kontekstu tužbenog zahtjeva **proglašenja nedopuštenim ovrhe** u dijelu **za iznos od 329.556,71 kn** tužitelj je osnovanost istog zahtjeva kako je već naznačeno u prethodnom tekstu **dokazao s tri odvojena mišljenja vještaka**, pa je odbijanje tužbenog zahtjeva i u tom dijelu potpuno činjenično i pravno **neosnovano** te prelazi okvire slobodne ocjene dokaza, i imalo je ključan utjecaj na nezakonitost presude čime je **obistinjen i ovaj žalbeni razlog**.

Ad.II.) Pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje.

3. Već je ukazano da u odnosu na **jedinu spornu činjenicu**, (kvalitetu, količinu i vrijednost izvedenih radova), te u vezi s tom činjenicom da li je posljedično osnovan zahtjev tužitelja za proglašenjem nedopuštenom ovrhe, spisu priliježe **tri mišljenja sudskih vještaka**.

Od tri spisu prilježeća mišljenja sudskih vještaka, prema dva mišljenja je tuženik dužan tužitelju, pa prema navedenim mišljenjima, (uključivo prema mišljenju vještaka Slobodana Bogdanovića angažiranom od strane tuženika), tuženik nije smio podnijeti ni jednu zadužnicu na naplatu, jer za takvu radnju nisu bili obistinjeni ugovoreni uvjeti, (jamstvo za uredno ispunjenje ugovora).

Prema trećem mišljenju vještaka Krole, (najnepovoljnije za tužitelja), tužitelj je preplaćen za iznos od 190.088,88 kn, ali je i po tom najnepovoljnijem mišljenju za tužitelja **ovrha nedopuštena po dva od tri podnesena Zahtjeva za izravnu naplatu**.

Naime, već je navedeno da je tuženik podnio tri odvojena Zahtjeva za izravnu naplatu na temelju tri bjanko zadužnice, od kojih se prvim zahtjeva isplata iznosa od 40.600,00 kuna, drugim se zahtjeva isplata iznosa od 349.420,59 kuna, a trećim se zahtjeva isplata iznosa od 129.625,00 kuna, pa je očito da je **ovrha nedopuštena po dva Zahtjeva za izravnu naplatu**.

Suprotan činjenični zaključak prvostupanjskog Suda, (nema vještačenja pa tuženik nije dokazao ni djelomičnu osnovanost tužbenog zahtjeva), nema uporište u izvedenim i spisu prilježećim dokazima, pa je **obistinjen i ovaj žalbeni razlog na štetu tužitelja**.

Ad.III) Pogrešna primjena materijalnog prava

4. Slijedom svega navedenog, evidentno je da u predmetnoj pravnoj stvari pogrešno nije primijenjena odredba čl. 55.st.3. OZ u svezi s odredbom čl. 50. st.1.t. 9. OZ budući je iz svih analiziranih mišljenja vještaka evidentno da predmetna tražbina **nije nikada nastala** budući je predmetnim **zadužnicama** u trenutku zaključenja međusobnih ugovora o građenju **osigurana** eventualna **buduća tražbina** koja je mogla nastati samo ukoliko tužitelj kao izvođač ne bi izveo po količini i kvaliteti one i onoliko radova koje mu je tuženik kao naručitelj platio.

U kontekstu formulacije čl. 50. st.1.t. 9. OZ riječ je o situaciji kada je tražbina **prestala** na temelju činjenice koja je nastala u vrijeme kad je ovršenik više nije mogao istaknuti u postupku iz kojeg potječu zadužnice.

Naime, zadužnice potječu iz postupka zaključenja međusobnih ugovora, a tuženik je iste zadužnice neosnovano poslao na naplatu nakon izvršenih radova.

Zaključno je za ukazati da je poglavito sporno što prvostupajski Sud nije iz dokazne građe utvrdio i na odgovarajući način primijenio materijalno pravo uvažavajući činjenicu da je slanje predmetnih zadužnica na naplatu bilo **nedopušteno miješanje javnih i privatnih interesa** od strane direktorice tuženika koja je **nezakonitim blokiranjem računa tužitelja** vršila pritisak na sada pokojnog Tomislava Krajinu, inače oca vlasnika i direktora tužitelja, radi razrješenja spornih odnosa između njenog supruga Ive Fiamenga i sada pokojnog Tomislava Krajine kao vlasnika građevinskog obrta u vezi radova na izgradnji **privatne** stambene zgrade u vlasništvu **direktorice tuženika i njenog supruga** na č.zem. 1334 K.O. Komiza, (tzv. „obiteljska kuća“).

S obzirom na sve navedeno, tuženik je **apsolutno neosnovano** aktivirao bjanko zadužnice broj OV-5941/17, OV-5942/17 i OV-904/2018 jer nisu bili ostvareni razlozi iz članaka 12. Ugovora I i II za aktivaciju bjanko zadužnica, („jamstvo za uredno ispunjenje ugovora“), budući je:

- tužitelj po Ugovorima I i II izveo radova u većoj vrijednosti od plaćene po tuženiku, odnosno, tužitelj je zapravo vjerovnik prema tuženiku kao dužniku koji mu nije platio sve izvedene radove,
- tuženik uslijed raskida ugovora bio dužan vratiti tužitelju bjanko zadužnice izdane temeljem raskinutog ugovora,

pa **ni u kom slučaju nije postojala pravna osnova za aktivaciju predmetnih bjanko zadužnica**, zbog čega je predmetna **ovrha nedopuštena**, tužbeni zahtjev **osnovan**, a prvostupanjska presuda činjenično i pravno **neutemeljena**.

Sukladno navedenom, tužitelj **p r e d l a ž e** da drugostupanjski Sud **u k i n e** pobijanu prvostupanjsku presudu u cijelosti i uputi predmet prvostupanjskom Sudu na ponovni postupak.

Popis troška:

- *sastav žalbe.....829,52 EUR / 6.250,00 kn;*
- *PDV 25%.....207,38 EUR / 1.562,50 kn*

U Splitu, 09. svibnja 2023.g.