

Prohlášení a ujištění v akvizičních transakcích



Prohlášení a ujištění se používají u všech významnějších akvizičních transakcí bez ohledu na to, zda bazickým aktivem převodu jsou přímo konkrétní areály, nemovitosti, technologická zařízení, závody atp. nebo zda jsou předmětem převodu akcie či podíly v cílových společnostech. Ve všech těchto akvizičních transakcích patří prohlášení a ujištění k nejdůležitější a nejobsáhlejší části transakční dokumentace.[1]

Prohlášení a ujištění jsou nástrojem, který prodávající nebo kupující používá v M&A transakcích a jsou typická pro anglosaský právní svět, jsou označovány jako „Representations and Warranties“,[2] v novějších transakčních

dokumentech spíše jako „Warranties“. Terminologicky je poměrně nevýznamné, zda se v českém jazyce používá pojem „Prohlášení a ujištění“, nebo „Prohlášení a záruky“ nebo samostatně jen „Prohlášení“ (někdy samostatně „Ujištění“ a často samostatně také jen „Záruky“). Spíše se lze systema-

ticky přiklonit k používání pojmu „prohlášení a ujištění“, neboť tento pojem odpovídá lépe znění zákona č. 89/2012, občanský zákoník, v platném znění (dále jen „OZ“). Podle ustanovení § 1916 OZ platí, že dlužník plní vadně, ujistí-li věřitele v rozporu se skutečností, že předmět plnění nemá vady. Podle ustanovení § 2103 platí, že ujistí-li prodávající výslovně, že věc je bez vad, anebo zastřel-li vadu lstivě, odpovídá prodávající i za vadu, kterou kupující musel poznat s vynaložením obvyklé pozornosti při uzavření smlouvy. OZ tedy vychází z pojmu „ujištění“, resp. z jeho odvozených tvarů. V rámci „prohlášení a ujištění“ by měly být specifikovány spíše vlastnosti (kvalita) předmětu převodu, zatímco „záruka“ má z pohledu českého práva spíše povahu garance zachování určitého stavu (určitých vlastností, resp. určité kvality), tj. poskytuje se do budoucna, a to zejména ve smyslu ustanovení § 2113 OZ.

Právní povaha prohlášení a ujištění

Povaha prohlášení a ujištění v českém právu není definována ani dosud jednoznačně chápána. Prohlášení a ujištění jsou určitá jednostranná prohlášení (konstatování), která jsou učiněna v akviziční smlouvě ze strany konkrétní smluvní strany (zpravidla ze strany prodávajícího) a jsou určena druhé straně (kupujícímu). Jde o faktická jednostranná tvrzení (statement of fact), zejména o určitých „sjednaných (vymíněných) vlastnostech“ převáděného aktiva (předmětu převodu), resp. v některých rozhodnutích vysoké soudní instance používají pojem „vymíněná kvalita“ nebo též „smluvená vlastnost“. Tím, že obsahují sjednané (vymíněné) vlastnosti (resp. vymíněnou kvalitu či smluvené vlastnosti) předmětu převodu (a zprostředkované i závodu cílové společnosti), jsou tato tvrzení důležitá pro uzavření samotné akviziční smlouvy, neboť kupující se na jejich pravdivost zpravidla spoléhá a při uzavření akviziční smlouvy z nich vychází. Jinými slovy, pokud by příslušná tvrzení o sjednaných (vymíněných) vlastnostech (tedy prohlášení a ujištění) byla nepravdivá, kupující by akviziční smlouvu neuzavřel.

Dostupná soudní rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky (dále jen „Nejvyšší soud“) dávají určité základní vodítko, jakým způsobem vysoké soudní instance posuzují prohlášení a ujištění.

Mezi základní právní otázky, které již byly historicky judikatorně řešeny v souvislosti s prohlášeními a ujištěními, patří otázka (a) zda prohlášení a ujištění představují právní povinnost; (b) zda lze do prohlášení a ujištění ve vztahu k převáděným podílům nebo akciím zprostředkovaně inkorporovat i prohlášení a ujištění týkající se cílové společnosti (závodu cílové společnosti); (c) zda porušení prohlášení a ujištění vyvolává odpovědnost za vady; a (d) zda v případě porušení prohlášení a ujištění lze uplatnit zákonnou právní úpravu omylu.

K první otázce lze konstatovat, že již historicky vznikla diskuse o tom, zda prohlášení a ujištění představují právní povinnost (v tehdejší terminologii „závazek“), či niko-

li, resp., zda v případě, že dojde k porušení prohlášení a ujištění dochází k porušení právní povinnosti. Tato diskuse vznikla v souvislosti s tím, zda je možné zajistit (v dnešní terminologii „utvrdit“) smluvní pokutou porušení prohlášení a ujištění. Nejvyšší soud ve svém rozhodnutí sp. zn. 33 Cdo 2648/2016 ze dne 23. 6. 2016 rozhodl, že v daném případě jde o porušení právní povinnosti a že povinnost je nezbytné chápat širěji, tj. že právní povinností je odevzdat předmět koupě a „poskytnout plnění se smluvenou vlastností“, a to, byť tato povinnost není ve smlouvě takto přímo verbálně vyjádřena, ale lze ji dovodit. Nejvyšší soud dochází k závěru, že prodávající se zavázal „odevzdat předmět koupě vymíněné kvality“ a že jazykově vyjádření obsahu vůle smluvních stran, zachycené ve smlouvě, umožňuje učinit závěr, že vůle účastníků směřovala k zajištění (utvrzení) „splnění závazku“ (povinnosti).

K otázce možnosti (nepřímé, resp. zprostředkované) inkorporace vlastností cílové společnosti (závodu cílové společnosti) do vlastností podílu nebo akcií Nejvyšší soud dovodil, že i toto je možné. Z logiky věci nejsou zpravidla akcie nebo podíly kupovány pro ně samé, ale pro určitou kvalitu cílové společnosti a pro vlastnosti závodu cílové společnosti. Nejvyšší soud ve svém rozhodnutí sp. zn. 29 Cdo 938/2012 ze dne 26. 3. 2014 rozhodl, že aby vlastnosti podniku (v nové terminologii „závodu“) cílové společnosti bylo možné považovat za sjednané (vymíněné) vlastnosti akcií (podílu), je nezbytné odpovídající ujednání stran. Nejvyšší soud doslova uvádí, že „Převádí-li prodávající akcii obsahující všechny zákonem (a případně stanovami) stanovené náležitosti a bez právních vad, je třeba jeho plnění považovat zásadně za řádné, není-li stranami ujednáno něco jiného. Lze si tak např. sjednat jako vlastnost akcie i určité vlastnosti podniku společnosti (emitenta akcie); předpokladem pro to, aby takové vlastnosti podniku společnosti bylo možné považovat za sjednané (vymíněné) vlastnosti akcie, je však právě odpovídající ujednání stran.“ Obdobné závěry lze nalézt v usnesení Nejvyššího soudu ze dne 26. října 2010, sp. zn. 29 Cdo 5452/2008, uveřejněném v časopise Soudní judikatura číslo 2, ročník 2012, pod číslem 20).

Nejvyšší soud ve svém rozhodnutí sp. zn. 29 Cdo 938/2012 ze dne 26. 3. 2014 dokonce stanovil, že za vlastnost akcií (podílu) může být považován i konkrétní obsah stanov cílové společnosti, pokud by taková vlastnost akcií (např. určité znění stanov společnosti) byla výslovně vymíněna (sjednána) v akviziční smlouvě. V takovém případě lze změnu stanov akciové společnosti považovat za vadu převáděných akcií (podílu).

Pokud jde o odpovědnost za vady, Nejvyšší soud se několikrát vyslovil, že odpovědnost za vady je dána, pokud byly vlastnosti akcií resp. podílu vymíněny. Nejvyšší soud totiž dlouhodobě vychází z názoru, že zejména u podílu z účelu užití vzhledem k jeho individuální povaze zásadně nelze vycházet z obecného určení jakosti zboží (jinými slovy, není dána určitá průměrná kvalita podílu nebo akcií). Na převody akcií a podílu tak nelze použít ustanovení § 2095 OZ, podle kterého platí, že nejsou-li jakost a provedení ujednány, plní prodávající v jakosti a provedení vhodných pro účel patrný ze smlouvy, jinak pro účel obvyklý. Akcie a podíl jsou natolik specifické u každé cílové společnosti, že není možné stanovit obvyklý účel nebo jakost a provedení vhodné pro účel patrný ze smlouvy. I z tohoto důvodu jsou tedy prohlášení a ujištění v akvizičních smlouvách naprosto klíčová.

Praktická aplikace v transakčních smlouvách

Prohlášení a ujištění jsou důležitá jak z pohledu prodávajícího, tak kupujícího. Přitom pro každou ze stran hraje zcela odlišnou roli. Praktická aplikace prohlášení a ujištění je vždy odvislá od dvou základních faktorů, a to (i) zda je smlouva připravována z pohledu prodávajícího nebo kupujícího, a dále (ii) zda se jedná o přímou akviziční smlouvu představující přímý titul pro převod předmětu převodu nebo zda jde o rámcovou akviziční transakci, kdy mezi uzavřením smlouvy a převodem vlastnického práva dochází k určité časové prodlevě (tzv. přechodné období, během kterého dochází k due diligence (zpravidla právní, finanční a technická prověrka) nebo k evaluaci atp. nebo ke splnění určitých odkládacích podmínek převodu, zejména z pohledu práva

hospodářské soutěže a ingerence Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže nebo jiného regulátora). V těchto rámcových akvizičních smlouvách je nezbytné řešit zvláštní prohlášení a ujištění jednak pro okamžik uzavření rámcové akviziční smlouvy, dále pro přechodné období a následně pro okamžik realizace samotného převodu.

Z pohledu prodávajícího bude logicky vždy nezbytné minimalizovat rozsah prohlášení a ujištění. Vedle rozsahu prohlášení a ujištění jde i o zjemnění přimosti (subjektivní nepodmíněnosti) prohlášení a ujištění, zejména o eliminaci jakéhokoli přímého (subjektivně nepodmíněného) prohlášení či ujištění, a o použití subjektivní podmíněnosti, zejména s odkazem na vědomost prodávajícího, jde typicky o výrazy např. „podle vědomí“, nebo „podle nejlepšího vědomí prodávajícího“ (resp. jeho odvozené tvary nebo výrazy s obdobným významem). Pokud jsou prohlášení a ujištění podmíněna subjektivní vědomostí či nevědomostí prodávajícího, pak je nezbytné z pohledu kupujícího v akviziční smlouvě určitým kvalifikovaným způsobem stanovit způsob určení vědomosti prodávajícího. V takovém případě je možné v akviziční smlouvě např. uvést, že ve vztahu k existenci či výskytu určité skutečnosti je „vědomí“ nebo „znalost“ určité skutečnosti dána tehdy, pokud strana anebo některý ze zaměstnanců strany nebo členů orgánů strany o takové skutečnosti věděl nebo s ohledem na okolnosti při vynaložení péče řádného hospodáře vědět mohl a měl.

Asi nejdůležitější z pohledu prodávajícího je, aby zcela eliminoval z prohlášení a ujištění, resp. ze své případné odpovědnosti za porušení prohlášení a ujištění informace a dokumenty, které byly poskytnuty během due diligence. Zpravidla jde o to nastavit režim případné odpovědnosti prodávajícího za porušení prohlášení a ujištění tak, aby vše, co bylo sděleno před uzavřením akviziční smlouvy nebo i následně (pokud jde o rámcovou akviziční smlouvu), bylo vyčleněno z odpovědnosti prodávajícího za porušení prohlášení a ujištění. Tento mechanismus však na druhé straně klade mimořádně nároky na kupujícího a jeho tým poradců, zejména na kvalitu due diligence a na evidenci

předložených dokumentů.

Z pohledu kupujícího je samozřejmě vhodné žádat co nejširší katalog prohlášení a ujištění, a neelimitovat odpovědnost prodávajícího za porušení prohlášení a ujištění provedenou prověrkou (due diligence) cílové společnosti. V praxi dochází zpravidla k určitému kompromisu.

Z technického pohledu přípravy transakčních smluv je v současné době spíše zvykem, že prohlášení a ujištění prodávajícího jsou součástí samostatné přílohy akviziční smlouvy, nikoli samotného textu (obsaženého před přílohami) akviziční smlouvy. V samotném textu (před přílohami) akviziční smlouvy je v rámci samostatných částí či kapitol zpravidla popsána (a) povaha prohlášení a ujištění prodávajícího; (b) nároky kupujícího z porušení prohlášení a ujištění; (c) limitace (omezení) odpovědnosti prodávajícího za porušení prohlášení a ujištění; (d) některá specifická odškodnění (specifické nároky); a (d) samostatně též prohlášení kupujícího, která však zpravidla nebývají samostatnou přílohou, neboť jejich obsah je logicky minimální a omezuje se pouze na prohlášení a ujištění o právní existenci; získání souhlasu k transakci; neexistenci úpaku; neporušení předpisů a na prohlášení a ujištění o dostatečných finančních prostředcích.

Struktura a rozsah prohlášení a ujištění

Obecně lze konstatovat, že struktura a rozsah prohlášení a ujištění prodávajícího vychází z obdobné struktury jako v anglosaských transakčních dokumentech. Prohlášení a ujištění prodávajícího jsou zpravidla členěna na otázky týkající se prodávajícího; otázky správnosti a úplnosti předaných informací a dokumentů; otázky týkající se cílové společnosti (a dceřiných společností); otázky týkající se převáděného aktiva (akcie, podíl); otázky týkající se účetních výkazů; otázky daní; otázky hmotného a nemovitého majetku; pojištění; otázky obchodních smluv; otázky finančních závazků; zaměstnanecské otázky; probíhající nebo hrozící soudní řízení; otázky duševního vlastnictví a v neposlední řadě otázky životního prostředí. Výše uvedený rozsah prohlášení

a ujištění prodávajícího je svou povahou spíše základním a minimalistickým.

Jak bylo uvedeno výše, aby nastaly účinky prohlášení a ujištění (tj. aby vyvolaly odpovědnost za vady podílu nebo akcií), je nezbytné, aby prohlášení a ujištění zprostředkovaně směřující k vlastnostem závodu cílové společnosti byly v akviziční smlouvě výslovně uvedeny jako „sjednané vlastnosti podílu“ nebo „sjednané vlastnosti akcií“. Na tento judikatorní požadavek se poměrně často v akvizičních smlouvách zapomíná. Zjednodušeně řečeno, akviziční smlouva by měla obsahovat větu, že „Prohlášení a ujištění Prodávajícího představují sjednané vlastnosti [Akcii] [Podílu]“.

Je zcela standardní požadovat v akviziční smlouvě, aby v případě, že prodávající zjistí porušení prohlášení prodávajícího, byl prodávající povinen takovou skutečnost kupujícímu oznámit.

Z pohledu kupujícího a jeho budoucích nároků z porušení prohlášení a ujištění je vhodné v akviziční smlouvě uvést, že poskytnutá prohlášení a ujištění prodávajícího byla důležitá pro rozhodnutí kupujícího uzavřít akviziční smlouvu, tj. výslovně uvést a potvrdit, že prohlášení a ujištění prodávajícího byla pro kupujícího při uzavírání akviziční smlouvy rozhodující a že kupující se na poskytnutá a učiněná prohlášení a ujištění prodávajícího v plném rozsahu spoléhal, resp. spoléhá. Je vhodné uvést, že kupující se může spoléhat na prohlášení a ujištění prodávajícího rovněž pro účely poskytnutí prohlášení a ujištění následnému kupci akcií nebo podílu nebo závodu cílové společnosti nebo jakékoli jeho (jejich) částí.

Jak je uvedeno výše, každá akviziční smlouva v sobě zahrnuje celý katalog prohlášení a ujištění prodávajícího, často velmi podobných a v mnoha ohledech se i překrývajících. Je vhodné v akviziční smlouvě řešit rovněž vztahy navzájem mezi těmito jednotlivými samostatnými prohlášeními a ujištěními. Za uznávaný standard se považuje, že každé prohlášení a ujištění prodávajícího se vykládá samostatně a žádné jednotlivé poskytnuté prohlášení a ujištění není omezeno kterýmkoli jiným prohlášením a ujištěním (s výjimkou případů, pokud by akviziční smlouva stanovila výslovně jinak).

Jak bylo uvedeno výše, prohlášení a ujištění se zpravidla poskytují k datu uzavření akviziční smlouvy. Pokud existuje určité období mezi uzavřením akviziční smlouvy a samotným převodem, je snahou (a nezbytnou povinností) rozšířit prohlášení a ujištění i na toto mezitímní období, a nemusí to být vždy pouze případ zmíněných rámcových akvizičních smluv (např. pokud je zápis do určitého veřejného seznamu konstitutivním pro převod práva, je vhodné upravit období mezi podpisem akviziční smlouvy a provedením zápisu do veřejného seznamu).

Porušení prohlášení a ujištění

Prohlášení a ujištění jsou činěna pouze z důvodu, aby byl nastaven mechanismus následků porušení prohlášení a ujištění, tj. aby byl nastaven odpovědnostní vztah (odpovědnost za vady). Akviziční smlouva by tedy měla nejdříve jasně stanovit, co se rozumí pojmem „porušení prohlášení a ujištění“ a jaké následky (nároky) z tohoto důvodu vznikají kupujícímu. Porušením prohlášení a ujištění se zpravidla rozumí situace, kdy je dán nesoulad mezi (i) stavem faktickým (reálným) a (ii) stavem předpokládaným v prohlášeních a ujištěních uvedených výslovně v akviziční smlouvě. Zjednodušeně lze konstatovat, že jde o stav, kdy kterkoli z prohlášení a ujištění prodávajícího učiněné v akviziční smlouvě je nepravdivé, nepřesné, neúplné nebo zavádějící. Kromě definování pojmu „porušení prohlášení a ujištění“ je v akviziční smlouvě důležité vždy správně uvést k jakému okamžiku se má posuzovat konkrétní porušení prohlášení a ujištění, tj. stanovit k jakému okamžiku mají být prohlášení a ujištění pravdivá, přesná, úplná a nikoli zavádějící. Zpravidla jde o okamžik, kdy taková prohlášení a ujištění byla prodávajícím učiněna (tj. k podpisu akviziční smlouvy). Jak bylo uvedeno výše, není výjimkou (a v některých případech je žádoucí), aby šlo i o časově pozdější okamžik, např. v případě rámcových akvizičních smluv je vhodné vázat platnost a účinnost prohlášení a ujištění i na okamžik vypořádání transakce^[3] (když při uzavření rámcové akviziční transakce není vůbec jasné, zda a kdy k vypořádání transakce dojde).

Precizní smlouvy stanoví, že prohlášení a ujištění jsou považována za nepravdivá, nepřesná, neúplná nebo zavádějící ke dni uzavření akviziční smlouvy i v těch případech, když se stanou nepravdivými, nepřesnými, neúplnými nebo zavádějícími (sice) k pozdějšímu datu (v důsledku změn skutečností, k nimž dojde po dni uzavření akviziční smlouvy), avšak pokud byly takové změny zapříčiněny prodávajícím nebo cílovou společností přede dnem uzavření akviziční smlouvy.

Nároky z porušení prohlášení a ujištění

Zcela zásadní otázkou je, jakým způsobem stanovit nároky z porušení prohlášení a ujištění. Z praxe není zcela jasný vztah nároku z porušení prohlášení a ujištění k zákonné odpovědnosti za vady upravené v OZ.

V zásadě lze (zjednodušeně řečeno) modelovat tři možné režimy.

Prvním režimem je ponechání aplikace zákonné odpovědnosti za vady stanovené v OZ i pro případ porušení prohlášení a ujištění (pokud bude jasně stanoveno, že určité vlastnosti závodu cílové společnosti jsou sjednanými (vyměněnými) vlastnostmi podílu (akcií). Pokud by akviziční smlouva obsahovala taková prohlášení a ujištění, pak by zřejmě mohla být dána (automaticky) obecná odpovědnost za vady předmětu převodu, alespoň tak naznačuje Nejvyšší soud ve výše citovaných rozhodnutích. Obecná úprava odpovědnosti za vady v OZ však není zcela ideální pro problematiku nároků z porušení prohlášení a ujištění a v praxi jsou proto konstruovány jiné samostatné právní nároky.

Další možností je vytvořit zcela samostatný nárok, který je nezávislý na aplikaci zákonné odpovědnosti za vady. V takovém případě je ujednání o nárocích z porušení prohlášení a ujištění zvláštním samostatným ujednáním smluvních stran a jde tedy o sjednání specifických smluvních nároků. Takové odlišné ujednání účinné znění OZ v zásadě nevylučuje. V takovém případě smluvní strany v přípustném rozsahu vylučují použití zá-

konem upravených nároků souvisejících s vadami předmětu prodeje, a tato zákonná ustanovení (zcela) nahrazují sjednanými zvláštními smluvními ustanoveními. Pokud dojde k vyloučení zákonné úpravy stanovené v OZ, je nezbytné pamatovat na konkrétní záležitosti, které by neměly být zvláštním smluvním ujednáním vyloučeny, např. na otázku omylu, otázku možnosti odstoupení a požadování náhrady nákladů a vzniklé újmy atp. Vždy vznikne interpretační problém, co vše bylo ze zákonného textu zvláštním smluvním ujednáním vyloučeno, a co nikoli. Nejvíce nejasností vzniká právě v této variantě, a není jednoznačné, jak by konkrétní případy posuzovaly soudy (tj. jak by posoudily rozsah zákonných ustanovení, která byla smluvním ujednáním smluvních stran zcela vyloučena). V této variantě je kladena nejvyšší míra pečlivosti na právní preciznost smluvních ujednání.

V rámci výše uvedeného druhého režimu je v akviziční smlouvě zpravidla stanoveno, že pokud dojde k porušení prohlášení a ujištění ze strany prodávajícího, a pokud kupující vznese nárok v souvislosti s takovým porušením prohlášení a ujištění, prodávající zaplatí kupujícímu na jeho žádost peněžitou kompenzaci (často konstruovanou jako slevu) ve výši nákladů, jež bude nutné vynaložit na to, aby cílová společnost (a dceřiné společnosti) a současně kupující byli uvedeni do stavu, ve kterém by se nacházeli, pokud by k porušení prohlášení a ujištění nedošlo. V případech, kdy nedojde k vynaložení takových nákladů, je kompenzace (sleva) zpravidla rovna rozdílu mezi (a) tržní hodnotou, kterou by měl majetek cílové společnosti (dceřiných společností) nebo majetek kupujícího v případě, pokud by k porušení prohlášení a ujištění nedošlo a (b) skutečnou tržní hodnotou majetku cílové společnosti (dceřiných společností) nebo majetku kupujícího, přičemž zpravidla se uplatní rozdíl u toho ze subjektů (tj. společnosti, dceřiných společností nebo kupujícího), který dosáhne vyšší hodnoty.

Třetím způsobem a jistou mezivariantou může být ponechání zákonné úpravy odpovědnosti za vady, tj. nikoli její vyloučení, a její částečná modifikace.

Notifikace nároků z porušení prohlášení a ujištění

Standardní akviziční smlouvy obsahují zpravidla určitý formální mechanismus uplatnění nároku z porušení prohlášení a ujištění, např. notifikace, stanovení lhůty pro odstranění následků porušení prohlášení a ujištění nebo tím vzniklé újmy atp.

Další nároky

Jak bylo uvedeno výše, pokud strany zvolí vlastní úpravu následků porušení prohlášení a ujištění, měly by pamatovat na to, aby neomezily další možné nároky. Zpravidla je upraveno, že prodávající kupujícímu zaplatí částky rovnající se každé ztrátě, povinnosti a výdaji, které vzniknou kupujícímu ze smírného řešení nároku vůči prodávajícímu z porušení prohlášení a ujištění nebo ze souvisejících řízení. V dobré akviziční smlouvě by měl mít kupující zachováno možnost uplatnit i jiné nároky nebo nápravné prostředky. Zejména by kupující měl mít možnost zajistit si odstranění jakéhokoli porušení prohlášení a ujištění či jiné újmy kupujícího na náklady prodávajícího a veškeré náklady takto vynaložené v souvislosti s takovým odstraňováním by měly být prodávajícím uhrazeny kupujícímu. Z logiky věci by kupující neměl být oprávněn uplatnit nároky na náhradu nákladů v rozsahu, v jakém již byl odškodněn přímou úhradou nároku z porušení prohlášení a ujištění uhrazenou prodávajícím.

Omezení odpovědnosti prodávajícího

Bezbřehá neomezená odpovědnost prodávajícího v akvizičních smlouvách je riskantní, když každá obchodní společnost je určitým souborem různých proměnných veličin a každé podnikání přináší nezanedbatelná rizika. V praxi tedy dochází logicky k omezení (limitaci) odpovědnosti prodávajícího za porušení prohlášení a ujištění.

Omezení finanční výše plnění se děje několika možnými způsoby. Jde zpravidla o stanovení de minimis limitu a dále

o stanovení maximální finanční částky pro odpovědnost za porušení prohlášení a ujištění (cap). Dále jde o stanovení prahu (prahů) pro vznik odpovědnosti prodávajícího za porušení prohlášení a ujištění, kdy se jednotlivé dílčí nároky za dílčí porušení prohlášení a ujištění zpravidla průběžně sčítají až dosáhnou určité souhrnné akumulované výše a tím akcelerují odpovědnost.

De minimis limit

Zpravidla je stanoven pro každý konkrétní případ minimální práh nároku, který nepředstavuje porušení prohlášení a ujištění prodávajícího a kdy újmu z toho vzniklou nese kupující (de minimis limit). Zpravidla jde o malé, běžné a triviální záležitosti.

Cap

Celková odpovědnost prodávajícího ve vztahu ke všem porušením prohlášení a ujištění je v akvizičních smlouvách zpravidla omezena určitou souhrnnou limitní částkou nebo určitým procentem z kupní ceny. Jinými slovy, prodávající ví, jaké je jeho finanční riziko a jeho potenciální finanční expozice do budoucna. V některých akvizičních smlouvách se do této částky nezapočítávají např. daňové záležitosti nebo některé jiné věci. Mohou existovat různé limitní částky pro různé typy nároků.

Basket

Baskets chrání prodávajícího tím, že stanoví určitou výši nároků, kterou musí kupující dosáhnout (naplnit), aby mohl uplatnit nároky z porušení prohlášení a ujištění. V takovém případě platí, že pokud a dokud částka, která by jinak byla vymahatelná od prodávajícího ve vztahu k danému porušení prohlášení a ujištění, při přičtení k jiné částce či jiným částkám, vymahatelným s ohledem na jiná porušení prohlášení, nepřekročí určitý limit, nemůže být ze strany kupujícího vymáhána.

Pokud dojde k naplnění výše uvedené částky, jsou možné dva scénáře.

V právní variantě (Deductible Basket) je hrazena pouze částka, o kterou součet všech nároků z porušení prohlášení a ujištění překročil příslušný práh. Jinými slovy, než je naplněn příslušný práh, nevzniká odpovědnost prodávajícího za porušení prohlášení a ujištění a veškerou újmu z porušení prohlášení a ujištění nese na vlastní náklady kupující. V okamžiku naplnění prahu, vzniká odpovědnost prodávajícího za porušení prohlášení a ujištění, ale pouze v rozsahu, ve kterém došlo k překročení příslušného prahu.

V druhé variantě (Tipping Basket) platí, že pokud součet výše uvedených částek překročí určitý práh, bude prodávající zpravidla odpovědný za celkovou výši součtu všech nároků z porušení prohlášení a ujištění a nikoli pouze za částku, o kterou součet překročil příslušný práh.

Časové omezení

Odpovědnost prodávajícího za porušení prohlášení a ujištění je dále omezena nejen výší finančního plnění, ale i časovým obdobím (testem), tj. nárok z porušení prohlášení a ujištění lze vznést pouze do určité doby po uzavření akviziční smlouvy (resp. po vypořádání transakce). Zpravidla se rozlišují různé doby pro různé typy nároků, např. pro běžné nároky a nároky z důvodu porušení prohlášení a ujištění v daňové oblasti atp. Nejdelší časové lhůty jsou pro daňové záležitosti a záležitosti životního prostředí, ve kterých se zpravidla doba odpovědnosti za porušení prohlášení a ujištění v těchto záležitostech shoduje se zákonnou dobou pro trvání nároku (tj. odpovídá určité lhůtě po uplynutí zákonem stanovené doby).

Statusová prohlášení, podvod a úmyslné zatajení

Limitace odpovědnosti prodávajícího za porušení jeho prohlášení a ujištění (ať již jde o limitace ve formě omezení celkové výše kompenzace nebo časovým testem) by však v praxi mohla způsobovat značné komplikace, zejména v případech, kdy se ukáže, že prodávající např. nebyl vlastníkem převáděných aktiv (ak-

cíí nebo podílů) a již uplynula lhůta pro vznesení nároků z porušení prohlášení a ujištění (časový test). Praxe proto konstruuje minimálně dva okruhy případů, pro které se výše uvedená omezení (limitace) odpovědnosti prodávajícího za porušení jeho prohlášení a ujištění neaplikuje.

V prvním okruhu případů jde o tzv. „statusová prohlášení a ujištění“, kterými se zpravidla rozumí prohlášení a ujištění týkající se postavení prodávajícího, získání souhlasů s uzavřením transakce, neexistence jeho úpadku atp.; dále prohlášení a ujištění ohledně vzniku a existence cílové společnosti, úpadku a likvidace cílové společnosti; a dále otázky kvality akcií a podílu (vlastnictví, neexistence zatížení, neoddělení samostatně převoditelných práv atp.). Je zcela logické, aby u těchto nejzákladnějších prohlášení a ujištění nebyla odpovědnost prodávajícího za jejich porušení limitována, když je zřejmé, že by v případě jejich porušení zpravidla ani nesplnil nejzákladnější povinnost z akviziční smlouvy, tj. povinnost převést akcie nebo podíl. U statusových prohlášení a ujištění je navíc zpravidla stanoveno, že je v případě jejich porušení možné od akviziční smlouvy odstoupit.

Dalším okruhem případů, pro které se omezení (limitace) odpovědnosti prodávajícího za porušení jeho prohlášení a ujištění neaplikuje, jsou případy podvodu, úmyslného zatajení atp. Jde o konstrukci, která do jisté míry odpovídá pojmu „lživé zastření vady,“ užívanému v § 2103 OZ.

Zvláštní nároky (podmíněné nároky, nároky kryté pojištěním atp.)

V určitých případech by odpovědnost prodávajícího neměla nastat, nebo by měla být odložena, jde o případy porušení prohlášení a ujištění, kdy je již vytvořena finanční rezerva nebo pokud je sjednáno pojištění pokrývající příslušnou záležitost. Zvláštní režim mohou mít podmíněné nároky atp. Existuje celá řada nároků, které lze takto vymout či upravit.

Specifické odškodnění

Mnohé akviziční smlouvy upravují tzv. specifické odškodnění, které je upraveno mimo rámec nároků z porušení prohlášení a ujištění prodávajícího. Jde o specifický případ konkrétních známých rizik vznikajících pro kupujícího po akvizici cílové společnosti, o kterých se ví, že je velmi pravděpodobné, že mohou nastat. Tato rizika bývají často zjištěna již v rámci due diligence. Jde zejména o případy např. probíhajícího závažného soudního sporu, možné nároky z porušení předpisů o životním prostředí atp. Nejde přitom o zanedbatelná rizika. Tato rizika zpravidla nebyla zohledněna při stanovení výše kupní ceny v akviziční smlouvě. U mechanismu specifického odškodnění je možné, aby toto specifické odškodnění nebylo omezeno obecnou limitací odpovědnosti prodávajícího za porušení jeho prohlášení a ujištění. Jde tedy o jakousi samostatnou linii nároků. Nic samozřejmě nebrání tomu, aby režim specifického odškodnění byl upraven v rámci standardní odpovědnosti prodávajícího za porušení prohlášení a ujištění, a nebyl z tohoto režimu vyjmut, svojí povahou jde však o jiný typ odpovědnosti.

Omyl

Podle § 583 OZ platí, že jednali někdo v omylu o rozhodující okolnosti a byli v omyl uvedeni druhou stranou, je právní jednání neplatné. Z pohledu následků porušení prohlášení a ujištění je nezbytné se zabývat i otázkou, zda mají být zákonná ustanovení o omylu zachována, neboť z textů mnoha akvizičních smluv toto není patrné.

Spory z porušení prohlášení a ujištění

Moderní akviziční smlouvy obsahují specifická pravidla pro řešení sporů z prohlášení a ujištění. Často jsou používány metody smířícího řízení, expertního řízení nebo zvláštní druhy mediace, která však v praxi zatím zpravidla není aplikována v režimu zákona č. 202/2012 Sb., o mediaci a o změně některých zákonů (zákon o mediaci), v platném znění. Stanovení výše

nároku z porušení prohlášení a ujištění je poměrně velmi komplikovaným procesem, který je na pomezí práva a ekonomického oceňování, a proto v jeho procesu dochází k určitým zvláštnostem. ●

JUDr. Gabriel Achour
Mgr. Tereza Fröhlichová
ACHOUR & PARTNERS
advokátní kancelář, s.r.o.

ACHOUR & PARTNERS

Poznámka:

- [1] Všechna ostatní ustanovení akvizičních smluv lze považovat za spíše technická a méně významná, s výjimkou případů ujednání akvizičních smluv, ve kterých se určuje kupní cena podle určitých proměnlivých pravidel, a není dána pevnou částkou.
- [2] V anglosaském právním prostředí hraje rozdíl mezi „Representations“ (Prohlášení) a „Warranties“ (Záruky) důležitou roli, a to především s ohledem na nároky stran vyplývající z porušení „Representations“ nebo „Warranties“. Porušení „Warranties“ (Záruk) zpravidla neumožňuje oprávněné straně odstoupit od smlouvy, ale dává jí právo požadovat náhradu škody z porušení smluvní povinnosti zajistit určitou kvalitu předmětu záruk. Oproti tomu porušení „Representations“ (Prohlášení), jako prohlášení, na které strana při uzavření smlouvy spoléhala, opravňuje takovou stranu odstoupit od smlouvy.
- [3] Vypořádání transakce zpravidla znamená splnění povinnosti převést akcie nebo podíl, povinnosti zaplatit kupní cenu a určitých dalších povinností podle akviziční smlouvy a učinění určitých dalších právních jednání způsobem předepsaným v akviziční smlouvě.