

USNESENÍ

Vrchní soud v Praze jako soud odvolací **rozhodl** v senátě složeném z předsedy JUDr. Michala Krenka, Ph.D., a soudců JUDr. Marty Tůmové a JUDr. Ivany Petrové, v právní věci

žalobce: **FIRESTA-Fišer, rekonstrukce, stavby a.s.,** IČ: 25317628
sídlem Mlýnská 388/68, Trnitá, 602 00 Brno,
zastoupeného advokátem Mgr. Janem Tomaierem
se sídlem Jankovcova 1037/49, 170 00 Praha 7

proti
žalovanému: **Ředitelství silnic a dálnic ČR,** IČ: 65993390
sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – Nusle
zastoupená advokátem Mgr. Petrem Holešínským,
se sídlem Korunní 1302/88, 101 00 Praha 10

za účasti
třetí osoby: **Komerční banka, a. s.,** IČ: 45317054
sídlem Na Příkopě 969/33, 114 07 Praha 1

o návrhu žalobce na nařízení předběžného opatření, o odvolání žalovaného proti usnesení Městského soudu v Praze č.j. 2 Nc 1006/2019-37 ze dne 25. ledna 2019,

takto:

I. Usnesení Městského soudu v Praze ze dne 25. ledna 2019, č.j. 2 Nc 1006/2019-37 se ve výrocích II. a III. **potvrzuje.**

II. Ve výrocích I a IV zůstává usnesení z 25. 1. 2019 nedotčeno.

Odůvodnění :

1. Městský soud v Praze svým usnesením z 25. 1. 2019 zamítl návrh na nařízení předběžného opatření, o němž bylo řízení zahájeno 24. 1. 2019 (pod výrokem I.), a to ve vztahu k žalovanému. Podle tohoto návrhu mělo být žalovanému uloženo, aby se zdržel uplatňování práva na poskytnutí peněžitého plnění na základě bankovní záruky č. 1606665029 dle záruční listiny vystavené 18. 8. 2018 Komerční bankou, a.s. (ve znění změny č. 1 ze dne 17. července 2018). Této „třetí osobě“ pak ovšem bylo uloženo – pod výrokem II. - zdržet se poskytnutí jakéhokoli peněžitého plnění ve prospěch žalovaného na základě vpředu specifikované bankovní záruky.
2. Ve výroku III. bylo žalobci (ve smyslu § 76 odst. 3 o. s. ř.) uloženo, aby ve lhůtě do třiceti dnů podal návrh na zahájení řízení ve věci samé. Vrchní soud ověřil, že tuto povinnost žalobce v otevřené lhůtě splnil: řízení s odpovídajícím předmětem bylo před městským soudem zahájeno 27. 2. 2019; je vedeno pod sp. zn. 1 Cm 11/2019.
3. Výrokem IV. rozhodnutí z 25. 1. 2019 pak bylo vysloveno, že žalobce je povinen zaplatit soudní poplatek z návrhu na nařízení předběžného opatření. I tuto povinnost žalobce splnil. Rovněž složil

Shodu s prvopisem potvrzuje Marika Vincíbrová.

předepsanou jistotu ve výši 50.000,- Kč (v intencích § 75b odst. 1 o. s. ř.), což se podává z č. l. 36 procesního spisu.

4. Výroky I a IV usnesení z 25. 1. 2019 nikdo nenapadl odvoláním. Proto tyto výroky ani nemohou být předmětem odvolacího přezkumu.
5. Věcná příslušnost krajských soudů pro řízení v prvním stupni zde vychází z ustanovení § 9 odst. 2 písm. o) o.s.ř. Místní příslušnost Městského soudu v Praze je založena ustanovením § 85 odst. 3 o. s. ř.
6. Z poměrně podrobných tvrzení navrhovatele (učiněných někdy i odkazem na obsáhlé přílohy) lze vyjmout, že na základě smlouvy z 1. 6. 2016 (uzavřené dle ustanovení § 2716 a násl. o. z.), je společně s dalšími dvěma právníckými osobami (Vodohospodářské stavby Teplice, s. r. o. a BT Beton – technik GmbH, sídlem v SRN, 31547 Rehburg-Loccum) členem sdružení dodavatelů. Takto konstituovaná „společnost“ se nazývá „Společnost D 1“.
7. Podle smlouvy o dílo č. objednatele 02PT-002009, uzavřené se žalovaným dne 5. 8. 2016, byl žalobce zavázán (společně s ostatními členy sdružení dodavatelů) k provedení díla -nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce. Předmět díla lze vyjádřit názvem: „D1 modernizace – úsek 15, EXIT 112 Jihlava – EXIT 119 Velký Beranov“. Dohodnutá cena činila (bez DPH) 589.976.462,16 Kč; otevřené řízení je ve Věstníku veřejných zakázek evidováno pod č. 527631. Řídilo se zák. č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.
8. K zajištění nároků žalovaného, týkajících se v podstatě řádného a včasného plnění smlouvy o dílo, obstaral žalobce u Komerční banky, a.s. (dále také jen „banka“) bankovní záruku č. 1606665029 z 18. 8. 2016 se zaručenou částkou 58.997.646,22 Kč. „Změnou č. 1“ ze 17. 7. 2018 byla platnost této záruky prodloužena do „data 31. března 2019 včetně“. Vystavená bankovní záruka se řídí Jednotnými pravidly pro záruky vyplatitelné na požádání (URDG 758), vydanými Mezinárodní obchodní komorou v Paříži.
9. Svůj návrh na nařízení předběžného opatření žalobce podrobně odůvodnil (kromě neexistence práva žalovaného na čerpání bankovní záruky) zejména nutností zatímní úpravy poměrů účastníků. Potřeba zatímní úpravy poměrů účastníků nařízením navrženého předběžného opatření je odůvodněna nebezpečím z prodlení, které reálně hrozí neoprávněným čerpáním bankovní záruky žalovaným, a to rovněž na základě jeho dále zmíněných úkonů. Žalobce poukazuje v této souvislosti také na abstraktní charakter bankovní záruky; banka k formálně bezchybné žádosti o čerpání požadované finanční prostředky vyplatí bez ohledu na to, zda žalovanému skutečně právo na zaplacení dále specifikovaných konvenčních pokut svědčí. Neoprávněným čerpáním bankovní záruky ze strany žalovaného přitom žalobci hrozí zásadní újma: bude muset čerpanou částku bance uhradit, případná regresní náhrada po žalovaném pak bude velmi složitá a finančně náročná. Ve vztahu k zaručující bance je též plně odůvodněna aplikace ustanovení § 76 odst. 2 o. s. ř.
10. V této souvislosti žalobce tvrdí (a do značné míry i osvědčuje), že včas plní své povinnosti dle smlouvy o dílo včetně dokončování závazných milníků výstavby, specifikovaných v příslušných smluvních dokumentech. V tomto směru bylo kupř. osvědčeno uvedení příslušného úseku D 1 do provozu k 12. 8. 2018 (v režimu předčasného užívání). Přitom – podle tvrzení žalobce – měl být tento „milník“ naplněn až k 15. 9. 2018.
11. Bez ohledu na tyto skutečnosti však objednatel (prostřednictvím tzv. „správce stavby“, což by měla být „neutrální“ osoba; v tomto případě tomu tak ale není) uplatňuje nároky na smluvní pokuty za údajné prodlení zhotovitele. S ohledem na ustanovení druhé věty § 1968 o. z. tu zhotovitel nemůže být za prodlení odpovědný, protože své závazky nemohl plnit v důsledku prodlení objednatele. Kromě toho žalovaný (v rámci uplatnění nároku na smluvní pokuty) náležitě nezohledňuje dobu trvání tzv. zimních technologických (a nutných) přestávek, týkajících se provádění stavebních prací. Při provádění díla se rovněž např. vyskytly „nepředvídatelné fyzické podmínky“, a to u stavebního objektu SO 15-204.2. Jejich řešení ze strany objednatele si vyžádalo celkem dalších 24 dnů, za což

žalobce nemůže nést odpovědnost. Konečným termínem pro uvedení díla do provozu tak byl termín 15. 9. 2018, ale ve skutečnosti se tak stalo k 12. 8. 2018 (jak již bylo řečeno shora). Konečným termínem pro dokončení díla (zahrnujícím již jen drobnější stavební práce) je tedy den 15. 4. 2019; i proto prozatím vůbec nelze konstatovat prodlení zhotovitele (jak se to uvádí v dalších tvrzeních žalobce).

12. Ačkoliv byly popisované konsekvence zhotovitelem i písemnou formou vysvětlovány, objednatel své údajné nároky na zaplacení příslušných smluvních pokut stupňuje. Přípisy z 19. 12. 2018 vyzval zhotovitele k placení smluvních pokut ve výši 12.300.000,- Kč (za prodlení v plnění „milníku“ dle čl. 4.29 a/ „přílohy k nabídce“) a dále ve výši 10.500.000,- Kč (za prodlení s plněním „milníku“ dle čl. 4.29 b/ téhož dokumentu). Žalovaný přitom požadoval zaplatit tyto konvenční pokuty do 28 dnů s tím, že jinak bude oprávněn k odpovídajícímu čerpání bankovní záruky.
13. Nutno ještě zdůraznit, že žalobce svůj návrh na nařízení předběžného opatření doložil poměrně obsáhlým souborem listin. Učinil tak v souladu s ustanovením § 75 odst. 3 o. s. ř.
14. K odůvodnění výroku I. o zamítnutí návrhu na nařízení předběžného opatření se v rozhodnutí z 25. 1. 2019 zejména uvádí, že ve vztahu k žalovanému se jedná o požadavek nadbytečný. Cíle předběžného opatření již bylo dosaženo nařízením předběžného opatření třetí osobě. Vůči bance je přitom potřeba zatímni úpravy poměrů účastníků prokázána. S ohledem na formálnost institutu bankovní záruky existuje nebezpečí, že, ačkoliv je nárok žalovaného na smluvní pokuty minimálně sporný, banka jen k formálně bezchybnému požadavku objednatele deklarovanou částku vyplátí. Tím může žalovanému vzniknout značná a nedůvodná újma, spočívající nejen v náhradě vyplacené částky bance. V podrobnostech postačí odkázat na odstavec 12. odůvodnění napadeného rozhodnutí.
15. Žalovaný podal včas odvolání, v němž navrhl, aby usnesení z 25. 1. 2019 bylo ve výroku II. změněno tak, že návrh na nařízení předběžného opatření bude zamítnut. Výrok III. napadeného rozhodnutí pak má být zrušen.
16. Odvolatel předně dovozuje, že poměry stran jsou příslušnými smluvními dokumenty uspořádány spravedlivě: včetně existence bankovní záruky a práva na její čerpání. Současně tvrdí, že zhotoviteli nějaký nárok na prodloužení lhůt výstavby nevznikl (a že tedy jeho prodlení nastalo). Dále žalovaný akcentuje nepotřebnost zatímni úpravy poměrů účastníků (s tím, že žalobci žádná závažná újma vzniknout nemůže). Kromě toho je tvrzena „zjevná nespravedlivost“ nařízeného předběžného opatření, a to jak ve vztahu k bance, tak i k žalovanému. Připomíná se i to, že žalobce svůj nárok ve věci samé (zde má být objednateli uloženo, aby se – zkráceně řečeno - zdržel čerpání předmětné bankovní záruky) ani neosvědčil.
17. V podrobném vyjádření k odvolání žalobce navrhl, aby napadené výroky rozhodnutí z 25. 1. 2019 byly potvrzeny. Zdůraznil, že všechny stanovené podmínky pro nařízení předběžného opatření byly beze zbytku splněny. Zhotovitel přitom důkladně rozebírá např. to, že oprávněné čerpání předmětné finanční záruky je možné realizovat jenom tehdy, pokud by byl v prodlení. Takové jeho prodlení však nastat nemohlo (což je opět podrobně odůvodňováno).
18. Z repliky k vyjádření k odvolání, učiněné podáním žalovaného z 4. 4. 2019, je zřejmé, že objednatel setrvává na svých stanoviscích, prezentovaných v odvolání.
19. Další argumenty účastníků (podávané jejich zástupci podrobněji a v podstatě celkem kvalifikovaně; někdy tyto argumenty nepostrádají svou zajímavost) budou v potřebném rozsahu reflektovány v následujícím textu - pokud jde o argumenty právně významné pro rozhodnutí o odvolání. Vesměs tomu tak ovšem není: vzhledem k dále specifikované rozhodné skutečnosti, spočívající v běhu času.

20. Odvolací soud podle § 212 o. s. ř. (ve znění účinném od 1. 1. 2014) přezkoumal usnesení z 25. 1. 2019 v napadených výrocích, aniž nařizoval jednání (§ 214 odst. 2 písm. c/ o.s.ř.). Po tomto přezkoumání dospěl k závěru o tom, že odvolání žalovaného není důvodné.
21. Z dikce § 74 odst. 1 o. s. ř. (tam je stanoveno, že před zahájením řízení může být nařízeno předběžné opatření, je-li třeba, aby zatímně byly upraveny poměry účastníků, nebo je-li obava, že by výkon soudního rozhodnutí byl ohrožen) je zřejmé, že zákon ve značné míře přenechává na úvaze soudu, zda a v jakém rozsahu navržené předběžné opatření nařídí.
22. Kompetentním a příslušným pro využití takového oprávnění je především soud prvního stupně. Tomu v první řadě přísluší zvážit, zda může - ale také nemusí - předběžné opatření nařídit. V případě, že úvahy, jimiž se soud prvního stupně při rozhodování o předběžném opatření řídil, mají své (alespoň do určité míry) logické opodstatnění a odpovídají tomu, co bylo dosud osvědčeno, nemá odvolací soud vážnější důvody zasahovat do rozhodnutí soudu prvního stupně.
23. Právě taková situace nastala v projednávané věci. V tomto kontextu nutno akcentovat skutečnosti, které se objevují již v odůvodnění napadeného rozhodnutí (a byly reprodukovány shora také s odkazem na jeho 12. odstavec). Přitom je třeba příslušné rozhodné skutečnosti chápat v jejich souhrnu, jak to bude podrobněji rozvedeno v dalším textu odůvodnění.
24. Obecně lze dále konstatovat, že institut předběžného opatření umožňuje rychle řešit takovou situaci, kdy je třeba k účinné ochraně práv účastníka učinit určitá dočasná opatření, a to i za cenu nerespektování jedné z hlavních zásad občanského soudního řízení – rovnosti účastníků. Předběžné opatření může být nařízeno na základě pouhých tvrzení navrhovatele věrohodně osvědčených, bez slyšení protistrany. Z uvedeného vyplývá, že k použití tohoto dosti výjimečného opatření musí být potřeba zatímně upravit poměry účastníků naléhavá. Tohoto prostředku může soud využít např. v těch případech, kdy hrozí vznik situace s obtížně napravitelnými následky.
25. Taková naléhavá potřeba v projednávané věci nastala, žalobce ji v řízení (těž ve smyslu ustanovení § 75c odst. 1 o. s. ř.) prokázal. Koneckonců i obsah odvolání žalovaného vypovídá o tom, že objednatel pro uspokojení svého tvrzeného nároku na zaplacení smluvních pokut hodlal využít čerpání předmětné finanční záruky. Za situace, kdy takový nárok je „minimálně sporný“ (jak správně konstatoval již městský soud), se ovšem tento postup nejeví být adekvátním.
26. Přitom smluvní pokuta zůstává akcesorickým nárokem: bez ohledu na to, jak je takový nárok kvalifikován v příslušných smluvních i jiných dokumentech. Z obvykle definovaných funkcí konvenční pokuty (represivní, reparační a mobilizační) zde – co do svého naplnění - nemohou přicházet v úvahu poslední dvě. Ohledně reparační funkce nebylo nic tvrzeno, ze spisových materiálů se její možné naplnění nepodává.
27. Objednateli vůbec nic nebrání v tom, aby své nároky na smluvní pokuty uplatnil samostatnými žalobami, jak se to ostatně standardně děje v obdobných případech. Vycházeje z poznatku ze své rozhodovací činnosti (§ 121 o. s. ř.), vrchní soud uvádí, že uspokojení nároku na smluvní pokutu za prodlení zhotovitele prostřednictvím čerpání bankovní záruky je v praxi jevem zcela nestandardním či neobvyklým. V této souvislosti je třeba ještě zvláště zdůraznit, že odůvodněním tohoto rozhodnutí nebo výsledkem tohoto řízení není nikterak (ani náznakem) předjímán výsledek případných sporů o úhradu dotčených konvenčních pokut.
28. S těmito aspekty projednávané věci do jisté míry souvisí i polemika účastníků, týkající se „správce stavby“ (jeho ustavení, má-li se jednat o nestrannou osobu, atd.). Uváděný institut však není nijak inkorporován do tuzemského právního řádu. I proto (v rámci rozhodování případných sporů o úhradu smluvních pokut) nebude v žádném případě možné - ve smyslu § 135 odst. 2 o. s. ř. – vycházet ze stanovisek správce stavby. Taková stanoviska bude v případě potřeby nutno hodnotit jako každý jiný listinný důkaz. Z těchto hledisek se tudíž uváděná polemika jeví být i jako nadbytečná.

29. V daném kontextu je vhodné dále uvést, že žalobci lze přisvědčit i v tom, že v důsledku zákazu čerpání, resp. plnění z příslušné záruky nevznikne vlastně žádná újma žalovanému. Naopak na straně zhotovitele by k takové možná zcela nedůvodné újmě (příčemž nelze vyloučit ani její nevratné účinky) dojít mohlo.
30. Předběžné opatření bylo – ohledně „třetí osoby“ – vydáno v souladu s ustanovením § 76 odst. 2 o. s. ř.; i z tohoto hlediska je zapotřebí přisvědčit argumentům žalobce. V této souvislosti je třeba si uvědomit, že bance nebyla ukládána realizace nějakých aktivních či administrativně náročných úkonů.
31. Naopak nejsou namíste odvolací důvody, podávané v tom smyslu, že nařízené předběžné opatření neoprávněně zasahuje do smluvní svobody účastníků řízení i banky. Převážná většina soudních rozhodnutí (zejména mají-li taková rozhodnutí konstitutivní povahu) přece podobný zásah představuje; totéž poměrně výrazně platí o nařízených předběžných opatřeních.
32. Konečně je vhodné upozornit, že v této věci nebyly zjištěny takové důležité okolnosti případu, jaké vyšly najevo v rámci sporu, vedeného vrchním soudem pod sp. zn. 4 Cmo 66/2019. V této souvislosti postačí odkázat např. na 6. a dále zejména na 29. až 32. odstavec usnesení č.j. 4 Cmo 66/2019-40 z 11. 3. 2019. Odkaz tu je přípustný i možný: osoba žalovaného je v obou jen do jisté míry souvisejících řízeních totožná; zhotovitelé (žalobci) mají shodného profesního zástupce.
33. Prozatím lze tedy shrnout, že při rozhodování o tom, zda, v jaké formě a pro jaké časové období má být navržené předběžné opatření nařízeno, nutno přihlížet ke všem okolnostem případu: kromě shora naznačených obecných hledisek i ke kritériu přiměřenosti a účelnosti navrženého předběžného opatření. Vrchní soud si je vědom, že tento případ je případem v podstatě hraničním. Skutečnosti, vypovídající pro věcnou správnost napadeného rozhodnutí, tu však převažují nad okolnostmi opačné povahy. Přitom postačí vylíčit tyto skutečnosti obecně (a schematicky): právě s přihlédnutím k níže specifikované „rozhodné skutečnosti“.
34. V důsledku běhu času totiž došlo k tomu, že v současné době již řešení otázky, týkající se možnosti (či oprávněnosti) čerpání předmětné finanční záruky, naprosto ztratilo svůj význam, nemá vlastně žádné materiální opodstatnění. Ze záruční listiny č. 1606665029, vystavené 18. 8. 2016, vyplývá, že bankovní záruka byla omezena na určitou dobu, a to do 31. 7. 2018. V důsledku „Změny č. 1“ (datované na 17. 7. 2018) došlo k prodloužení této doby: „do data 31. března 2019“ (což bylo řečeno již shora). Ve smyslu ustanovení § 2038 o. z. tak uplynutím určité doby předmětná bankovní záruka (po zahájení tohoto odvolacího řízení) zanikla. Průběh této rozhodné skutečnosti do výsledku tohoto řízení spočívá v následujícím:
35. Při nařízení předběžného opatření se má - též ve smyslu § 75c odst. 4 o.s.ř. - přihlížet jen k těm spisovým materiálům, jež měl k dispozici již soud prvního stupně při vydávání napadeného usnesení (k tomu viz rovněž: Bureš, J., Drápal, L., Krčmář, Z. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. I. díl, 7. vydání. Praha: C.H. Beck, 2006, str. 300).
36. Právě posledně zmíněné ustanovení o.s.ř., podle něhož platí, že "Pro předběžné opatření je rozhodující stav v době vyhlášení (vydání) usnesení soudu prvního stupně", je pro výsledek tohoto odvolacího řízení velmi významný. I pro posouzení správnosti rozhodnutí z 25. 1. 2019 v tomto odvolacím řízení je tedy směrodatný pouze ten stav spisového materiálu, z jakého vycházel soud prvního stupně (a jaký je vylíčen v odůvodnění napadeného usnesení, v odůvodnění tohoto rozhodnutí, popř. jaký ze spisu vyplývá).
37. Dopady tohoto ustanovení o.s.ř. mohou někdy mít poněkud paradoxní charakter. Při důsledné selekci podstatných skutečností (a zamlčení některých skutečností sporných) má totiž návrhatel velkou šanci na to, že návrhu na předběžné opatření bude vyhověno. Podrobněji však není možné - v daném rámci - se těmito obecnými aspekty dopadů ustanovení § 75c odst. 4 o.s.ř. zabývat. Jinak je ovšem zřejmé, že tvrzení žalobce tu nějakou výraznější míru zmíněné „selekce“ nevykazují

(žalobce dokládá i některá stanoviska objednatele atp.). I dotčená „rozhodná skutečnost“ ovšem svědčí pro potvrzení napadených výroků usnesení z 25. 1. 2019.

38. Dočasnost nařízeného předběžného opatření, resp. jeho zánik je řešen ustanovením § 77 o. s. ř. Nutno znovu upozornit, že tímto rozhodnutím není nikterak předjímán výsledek řízení ve věci samé (tam mohou přicházet v úvahu i nějaké dispoziční úkony žalobce), jakož i výsledek případných sporů o zaplacení smluvních pokut.
39. Z uváděných důvodů bylo usnesení z 25. 1. 2019 podle § 219 o. s. ř. potvrzeno: ve svých napadených výrocích je věcně správné.
40. O nákladech tohoto odvolacího řízení bude rozhodnuto též v intencích ustanovení § 145 o. s. ř.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí nelze podat odvolání.

Proti tomuto rozhodnutí lze podat dovolání ve lhůtě dvou měsíců od jeho doručení, při splnění podmínek uvedených v ustanovení § 236 – 239 o. s. ř., ve znění účinném od 30. 9. 2017, Nejvyššímu soudu ČR prostřednictvím Městského soudu v Praze.

Praha 17. dubna 2019

JUDr. Michal Krenk, Ph.D., v.r.
předseda senátu