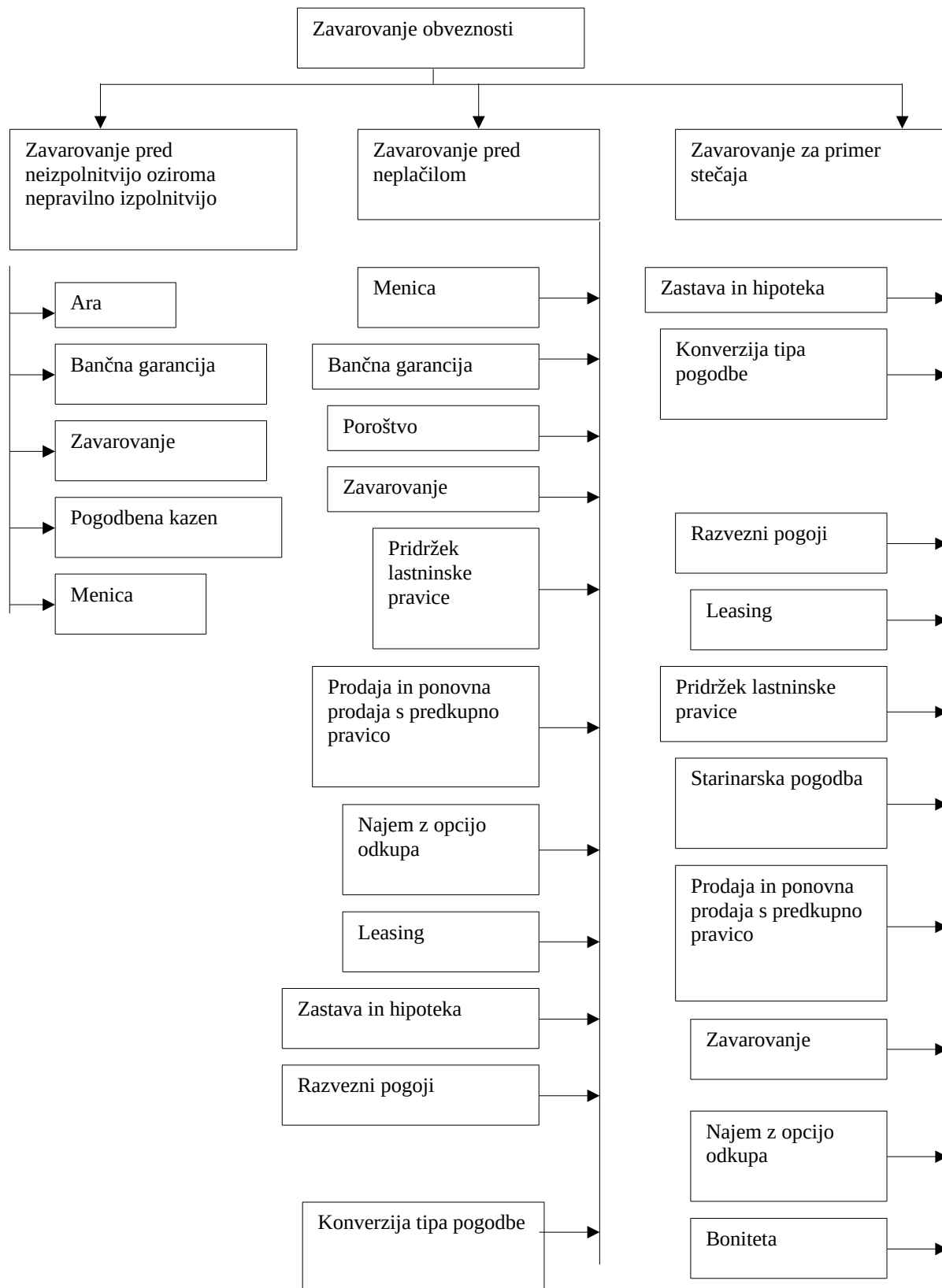


OBLIKE ZAVAROVANJA OBVEZNOSTI

Slika: Pregled oblik zavarovanja obveznosti



Vprašanja zavarovanja pred nepravilno izpolnitvijo, neizpolnitvijo oziroma neplačilom ter rizikom izgube dela terjatve v stečajnem postopku so temeljna vprašanja vsakega pogodbenega razmerja, v katera vstopajo poslovni subjekti in fizične osebe. Posebej pereča so ta vprašanja pri majhnih in srednjih podjetjih, kjer lahko neplačila oziroma le delno poplačilo terjatev v stečajnem postopku tudi njih privedejo do nelikvidnosti in v skrajnem primeru do stečajnega postopka.

V pogodbenih razmerjih nastopajo zlasti naslednja tveganja - riziki:

- riziko nepravilne izpolnitve pogodbe oziroma sploh neizpolnitve pogodbe (gre zlasti za vprašanje nedenarne izpolnitve),
- riziko neplačila,
- riziko stečajnega postopka.

V nadaljevanju predstavljamo nekatere mehanizme, ki jih lahko majhna in srednja podjetja uporabljajo za zaščito svojih interesov v pogodbenih razmerjih.

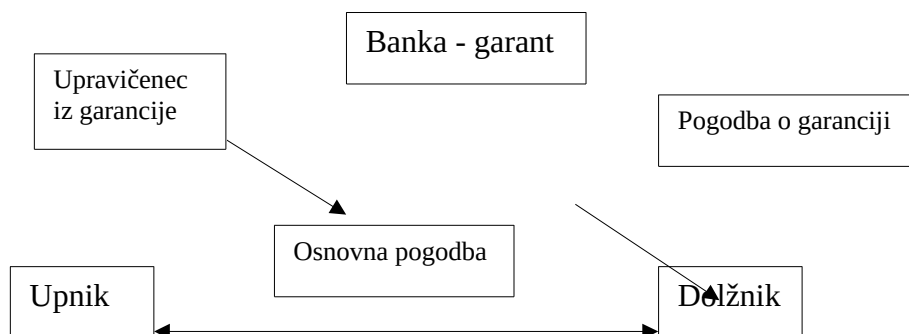
1 ARA

Aro ureja Obligacijski zakonik v določbi 64. člena, ki določa, da se šteje, da je pogodba sklenjena, ko je dana ara, razen če ni dogovorjeno kaj drugega (če je ob sklenitvi pogodbe prva stranka drugi stranki dala nek znesek denarja ali neko količino drugih nadomestnih stvari (ara) v znamenje, da je pogodba sklenjena). Pri izpolnitvi pogodbe se mora ara vrniti ali všteti v izpolnitev obveznosti. Če ni dogovorjeno drugače, stranka, ki je ara dala, ne more odstopiti od pogodbe s tem, da pusti ara drugi stranki; prav tako ne more tega storiti druga stranka s tem, da vrne dvojno ara. Gre za instrument zavarovanja pred neizpolnitvijo zlasti nedenarne obveznosti. Namen are je viseča grožnja nad pogodbenima strankama, da bo pogodbi zvesta stranka odstopila od pogodbe in zadržala ara oziroma zahtevala vrnitev dvojne are. Sodišče lahko na zahtevo stranke zniža nesorazmerno visoko ara. Pogodbi zvesta stranka lahko vedno zahteva izpolnitev pogodbe in povrnitev škode ali pa zadržanje oziroma vrnitev are. To pomeni, da ara učinkuje zgolj v primerih, ko njena subjektivna vrednost presega subjektivno korist, ki jo ima kršitelj zaradi neizpolnitve pogodbe. Višja kot bo običajno dogovorjena ara, manjša bo možnost, da pogodbeni stranka ne bo izpolnila pogodbenih obveznosti. Ara učinkuje tudi tako, da lahko pogodbi zvesta stranka vztraja na izpolnitvi pogodbe, če je subjektivna vrednost are zanjo nižja od subjektivne vrednosti izpolnjene pogodbe. Najmanj učinkovita je ara v primeru, ko je subjektivna vrednost are izenačena s subjektivno vrednostjo (ne)izpolnitve pogodbe, ko je torej pogodbeno (ne)zvesti stranki vseeno, ali zahteva izpolnitev ali pa zadrži ara oziroma zahteva vrnitev dvojne are. Pomanjkljivost predstavlja dejstvo, da ima posest nad tem instrumentom zgolj prejemnik are, dajalec are pa bo v primeru nesoglasja moral na sodišču zahtevati vrnitev dvojne are. Naslednja tabela ponazarja možne alternative:

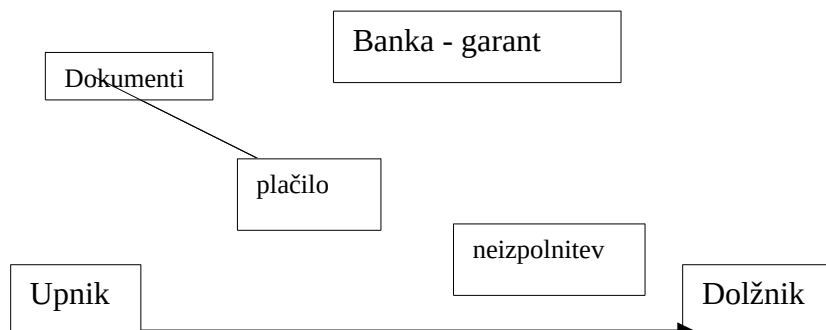
			Odločitev pogodbi zveste stranke
Izpolnitev pogodbe + škoda	>	Ara oz. vrnitev dvojne are	Izpolnitev pogodbe
Izpolnitev pogodbe + škoda	<	Ara oz. vrnitev dvojne are	Ara oz. vrnitev are
Izpolnitev pogodbe + škoda	=	Ara oz. vrnitev dvojne are	Ara oz. vrnitev are

2 BANČNA GARANCIJA

Garancija je pogodba med dolžnikom in garantom (običajno banko), s katero garant prevzame odgovornost za izpolnitev (garancija za izpolnitev) oziroma za pravilno izpolnitev dogovorjenega posla (garancija za pravilno izpolnitev). Upnik v primeru neizpolnitve oziroma nepravilne izpolnitve lahko unovči garancijo in pridobi določeno denarno nadomestilo. Praviloma se garancija vzpostavlja za nedenarne izpolnitve pogodb in v primerih, kjer je za eno izmed strank izpolnitev v skladu s pogodbenimi določili bistvena. Gre za instrument, ki varuje pogodbi zvesto stranko, saj lahko zahtevamo izdajo bančne garancije tako za primer neizpolnitve kot tudi za primer nepravilne izpolnitve, varuje predvsem pogodbeno stranko, v katere korist je bila vzpostavljena. Slabost tega instrumenta je visoka cena in premalo natančno določena dokumentacija, na podlagi katere je banka dolžna izplačati upravičencu dano garancijo. Slabost predstavlja tudi pridobitev ustrezne dokumentacije s strani naročnika bančne garancije, še zlasti, če dolžnik ugovarja svojo nepravilno izpolnitev ali neizpolnitev z neizpolnitvijo oziroma nepravilno izpolnitvijo upravičenca bančne garancije. Zaradi visokih stroškov je ta instrument največkrat neuporaben za majhna podjetja. Z unovčenjem garancije se izgubi zavarovanje pred nadaljnjimi neizpolnitvami oziroma nepravilnimi izpolnitvami. Ta instrument služi tudi kot zavarovanje pred neplačilom ter zavarovanje pred posledicami stečajnega postopka dolžnika. Garant je namreč dolžan izplačati garancijo, če upravičenec predloži ustrezno dokumentacijo. Razmerja prikazuje naslednja shema:



V primeru neizpolnitve oziroma nepravilne izpolnitve so vzpostavljena naslednja razmerja:



3 ZAVAROVANJE

Gre za zavarovanje posla pri zavarovalnici, in sicer za zavarovanje pred poslovnimi riziki. Tudi za to obliko velja podobno kot za bančno garancijo. Razlika med bančno garancijo in zavarovanjem je v tem, da pri bančni garanciji ni potrebno dokazovati razlogov za nepravilno izpolnitev oziroma neizpolnitev – zadošča predložitev dokumentov. Pri zavarovanju je potrebno dokazovati, da je nastopil zavarovalni primer, to je nastop poslovnega rizika. Po določbi 921. člena Obligacijskega zakonika se z zavarovalno pogodbo zavarovalec zavezuje, da bo zavarovalnici plačal zavarovalno premijo ali prispevek, zavarovalnica pa se zavezuje, da bo, če se zgodi dogodek, ki pomeni zavarovalni primer, izplačala zavarovancu ali nekemu tretjemu zavarovalnino ali odškodnino ali storila kaj drugega. Po določbi 922. člena Obligacijskega zakonika mora biti dogodek, za katerega se sklene zavarovanje (zavarovalni primer), bodoč, negotov in neodvisen od izključne volje pogodbenikov. Zavarovalna pogodba je nična, če je tedaj, ko je bila sklenjena, zavarovalni primer že nastal, če je bil že v nastajanju ali je bilo gotovo, da bo nastal, ali če je tedaj že prenehala možnost, da bi nastal. Nemogoče je torej zavarovati posel pred riziki, ki izhajajo iz dejanja dolžnika.

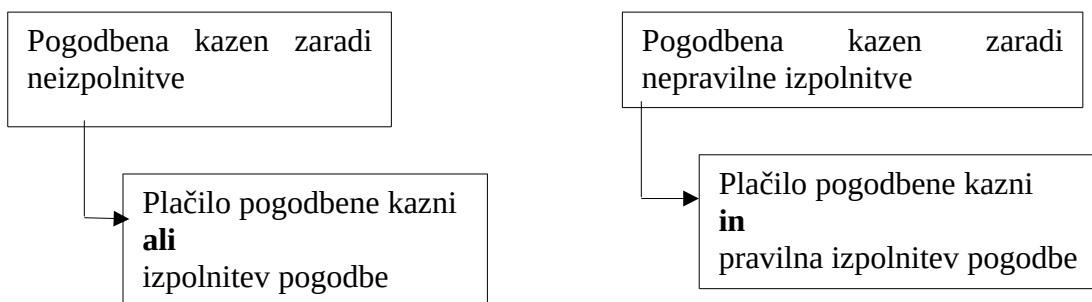
4 POGODBENA KAZEN

Po določbi 247. člena Obligacijskega zakonika se upnik in dolžnik lahko dogovorita, da bo dolžnik plačal upniku določen denarni znesek ali mu preskrbel kakšno drugo premoženjsko korist, če ne izpolni svoje obveznosti ali če zamudi z njeno izpolnitvijo (pogodbena kazen). Če iz pogodbe ne izhaja kaj drugega, se šteje, da je kazen dogovorjena za primer, če dolžnik zamudi z izpolnitvijo. Pogodbena kazen *ne more biti dogovorjena za denarne obveznosti*.

Pogodbeni stranki lahko poljubno določita višino kazni, bodisi v skupnem znesku, v odstotku, za vsak dan zamude ali kako drugače. Kazen mora *biti dogovorjena v obliki*, ki je predpisana za pogodbo, iz katere je nastala obveznost, na katero se izpolnitev nanaša. Sporazum o pogodbeni kazni ima pravno usodo obveznosti, na katero se zavarovanje nanaša. Upnik ne more zahtevati pogodbene kazni, če je do neizpolnitve ali zamude prišlo iz vzroka, za katerega dolžnik ne odgovarja.

Pogodbena kazen je instrument, ki varuje pogodbi zvesto stranko. Pogodbena kazen se lahko dogovori tako za primer neizpolnitve kot za primer nepravilne izpolnitve, pri čemer mora biti kršitev pogodbenih določil eksplicitno navedena v določbah o pogodbeni kazni. Pogodbena kazen se ne more dogovoriti za denarne obveznosti.

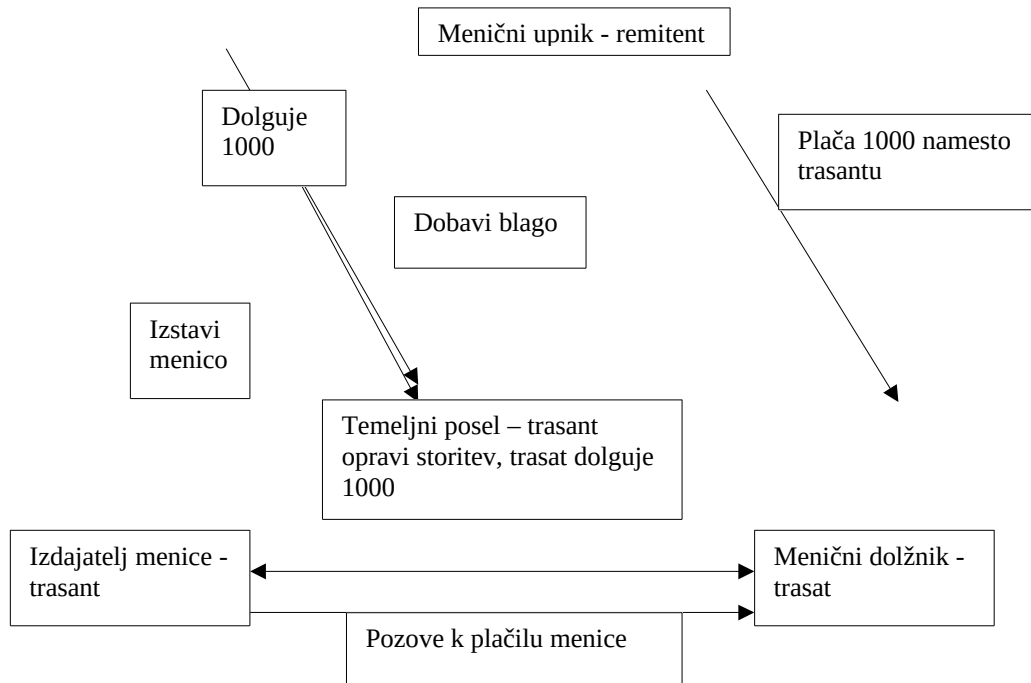
Pravice upnika ponazarja naslednja shema:



Upnik ne more zahtevati pogodbene kazni zaradi zamude, če je sprejel izpolnitev obveznosti, pa ni nemudoma sporočil dolžniku, da si pridržuje pravico do pogodbene kazni.

5 LASTNA MENICA ALI TRATA NA LASTNI UKAZ

Menica je obligacijskopравни vrednosti papir, ki glasi na določen denarni znesek. Pri trasirani menici se izdajatelj menice dogovori, da bo menico upniku plačala tista oseba, ki jo je izdajatelj pozval k plačilu v menici določenega zneska. Osnovno menično razmerje ponazarja naslednja shema:



Poleg trasirane menice, pri kateri so vse tri osebe različne, poznamo še:

- lastno menico – izdajatelj menice in menični dolžnik sta isti osebi (uporablja se zlasti za zavarovanje terjatev v primeru, ko gre za likvidne menice in so možni ugovori iz osnovnega posla za zavarovanje, za katerega je bila menica izdana);
- trato na lastni ukaz – pri tej menici sta izdajatelj menice in remitent isti osebi (uporablja se za zavarovanje terjatev iz osnovnega posla, kjer lahko skupaj z internim nalogom za izplačilo omogoči upniku hitrejšo izplačilo terjatve).

Menica ima predvsem funkcijo zavarovanja pred neizpolnitvijo oziroma nepravilno izpolnitvijo, če trasat nima kakršnega koli ugovora iz temeljnega posla, ki sta ga stranki zavarovali z menico. Menica služi tudi za zavarovanje pred neplačilom trasata, če ima le-ta na računu sredstva. Njeno uporabno funkcijo povečujeta zlasti osebni aval (porošтво) trasata (kot fizične osebe - direktor firme se tako na menici podpiše kot direktor in hkrati kot avalist - fizična oseba) in zavarovanje menične obveznosti z zastavno pravico ali hipoteko. V primeru, da obstaja trg, ki omogoča diskontiranje in forfetiranje menice, ima imetnik menice v rokah likvidno sredstvo, saj jo lahko odsvoji pred njeno zapadlostjo. Pomanjkljivost je, da menica ne izpolni svoje vloge, če trasat nima sredstev za plačilo menice oziroma noče banki dati internega naloga za plačilo izdane menice.

6 POROŠTVO

Služi zlasti kot instrument zavarovanja pred neplačilom oziroma zavarovanja za primer stečajnega postopka nad dolžnikom. Gre za oblični posel (lahko je tudi sestavni del temeljne pogodbe – poroštvena klavzula), s katerim se tretja oseba zaveže, da bo izpolnila obveznost glavnega dolžnika v primeru, da jo le-ta ne bi izpolnil. Porok se lahko zaveže največ za toliko, kolikor dolguje glavni dolžnik in tudi ne pod slabšimi pogoji. Odgovornost poroka je subsidiarna – najprej je potrebno terjati glavnega dolžnika. Pomanjkljivost poročstva je, da vsaka pomanjkljivost temeljne pogodbe učinkuje tudi na veljavnost poroštvenega razmerja. Pomanjkljivost tega instituta je tudi nelikvidnost ali sprožen stečajni postopek nad porokom.

7 PRIDRŽEK LASTNINSKE PRAVICE

Po določbi 520. člena Obligacijskega zakonika si prodajalec določene premične stvari lahko s posebnim pogodbenim določilom pridrži lastninsko pravico tudi potem, ko stvar izroči kupcu, vse dotlej, dokler kupec ne plača vse kupnine. Pridržek pravice učinkuje nasproti kupčevim upnikom le, če je bil podpis kupca na pogodbi, ki vsebuje določilo o pridržku lastninske pravice, notarsko overjen pred kupčevim stečajem ali pred rubežem stvari.

Pridržek lastninske pravice služi tako kot instrument zavarovanja pred neplačilom kot instrument zavarovanja pred stečajnim postopkom. Pomanjkljivost te pogodbe se kaže zlasti pri premičninah, ko lahko dolžnik odsvoji tak predmet dobroverni tretji osebi. Lastniku premičnine tako ostane zgolj odškodninska tožba napram dolžniku. Ta instrument je uporaben zlasti v stečajnih postopkih, ko ima lastnik takšnega predmeta izločitveno pravico.

8 PRODAJA IN NAKUP S PREDKUPNO PRAVICO

Po določbi 507. člena Obligacijskega zakonika se s pogodbenim določilom o predkupni pravici lastnik stvari (prodajalec) zavezuje, da bo predkupnega upravičenca obvestil o nameravani prodaji stvari določeni osebi in o pogojih te prodaje ter mu ponudil, naj jo kupi pod enakimi pogoji. Nasproti predkupni pravici je možno vzpostaviti tudi predkupno obligacijo. V tem primeru kupec kupljeno stvar proda nazaj prodajalcu z zavezo, da bo od njega ponovno odkupil ta predmet na pogodbeno določen dan in po pogodbeno določeni ceni.

Predkupna pravica varuje zlasti upnika v primeru neplačila kot tudi v primeru stečajnega postopka nad dolžnikom. V tem primeru gre za dve pogodbi, v katerih se obe stranki hkrati pojavljata kot prodajalca in kot kupca. Upnik proda stvar dolžniku, le-ta pa isto stvar proda takoj nazaj upniku s klavzulo predkupne pravice. Vse do poplačila kupnine je upnik lastnik in posestnik stvari. Šele po plačilu zadnjega obroka pride do sklenitve nove prodajne pogodbe, pri čemer se dana plačila upoštevajo kot avansi. Pomanjkljivosti sta trojno plačilo davka na dodano vrednost (DDV) in nižja pogodbeno cena, saj gre za avanse, ki se morajo obrestovati.

9 LEASING (LIZING)

Leasing je pogodbeno razmerje med leasingojemalcem (lessee) in leasingodajalcem (lessor), v katerem je določeno, da leasingodajalec v tem poslu odstopa leasingojemalcu pravico uporabe predmeta leasinga za določeno (srednjeročno, dolgoročno) časovno obdobje. V zameno za uporabo predmeta leasinga, mora leasingojemalec periodično plačevati vnaprej določene leasing obroke leasingodajalcu, ki pravno ostane lastnik predmeta zakupa. To razlikuje leasing od kreditnih in posojilnih instrumentov in je tudi podlaga, na kateri temelji široka različnost današnjih leasing poslov. Ločimo tako finančni kot poslovni leasing.

Pri finančnem leasingu dajalec leasinga po naročilu kupca kupi predmet financiranja in mu ga izroči v uporabo. V času trajanja pogodbe ostane pravni lastnik predmeta leasingodajalec, kupec pa je ekonomski lastnik predmeta in njegov uporabnik. Ko kupec odplača vse s pogodbo določene obroke, postane predmet financiranja njegova last.

Operativni leasing je primeren predvsem za investitorje, ki želijo predmet leasinga zgolj uporabljati za določeno obdobje, in jih zato nakup ali lastništvo tega predmeta po poteku obdobja uporabe ne zanima. Predmet leasinga se kot osnovno sredstvo knjiži pri leasingodajalcu, ki zanj obračunava amortizacijo. Jemalec leasinga knjiži mesečne obroke najemnine kot svoje poslovne stroške. V najemnino je vključen tudi DDV. Na višino najemnine ima velik vpliv preostanek vrednosti predmeta leasinga po pogodbenem roku uporabe, najemnina je zato lahko konkurenčna in tudi nižja.

V obeh primerih je leasingodajalec zavarovan pred neplačilom oziroma stečajem leasingojemalca (v slednjem primeru ima izločitveno pravico). Ni pa leasingojemalec zavarovan pred stečajem leasingodajalca. Pomanjkljivost je, da pri pravem leasingu leasingojemalec pridobi pravico rabe generičnega predmeta, kar pomeni, da je riziko naključnega uničenja, motenja posesti itd. na strani leasingodajalca. Na strani leasingodajalca je tudi riziko, da se po zaključenem leasingu leasingojemalec ne bo odločil za odkup predmeta leasinga.

10 NAJEM Z OPCIJO ODKUPA

Je podoben instrument kot leasing s to razliko, da posesti in vsi posestni riziki preidejo na najemnika. Gre namreč za klasično najemno pogodbo, pri kateri ima kupec opcijo, da se v določenem trenutku odloči za nakup in s tem spremeni najemno pogodbo v kupoprodajno. Del najemnine se tako vračuna v že plačano kupnino. Stečaj najemodajalca ne vpliva na veljavnost te pogodbe. V primeru stečaja najemnika ima najemodajalec izločitveno pravico.

11 ZASTAVA IN HIPOTEKA

Zastavna pravica je pravica na tuji stvari oz. pravici, po kateri pripada nosilcu pravica, da se iz zastavljene stvari oz. pravice poplača, če njegova dospelata terjatev ne bo pravočasno poplačana. Namen zastavne pravice je garancija za uspešno realizacijo upnikove dospelate terjatve, ki jo ima proti svojemu dolžniku. Razlika med zastavo in hipoteko je v tem, da so predmet zastavne pravice premoženjske pravice, predmet hipoteke pa samo nepremičnine oziroma premoženjske pravice, ki se vodijo v posebnih registrih (npr. ladje, letala). Zastava in hipoteka sta obliki zavarovanja tako pred neplačilom kot tudi za primer stečaja. V stečajnem postopku dajeta upniku ločitveno pravico. Pomanjkljivost hipoteke je dolgotrajnost postopka vpisa hipoteke (prejema dokončnega izpisa iz zemljiške knjige o vknjižbi hipotekarne pravice) ter v samih stroških. Pomanjkljivost zastavne pravice pa je, da lahko dolžnik (če je zastavljena premoženjska pravica pri njem) zastavljeno premoženje proda. Če pa se zastavna pravica na premoženju vzpostavi z izročitvijo predmeta upniku, ostane dolžnik brez tega predmeta. Slednje je lahko problematično, kadar gre za dolžnikovo proizvodno sredstvo. Pomanjkljivosti zastavne pravice na premoženjih so za upnika še:

- drago skladiščenje zastavljenih predmetov,
- potrebno znanje za upravljanje z zastavljenimi predmeti,
- uporaba zastavljenega predmeta se mora odračunati od dolga,
- na upniku je riziko naključnega uničenja,
- na upniku so stroški zavarovanja.

Vse navedene pomanjkljivosti lahko upnik odpravi z vzpostavitvijo zastavne pravice z uporabo skladišnice.

12 RAZVEZNI POGOJI

Določba 59. člena Obligacijskega zakonika določa, da je pogodba sklenjena pod pogojem, ko sta njen nastanek ali prenehanje odvisna od negotovega dejstva. Če je pogodba sklenjena pod odložnim pogojem in se pogoj izpolni, učinkuje pogodba od trenutka sklenitve, razen če iz zakona, narave posla ali volje strank ne izhaja kaj drugega. Če je pogodba sklenjena pod razveznim pogojem, neha veljati, če se pogoj izpolni. Šteje se, da je pogoj uresničen, če njegovo uresničitev v nasprotju z načelom vestnosti in poštenja prepreči stranka, v katere breme je bil določen, šteje pa se, da ni uresničen, če njegovo uresničitev v nasprotju z načelom vestnosti in poštenja povzroči stranka, v katere korist je bil določen.

Razvezni pogoj v pogodbi je tudi instrument zavarovanja pred neplačilom oziroma lahko tudi za primer stečajnega postopka. Pogodba tako postane neveljavna, ko nastopi v njej določen pogoj (npr. neplačilo do določenega roka ali uvedba stečajnega postopka). Sklepanje pogodb pod odložnim pogojem je tudi sistem kaskadnih pogodb. Gre za sistem, pri katerem enotno pogodbo »razstavimo« na več manjših pogodb, (s specifičnimi izpolnitvami) »višja« pogodba pa ne začne veljati, dokler ni izpolnjena nižja. Ta mehanizem je možno uporabiti v primeru, ko gre za opravljanje del, ki jih je mogoče opraviti v več fazah. Dokler ni zaključena in prevzeta predhodna faza, se ne začne izvajati pogodba za naslednjo fazo.

13 KONVERZIJA TIPA POGODBE

Pri konverziji tipa pogodbe gre za niz pogodbenih določil, ki ob izpolnitvi določenega pogoja (npr. neplačila) spremenijo en tip pogodbe (npr. kupoprodajno pogodbo) v drugi tip pogodbe (npr. leasing ali najemno pogodbo z opcijo odkupa). Sama pogodba mora vsebovati tudi pogodbene določbe za ta drugi tip pogodbe. Gre tako za instrument zavarovanja pred neplačilom kot za instrument zavarovanja za primer stečajnega postopka.

14 BONITETA

Preverjanje bonitete je bolj preprečevanje možnosti poslovanja z nelikvidnim dolžnikom oziroma dolžnikom, nad katerim bi lahko bil uveden stečajni postopek. Gre zgolj za pridobivanje kvalitetnih informacij o našem bodočem poslovnem partnerju in o morebitnih poslovnih rizikih pri poslovanju s takšnim partnerjem. Preverjanje bonitete tako ne pomeni neposrednega zavarovanja pred neplačilom oziroma pridobitvijo ločitvene ali izločitvene pravice v stečajnem postopku, temveč zgolj informacije, na podlagi katerih lahko v pogodbo vgradimo ustrezne varovalne mehanizme pred poslovnimi riziki.