

Izvirni znanstveni članek
UDK 368.811.3:347.45

Zavarovanje jamstev iz prodajne pogodbe

MARKO FRANTAR
Master of Laws (LL.M.),
Univerza New York
odvetnik v sodelovanju
z Odvetniško pisarno Schönherr –
podružnica v Sloveniji

1. Uvod

Sklepanje t. i. transakcij M & A¹ je z vidika kupca povezano z različnimi pravnimi, finančnimi, operativnimi in drugimi tveganji, ki se nanašajo na premoženje kot predmet prodajne pogodbe. Kupcu so pri tem na voljo različna orodja, s katerimi lahko odkrije in oceni takšna tveganja ter na podlagi ugotovitev ustrezno prilagodi svoj pogajalski položaj.

V prvi vrsti bo kupec poskrbel za izvedbo ustreznega skrbnega pregleda, obenem pa bo v zvezi s predmetom prodaje od prodajalca zahteval določena jamstva in zagotovila (*representations and warranties*). Ker bo v primeru kršitve jamstev odškodninsko odgovoren kupcu za nastalo škodo, bo prodajalec pri pogajanjih o obsegu jamstev razumljivo nastopal zadržano. Različna stališča glede porazdelitve tveganj pogosto privedejo do zastojev v pogajanjih, ki od strank zahtevajo dodaten časovni in stroškovni vložek.

V tem kontekstu se v zadnjem času tudi v Sloveniji vse bolj uveljavlja t. i. zavarovanje jamstev in zagotovil (*warranty and indemnity insurance*).² Gre za produkt, ki na zavarovalnico prenaša riziko škode, kadar ta nastane zaradi kršitve prodajalčevih jamstev po prodajni pogodbi. To na praktični ravni lahko izboljša učinkovitost pogajanj, obenem pa v postopek vnaša dodatno kompleksnost za tisto stranko, ki sklepa zavarovalno pogodbo.

¹ Pojem združitvev in prevzemov (*mergers and acquisitions* oziroma M&A) tu razumemo v najširšem smislu kot celoto povezanih pravnih poslov, ki skupaj urejajo prodajo nekega funkcionalno zaokroženega premoženja. Praviloma gre za prodajo poslovnega deleža v družbi z omejeno odgovornostjo ali svežnja delnic v delniški družbi, podobno dinamiko postopka pa lahko izkazujejo tudi transakcije o prodaji sklopa nepremičnin ali drugega premoženja večje vrednosti.

² V mednarodni poslovni praksi sta ustaljena izraza (sinonima) *warranty and indemnity insurance* oziroma *representations and warranties insurance*. Slovenski prevod po mojem védenju še ni ustaljen, zato za potrebe tega prispevka uporabljam enoten izraz zavarovanje jamstev, pri čemer za lažje sledenje opuščam sklicevanje na zagotovila.

Prispevek se osredotoča na posamezne civilnopravne značilnosti in praktične vidike sklepanja zavarovanja jamstev, ne obravnava pa (statusnih) vprašanj, povezanih z opravljanjem tovrstnih zavarovalnih poslov v Sloveniji.

2. O porazdelitvi tveganj v transakcijah M & A in funkciji jamstev

Obravnava zavarovanja jamstev je povezana z obstojem informacijskega neravnovesja v transakcijah M & A. Kupec za izvedbo ustrezne cenitve predmeta pogodbe in oblikovanje odločitve o tem, ali in pod kakšnimi pogoji ga posel zanima, potrebuje številne informacije, ki so dostopne zgolj prodajalcu.³

Prodajalec bo kupcu omogočil seznanitev s predmetom pogodbe v sklopu skrbnega pregleda, ki bo navadno izveden pred izvedbo transakcije. Kupec bo v skrbnem pregledu odkril določena tveganja in temu ustrezno prilagodil svoje pogajalsko stališče. Vendar pa je skrbni pregled podvržen praktičnim omejitvam, ki so lahko posledica različnih dejavnikov. Mednje lahko spada premajhna kakovost podanih informacij, težava pa lahko nastane tudi zaradi preveč ambiciozne časovnice za izvedbo posla, ki ne dopušča izvedbe skrbnega pregleda v standardnem obsegu. Po naravi stvari vseh tveganj ne bo mogoče vselej identificirati na stroškovno in časovno učinkovit način.

Kupec bo dodatno zaščito skušal pridobiti zlasti prek pogodbenih jamstev, ki jih bo v pogajanjih skušal izposlovati od prodajalca. Režim odgovornosti v transakcijah M & A navadno temelji na sistemu jamstev, in ne na zakonskem sistemu odgovornosti za stvarne napake. S pravnega vidika jamstva pomenijo prodajalčevo izjavo o nekem dejstvu, ki se nanaša na predmet prodaje. Končni nabor jamstev v prodajni pogodbi bo predmet pogajanj med strankama, pri čemer bo tipična prodajna pogodba primeroma lahko vsebovala določeno obliko zagotovil glede pravilnosti finančnih izkazov, stanja ključnih pogodbenih razmerij in odsotnosti sodnih postopkov. Za nastanek prodajalčeve odgovornosti mora kupcu zaradi kršitve jamstva nastati pravno priznana škoda ob upoštevanju pogodbeno dogovorjenih omejitev odgovornosti. V zvezi s tem velja poudariti dvoje.

Prvič, jamstva so po naravi statična, kar pomeni, da se nanašajo na točno določeno časovno točko oziroma obdobje pred sklenitvijo ali vključno do sklenitve pogodbe.⁴ Če denimo pro-

³ Pogosto sicer tudi prodajalec ne bo imel neposrednega dostopa do vseh informacij. To ni poudarek tega prispevka, a omenimo, da bo to med drugim odvisno od višine njegovega lastniškega deleža in pravne oblike ciljne družbe, katere delnice oziroma deleži so predmet prodaje (t. i. tarče). Primerjaj Juhart.

⁴ Kadar se transakcija ne zaključi že takoj ob podpisu pogodbe, temveč šele po določenem času po sklenitvi (ker so na primer potrebna soglasja regulatornih organov), prodajna pogodba lahko predvidi ponovitev jamstev po stanju na datum zaključka posla. Jamstva v celoti ohranijo statično naravo, zgolj njihova pravilnost se – poleg datuma sklenitve posla – vnovič presoja še ob zaključku posla.

dajalec jamči, da ciljna družba v treh letih pred sklenitvijo pogodbe ni bila udeležena v sodnih postopkih, ne bo odgovoren za škodo zaradi izgubljene tožbe, ki bi bila zoper družbo vložena dan po sklenitvi pogodbe. Če pa bi bila pravda začeta pred sklenitvijo posla in bi prodajalec to okoliščino kupcu zamolčal, bi odgovarjal za škodo, ki bi kupcu nastala zaradi netočnosti jamstva.

Drugič, jamstva se po naravi stvari lahko nanašajo le na neznana tveganja. Okoliščina, da je kupec vedel za netočnost konkretnega jamstva, načeloma izključuje prodajalčevo odgovornost za kršitev jamstva.⁵ To pa strankama ne preprečuje, da se glede ustrezne razporeditve konkretnega (torej v času skrbnega pregleda že zaznanega) tveganja ne bi dogovorili z uporabo drugih pogodbenih mehanizmov.⁶

Pri tem je bistven poudarek, da odgovornost za jamstva ostane v veljavi (»preživi«) tudi po izvršitvi glavnih obveznosti strank po prodajni pogodbi (izmenjavi kupnine in predmeta pogodbe). Pogodba bo tako določala pogoje, pod katerimi je prodajalec kupcu za morebitno kršitev jamstev lahko odgovoren tudi več let po zaključku transakcije. Pri tem ni neobičajno, da kupec za zavarovanje morebitnih zahtevkov zoper prodajalca v pogajanjih vztraja pri začasnem zadržanju dela kupnine na skrbniškem računu.

Ker so interesi prodajalca in kupca glede razporeditve tveganj nasprotni, je razumljivo, da so lahko pogajanja o režimu prodajalčeve odgovornosti zahtevna in dolgotrajna. V takšnem okolju razhajanja v pričakovanih strank lahko pomaga premostiti zavarovanje jamstev, s katerim se posamezna tveganja iz prodajne pogodbe prenesejo na zavarovalnico.

3. Modalitete zavarovanja jamstev

Na trgu se pojavljata dva alternativna tipa zavarovanja jamstev, ki se razlikujeta po osebi, ki nastopa v vlogi zavarovalca. V tem smislu praksa loči med t. i. polico *sell-side* in t. i. polico *buy-side*. V prvem primeru kot zavarovalec nastopa prodajalec, v drugem pa kupec. V izhodišču gre v obeh primerih za prenos (istega) rizika nastanka škode zaradi prodajalčeve kršitve jamstev po prodajni pogodbi, pogoji in obseg uveljavljanja zahtevkov pa so različni.

⁵ Primerjaj 460. člen Obligacijskega zakonika (OZ, Uradni list RS, št. 83/01 in nasl.). V praktičnem smislu to sicer načeloma ne preprečuje strankama, da se ne bi dogovorili o obsegu (pravno relevantnega) védenja kupca; pri tem lahko izključita določene vire podatkov ali kategorije dokumentov, iz katerih bi kupec sicer lahko pridobil dodatne informacije.

⁶ V praksi bo kupec od prodajalca zahteval obveznost odškodovanja (*indemnity*) za primer uresničitve takšnega konkretnega tveganja. Tipičen primer je na primer tekoča pravda, v kateri bi tarči grozili plačilo visoke škode ali različne oblike odgovornosti zaradi izostanka zahtevanih dovoljenj (na primer na okoljskem področju).

Pri modelu *sell-side* bo zavarovalno pogodbo sklenil prodajalec za kritje škode, ki bi jo bil dolžan povrniti kupcu zaradi kršitve pogodbenih jamstev. Konceptualno gre torej za zavarovanje pred odgovornostjo, s katerim se prodajalec želi zaščititi pred zahtevki kupca. Polica *sell-side* je v mednarodni poslovni praksi zasnovana tako, da kupec ne vstopa v zavarovalno (kritno) razmerje in nima zahtevka do zavarovalnice.⁷

Drugače je pri polici *buy-side*, pri kateri zavarovanje sklepa kupec z namenom izboljšave svoje možnosti poplačila škode, ki bi mu nastala zaradi kršitve jamstev. V tem smislu polica *buy-side* omogoča večjo fleksibilnost in je v praksi bolj razširjena. Medtem ko bo polica *sell-side* načeloma omejena z obsegom prodajalčeve odgovornosti do kupca (prodajalec od zavarovalnice ne more terjati več, kot od njega terja kupec), polica *buy-side* omogoča različne razširitve kritja (v prvi vrsti višji znesek odgovornosti zavarovalnice glede na dogovorjeni limit odgovornosti prodajalca po prodajni pogodbi).

Pri polici *buy-side* razmerje obstaja zgolj med kupcem in zavarovalnico. Sklenitev zavarovanja sama po sebi ne izključuje možnosti kupčevega zahtevka zoper prodajalca (na primer na način, da del škode povrne prodajalec, preostanek pa zavarovalnica). Kupec poleg zavarovalnega kritja ohrani tudi pravice iz prodajne pogodbe, pri čemer bo pri uveljavljanju nastale škode seveda omejen z odškodninskim načelom (drugi odstavek 949. člena OZ). Kupčeva naloga bo ustrezna uskladitev režimov odgovornosti prodajalca in zavarovalnice na način, ki mu v primeru nastale škode zagotavlja največje možno poplačilo.

Zavarovanje jamstev je treba ločiti od drugih zavarovalnih produktov, s katerimi se lahko zavarujejo sorodna tveganja v transakcijah M & A in so v praksi podobni zavarovanju jamstev. Omeniti velja predvsem t. i. *title insurance*, ki nekoliko poenostavljeno rečeno krije tveganja, povezana s pravnimi napakami kupljenega premoženja, v praksi pa se pogosto sklepa skupaj z zavarovanjem jamstev (gre za komplementarni produkt).⁸ Kritje konkretnih (že obstoječih) tveganj, ki jih kupec odkrije oziroma zazna med skrbnim pregledom, pa je možno v okviru t. i. zavarovanja specifičnih rizikov.⁹

⁷ Drugače velja v Sloveniji, kjer zakonska ureditev v primeru zavarovanja pred odgovornostjo oškodovancu vselej omogoča neposredni zahtevk zoper zavarovalnico (primerjaj 965. člen OZ). Možnost neposrednega zahtevka oškodovancu po slovenskem pravu namreč ni omejena le na obvezne oblike zavarovanj pred odgovornostjo, temveč velja tudi pri prostovoljnem zavarovanju (Polajnar Pavčnik, str. 889). Pri tem seveda velja, da sta narava in obseg kupčevega neposrednega zahtevka zoper zavarovalnico omejena s pogoji zavarovalne pogodbe (v prvi vrsti z zavarovalno vsoto) in s tem seveda drugačna od njegovega zahtevka zoper prodajalca po prodajni pogodbi.

⁸ Pri tem produktu gre dejansko za podkategorijo zavarovanja jamstev, ki se primarno osredotoča na zavarovanje jamstev glede obstoja prodajalčevih pravic na predmetu prodaje in odsotnosti pravic tretjih.

⁹ Sem je mogoče uvrstiti že omenjeni primer konkretne večje tožbe, ki je v času skrbnega pregleda že vložena zoper tarčo (primerjaj opombo 5 zgoraj). Če nobena od pogodbenih strani ni pripravljena prevzeti tega rizika (tj. stroška izgubljene pravde), se ta pod določenimi pogoji lahko prenese na zavarovalnico, ki bo kupca v primeru uresničitve rizika odškodovala pod pogoji zavarovalne police.

4. Praktične prednosti zavarovanja jamstev

Možnost prenosa rizika na zavarovalnico na teoretični ravni prinaša koristi obema strankama prodajne pogodbe. Prodajalcu omogoči zmanjšanje izpostavljenosti iz naslova morebitne kršitve pogodbenih jamstev, kupcu pa zagotovi ustrezno širši obseg kritja od tistega po prodajalni pogodbi. Razširjeni obseg jamčevanja poleg tega lahko vpliva tudi na kupnino, saj bo kupec zaradi dodatnega kritja morda pripravljen ponuditi višjo ceno ali pa bo privolil v hitrejšo dinamiko izplačila kupnine, kot če zavarovanja ne bi bilo.

Na praktični ravni bo dejanski obseg prenesenega rizika – in razporeditev koristi med stranki – odvisen od različnih dejavnikov, v prvi vrsti seveda od pripravljenosti zavarovalnice kriti (ali pa ne) posamična jamstva glede na ocenjeno tveganje (primerjaj 6. poglavje spodaj).

V nekaterih primerih bodo motivi za sklenitev zavarovanja jamstev bolj izraziti. Z vidika kupca bo to lahko privlačna rešitev takrat, ko prodajalec ne bo izkazoval optimalne bonitete oziroma bo pospešeno likvidiral premoženje, zlasti če so ga v to prisilile finančne težave. Motiv za zavarovalno kritje tu seveda ni pravna neustreznost kupčevih zahtevkov po prodajni pogodbi, temveč nevarnost, da prodajalec ne bo zmožen plačati škode oziroma bi bilo to povezano s tveganjem kasnejše izpodbojnosti. Podobno bo veljalo tedaj, ko bi bil kupec svoje zahtevke zoper prodajalca primoran uveljavljati v državi, kjer zaradi različnih razlogov pričakuje oteženo poplačilo. Poseben položaj pa nastopi, če prodajalec zaradi pravnih ovir (prodaja v stečajnem postopku)¹⁰ ali zaradi praktičnih okoliščin¹¹ ni v položaju, da bi lahko podal jamstva (bodisi na splošno ali pa v standardnem obsegu). Kupec v takem primeru z zavarovalnico lahko doseže dogovor o t. i. sintetičnem kritju, s čimer se zavarovalnica dejansko zaveže podati kritje za jamstva, ki jih prodajalec po prodajni pogodbi sploh ni podal.

V nekaterih primerih prodajalci prodajni proces že v izhodišču zasnujejo na način, ki predvideva minimalno možno izpostavljenost prodajalca (v skrajnem primeru znižano vse do višine enega evra), pri čemer se od kupca pričakuje, da bo kritje pridobil od zavarovalnice. Takšna strategija je lahko povezana z načrti glede likvidacije prodajalca (na primer zaradi izhoda s trga), ki bi bila v primeru nadaljnje izpostavljenosti prodajalca iz naslova jamčevanja lahko otežena. Tudi tu seveda velja, da bo (poslovno) ustreznost takšne strategije treba preučiti glede na okoliščine primera. Vztrajanje pri dejanski izključitvi odgovornosti ne bo primerno v vseh prodajnih procesih, saj lahko negativno vpliva na kupčevo vrednotenje

¹⁰ Skladno s 340. členom Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP, Uradni list RS, št. 126/07 in nasl.) stečajni dolžnik ne odgovarja za stvarne napake premoženja, ki je predmet prodaje. Smiselno enako velja za izključitev odgovornosti za jamstva.

¹¹ Takšen primer bi bila na primer izvensodna prodaja delnic ali poslovnega deleža s strani zastavnega upnika. Ker ta ni lastnik, v delovanje ciljne družbe nima ustreznega vpogleda, zato bo v pogajanjih o jamstvih navadno zavzel bolj konservativno stališče.

predmeta transakcije ali njegovo siceršnje pripravljenost skleniti transakcijo. Pri tem je treba upoštevati, da kupec izostalega kritja po prodajni pogodbi ne more v celoti nadomestiti s kritjem po zavarovalni pogodbi (že zato ne, ker so sestavni del zavarovalne police različne izključitve).

Polica zavarovanja jamstev ima lahko komercialno vrednost tudi za banko, ki financira posel. Polico je mogoče vinkulirati v korist kupčevega kreditodajalca, ki s tem pod pogoji police pridobi dodatno zavarovanje za kredit v obliki (morebitne) terjatve za plačilo zavarovalnine, ki bi kupcu nastala zaradi kršitve prodajalčevih jamstev.

5. Vsebina zavarovalnega kritja

Dogodek (oziroma nevarnost), glede katerega se sklepa zavarovanje jamstev, je nastanek škode zaradi kršitev prodajalčevih jamstev po prodajni pogodbi, pri čemer je obseg odgovornosti zavarovalnice opredeljen s pogoji zavarovalne pogodbe.

Z vidika sprožilca zavarovalnega kritja gre za polico tipa *claims made*, pri kateri je za obstoj kritja relevanten trenutek uveljavljanja zahtevka za plačilo zavarovalnine (škode) zaradi kršitve s polico pokritih jamstev. Do odkritja kršitve in predložitve zahtevka zavarovalnici mora načeloma priti v obdobju veljavnosti kritja, sicer zavarovalnica za škodo ne bo odgovorna.

Izhodišče za opredelitev zavarovalnega kritja bo režim odgovornosti, za katerega se je kupec s prodajalcem dogovoril v prodajni pogodbi. Pri tem je treba upoštevati različne kvalitativne in kvantitativne omejitve, ki zmanjšujejo prodajalčevo odgovornost po prodajni pogodbi. Mednje poleg različnih zneskovnih omejitev odgovornosti med drugim spadajo opredelitev pravno priznane škode, določitev rokov, v katerih kupec lahko uveljavlja zahtevke zoper prodajalca, ter uporaba različnih kvalifikatorjev, s katerimi se zameji vsebina oziroma obseg posamičnega jamstva.¹² Spremembe omenjenih parametrov vplivajo na oceno tveganja in s tem na izračun zavarovalne premije.

Kupec se bo z zavarovalnico dogovoril za zavarovalno vsoto, ki bo višja od omejitve odgovornosti po prodajni pogodbi. Zavarovalna pogodba bo ob tem vključevala tudi druge zneskovne omejitve (različne vrste franšize, prag *de minimis*), ki urejajo soprispevek zavarovalca in ki so konceptualno podobne tistim, ki jih vključujejo prodajne pogodbe. Obenem je običajno, da se v zavarovalni pogodbi določi podaljšani rok jamčevanja glede na časovne omejitve, ki veljajo po prodajni pogodbi.

¹² Običajna je na primer uporaba kvalifikatorjev vedenja prodajalca in pomembnosti. Primer: »Po vedenju prodajalca v zvezi z relevantnimi nepremičninami ni v teku in ne grozi noben sodni spor, ki bi lahko privedel do odškodninske odgovornosti tarče v višini, ki presega 1 milijon EUR.« Obseg odgovornosti prodajalca je v primeru uporabe takšnih omejitev bistveno ožji, kot bi bil sicer.

Pretežni del pogajanj o vsebini zavarovalne pogodbe se nanaša na formulacijo jamstev in na izključitve kritja. Razumljivo je, da bo zavarovalnica glede na oceno lastnega rizika v posameznih primerih jezik jamstev želela utesniti (na primer z vključitvijo kvalifikatorja pomembnosti) ali pa bo kritje celo zavrnila. To bo v veliki meri odvisno od ugotovitev skrbnega pregleda (primerjaj 6. poglavje spodaj). Sočasno pa je možna tudi razširitev formulacije jamstev oziroma izjemoma tudi kritje dodatnih jamstev, ki sicer niso vsebovana v prodajni pogodbi, zavarovalnica pa se kljub temu zaveže kriti škodo, ki bi nastala zaradi njihove netočnosti. Takšna možnost sintetičnega kritja bo zanimiva predvsem tedaj, ko prodajalec ne bo pripravljen podati ali celo ne bo mogel podati jamstev (na primer že omenjena izvensodna prodaja s strani zastavnega upnika oziroma prodaja s strani stečajnega dolžnika).

Izključitve so sestavni del vsake zavarovalne police in zavarovalnica po naravi stvari ne bo pripravljena prevzeti kritja vseh jamstev po prodajni pogodbi. Poleg izključitev, ki jih narekujejo ugotovitve skrbnega pregleda, tovrstne police tipično izključujejo posamezne kategorije škode, posamezna zaokrožena področja (na primer določene kršitve okoljskih predpisov) in kupčevo (predhodno) védenje o obstoju kršitve jamstva. V zvezi s slednjim bo v zavarovalni pogodbi treba opredeliti zlasti krog oseb, za katere se šteje, da predstavljajo (vzpostavljajo) upoštevno védenje kupca. Te osebe bodo morale ob začetku učinkovanja zavarovanja podati izjave o tem, da niso seznanjene z morebitnimi kršitvami jamstev (t. i. *no claims declaration*). Kadar prodajna pogodba predvideva ponovitev jamstev na datum zaključka, zavarovalnica lahko omogoči tudi kritje tako ponovljenih jamstev, z izjemo tistih, za katera bi zavarovalec v obdobju po sklenitvi posla (vendar še pred zaključkom) ugotovil, da niso točna.

Ključen je poudarek, da mora kupec nameniti posebno pozornost spremembam, ki jih zavarovalnica predlaga v primerjavi z izvirnimi katalogom jamstev po prodajni pogodbi, saj v nasprotnem primeru tvega nastanek neželenih razhajanj v obsegu kritja (smiselno enako pa velja za način uveljavljanja zahtevkov). Presoja o sprejemljivosti zmanjševanja oziroma izključitve kritja mora biti izvedena ločeno, za vsako jamstvo posebej, in v okviru sočasnih pogajanj s prodajalcem. Kupec na ta način ohrani možnost, da za posamično jamstvo, ki ga zavarovalnica ne želi kriti, vnovič skuša pridobiti kritje pri prodajalcu. S pravnega vidika ni ovir za to, da za posamična jamstva ne bi veljal drugačen režim odgovornosti, na operativni ravni pa to seveda zahteva dodatno pogodbeno regulacijo.

6. Povezava s skrbnim pregledom in transakcijskimi pogajANJI

Med pogajANJI glede prodajne pogodbe in pogajANJI o zavarovalni pogodbi je vzajemna povezava. Zavarovanje jamstev temelji na predpostavki skrbnega ravnanja strank prodajne pogodbe med celotnim ciklom transakcijskih pogajanj. Od kupca (kot zavarovalca) se pričakuje, da bo v razmerju do prodajalca nastopal enako skrbno, kot bi ravnal v primeru, da se zavarovanje ne bi sklepalo.

Na praktični ravni to pomeni, da bo zavarovalnica od kupca pričakovala izvedbo kvalitetnega skrbnega pregleda in aktivno pogajanje strank glede vsebine prodajne pogodbe, zlasti pa glede režima prodajalčeve odgovornosti in formulacije jamstev po prodajni pogodbi. Izhodišče za presojo kakovosti skrbnega pregleda bodo poročila o opravljenih skrbnih pregledih (pravnem, finančnem, davčnem itd.), ki jih bo kupec predložil zavarovalnici, ta pa bo zahtevala tudi dostop do podatkovne sobe, kjer je kupcu na voljo dokumentacija v zvezi s predmetom pogodbe. Zavarovalnica se bo želela prepričati, da je prodajalec izvedel ustrezno razkritje relevantnih podatkov, kupec pa dovolj skrbno (intenzivno) preučil relevantno dejansko stanje, ki ga pokrivajo predlagana jamstva. Če jamstvo po mnenju zavarovalnice ne bo v zadostni meri »pokrito« s skrbnim pregledom, bo kupca usmerila v nadaljnje raziskovanje; če tudi dodatna dokumentacija še vedno ne bo omogočala ustrezne analize tveganja, pa lahko zavarovalnica zavrne kritje posameznega jamstva. Okoliščina, da zavarovanje jamstev krije zgolj neznana tveganja, namreč ne pomeni, da kupec ni dolžan proaktivno raziskovati okoliščin, ki potrjujejo odsotnost tveganja (in s tem tudi resničnost jamstva).

Vzporedno s tem bo zavarovalnica pričakovala sproti vpogled v transakcijsko dokumentacijo, ki je predmet pogajanj med strankama, in opozorila na morebitno pretirano neuravnoteženost prodajne pogodbe glede na primerljive posle. Če bi osnutek prodajne pogodbe denimo vseboval jamstvo glede odsotnosti kakršnihkoli kršitev vseh pogodbenih razmerij, pri katerih je stranka ciljna družba (ki se denimo ukvarja z množičnim opravljanjem potrošniških storitev), bi zavarovalnica kupca opozorila na neobičajno široko formulacijo jamstva (ki glede na obseg sklenjenih pogodb gotovo tudi ne bo povsem točno) in mu nakazala, da ga v takšni nekvalificirani obliki ni pripravljena kriti.

Skupni imenovalec navedenega je pričakovanje o skrbnem ravnanju strank, ki je običajno glede na primerljive posle. Čeprav se na prvi pogled zdi, da zavarovanje jamstev zmanjšuje motivacijo pogodbenih strank za pogajanje o vsebini teh jamstev (saj riziko njihove netočnosti iz njune medsebojne pogodbe prenašata na tretjo osebo), pa mora zlasti kupec računati s tem, da zavarovalnica ne bo pripravljena kriti jamstev, ki bodisi niso bila predmet skrbnega pregleda ali pa so glede na tržne standarde oblikovana preširoko.

7. Izbira prava in povezava z zakonskim režimom po OZ

Omenjeno je bilo, da se produkt zavarovanja jamstev sklepa v neposredni povezavi s prodajno pogodbo. V zvezi s tem se zastavljata vprašanji možnosti izbire (nacionalnega) prava, ki ureja zavarovalno pogodbo, ter morebitne potrebe po uskladitvi pogodbe s prisilnimi določbami OZ, ki urejajo zavarovalno pogodbo.

V okviru izbire prava bo zavarovalec težil k temu, da zavarovalno pogodbo ureja isto (nacionalno) pravo kot prodajno pogodbo. Enaka formulacija jamstev (oziroma drugih določb)

ima v različnih pravnih ureditvah seveda lahko drugačen pomen oziroma pravno posledico. Kombiniranje različnih pravnih ureditev se odsvetuje, saj po nepotrebem vnaša pravno nepredvidljivost glede obsega zavarovalnega kritja oziroma obstoja morebitnega (neželene) razkoraka v primerjavi s kritjem po prodajni pogodbi.

Pri tem je treba upoštevati, da so udeleženci v tovrstnih zavarovalnih razmerjih pogosto pravne osebe tujega prava. Mednarodni element je lahko prisoten na obeh straneh, saj poleg tujih prodajalcev oziroma kupcev v transakcijah M & A (ki v razmerju zavarovalne pogodbe nastopajo v vlogi zavarovalca) zavarovalne pogodbe lahko sklepajo tudi zavarovalnice držav članic oziroma zavarovalnice tretjih držav ob pogojih, ki veljajo za opravljanje zavarovalnih poslov v Republiki Sloveniji.

V primeru mednarodnega elementa bo za presojo prava, ki se uporablja za zavarovalno pogodbo, treba uporabiti kolizijska pravila. Ta pravila pri zavarovalnih pogodbah dopuščajo razmeroma okrnjeno možnost izbire prava.¹³ Prosta izbira prava je tako načeloma mogoča le pri zavarovanju t. i. velikih nevarnosti (*large risks*).¹⁴ Ta vrsta zavarovanja je omejena na določene zavarovalne vrste, poleg tega pa v relevantnem delu zahteva izpolnitev dodatnih velikostnih meril na strani zavarovalca.¹⁵ Podrobna razprava o teh merilih ni predmet tega prispevka; naj na tem mestu le omenimo, da možnost proste izbire nacionalnega prava pri sklepanju zavarovanja jamstev ne bo samoumevna, temveč bo to vselej treba preveriti glede na okoliščine primera.

Kadar bo zavarovalno pogodbo urejalo slovensko pravo, bo njeno vsebino treba prilagoditi tistim določbam OZ, ki so prisilne narave. Ni dvoma, da je zavarovanje jamstev mogoče ustrezno umestiti v sistem pravil OZ, kljub temu pa je pri lokalizaciji pogodb treba paziti na posebnosti slovenske ureditve oziroma možnosti odmika od zakonskih določb.¹⁶ Zavarovanje jamstev ne spada med kategorije zavarovanj, za katere je uporaba zakonske ureditve zavarovanj

¹³ Glej 7. člen Uredbe (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obilgacijska razmerja (Rim I), UL L 177, 4. 7. 2008.

¹⁴ Glej drugi odstavek 7. člena Uredbe Rim I. Tudi tu je treba upoštevati standardne omejitve pri izbiri prava (med drugim morebitno uporabo prevladujočih obveznih določb po 9. členu).

¹⁵ Gre za merila glede minimalne bilančne vsote (6,2 milijona EUR), letnega neto prometa (12,8 milijona EUR) oziroma povprečnega števila zaposlenih (250). Izpolnjeni morata biti vsaj dve merili, pri čemer se v primeru pripadnosti zavarovalca skupini podjetij upoštevajo konsolidirani izkazi. Primerjaj določbo 532. člena Zakona o zavarovalništvu (ZZavar-1, Uradni list RS, št. 93/15 in nasl.), ki zrcali ureditev po sedemindvajsetem odstavku 13. člena Direktive 2009/138/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. novembra 2009 o začetku opravljanja in opravljanju dejavnosti zavarovanja in pozavarovanja (Solventnost II), UL L 335, 17. 12. 2009.

¹⁶ OZ denimo določa pravico strank do odstopa od (oziroma odpovedi) zavarovalne pogodbe po poteku treh let zavarovalne dobe. Te pravice ni mogoče izključiti s pogodbo (tretji in četrti odstavek 946. člena OZ). To za konkretni produkt ni optimalno, saj se zavarovanja jamstev v praksi lahko sklepajo tudi za obdobje, ki je daljše od treh let (vsaj pri ključnih jamstvih so v praksi pogosti dogovori o jamčevalni dobi za obdobje 5–8 let).

valne pogodbe izključena (923. člen OZ). Zakon v določenih primerih sicer predvideva tudi možnost odmika od posameznih določb, pri čemer bo ocena dopustnosti takšnega odmika v nekaterih primerih pogojena s presojo o tem, ali je odstop v nedvoumnem interesu zavarovanca (drugi odstavek 924. člena OZ). Takšna presoja ni vedno enostavna.

De lege ferenda je na mestu razmislek o tem, da se v zakonu izrecno predvidi možnost večje dispozitivnosti zakonske ureditve za zavarovanja velikih nevarnosti. Pri teh v vlogi zavarovalca nastopajo stranke, ki so bolj vajene kompleksnih pravnih poslov in ki se z zavarovalnico odprto pogajajo o pogojih razporeditve specifičnih tveganj. Ne gre torej za klasično razmerje (izrazite) podrejenosti zavarovalca, zato bi bilo v takem primeru smiselno dopustiti širše polje dovoljenega odstopa od obveznih zakonskih določb, ki so predpisane z namenom varstva zavarovalca kot šibkejše stranke.

Viri in literatura

- BELANIĆ, Loris. [Komentar k 924. členu hrvaškega Zakona o obveznim odnosima.] V: Gorenc, V. (ur.), *Komentar Zakona o obveznim odnosima*. Zagreb: Narodne novine, 2014, str. 1482–1484.
- BOCHE, Mirjam, DANNEMANN, Sven. Der Einsatz von W&I-Versicherungen in Distressed-M & A-Deals. *M & A Review*, 2020, št. 6, str. 214–220.
- ILIĆ, Uroš, BRGLEZ, Uroš. Prezemi (M & A) v stečajnem postopku. *Pravna praksa*, 2016, letn. 35, št. 29–30, str. II–VIII.
- JUHART, Miha. Odločanje o izvedbi skrbnega pregleda (*due diligence*) v kapitalskih družbah. *Podjetje in delo*, 2011, letn. 37, št. 1, str. 15–37.
- POLAJNAR PAVČNIK, Ada. [Komentar k 923., 924. in 965. členu OZ.] V: Juhart, M., in Plavšak, N. (ur.), *Obligacijski zakonik s komentarjem*. 4. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2004, str. 808–810 in 888–891.
- STAUDINGER, Ansgar. [Komentar k 7. členu Uredbe Rim I.] V: Ferrari, F. (ur.), *Rome I Regulation, Pocket Commentary*. München: Sellier European Law Publishers, 2015, str. 266–270.