

Univerzita Karlova
Právnická fakulta
Katedra obchodního práva

DIPLOMOVÁ PRÁCE

Aktuální otázky konkurenceschopnosti tuzemské úpravy společnosti s ručením omezeným po přistoupení ČR k EU

Vedoucí diplomové práce: JUDr. Petr Čech, LL. M.

Ondřej Havlíček
Štětкова 1a/1625
140 00 Praha 4

Prohlašuji, že jsem tuto diplomovou práci zpracoval samostatně a že jsem vyznačil prameny, z nichž jsem pro svou práci čerpal způsobem ve vědecké práci obvyklým.

Heřtík

1. ÚVOD	2
2. SPOLEČNOST S RUČENÍM OMEZENÝM	3
3. SVOBODA USAZOVÁNÍ SE V PRÁVU SPOLEČNOSTÍ	7
3.1. Svoboda usazování se	7
3.2. Rozsudky ESD	8
4. SOUTĚŽENÍ PRÁVNÍCH ŘÁDŮ	9
4.1. Teorie soutěže právních řádů	9
4.2. Otázka existence soutěže	11
4.2.1. <i>Soutěž právních řádů obecně</i>	11
4.2.2. <i>Rozsudek Sevic</i>	12
4.2.3. <i>Směrnice o přeshraničních fúzích</i>	13
4.2.4. <i>Návrh směrnice o přemístění sídla</i>	14
4.3. Soutěž právních řádů v USA	15
4.4. Soutěž právních řádů v Evropě	16
4.5. Projevy soutěže v Evropě a v ČR	18
4.6. Modernizace a rekodifikace	21
4.6.1. <i>Německo</i>	21
4.6.2. <i>Velká Británie</i>	23
4.6.3. <i>Česká republika</i>	24
4.6.4. <i>Evropská soukromá společnost</i>	26
5. OTÁZKY KONKURENCESCHOPNOSTI POD VLIVEM SOUTĚŽE	29
5.1. Založení společnosti s ručením omezeným	29
5.1.1. <i>Délka a náklady založení v ČR a v Evropě</i>	29
5.1.2. <i>Zakladatelské dokumenty</i>	30
5.1.3. <i>Podnikatelské oprávnění</i>	32
5.1.4. <i>Splacení vkladů</i>	33
5.1.5. <i>Zápis společnosti do rejstříku</i>	36
5.1.6. <i>Shrnutí procesu založení a srovnání se založením Ltd.</i>	38
5.2. Základní kapitál	40
5.2.1. <i>Základní kapitál s.r.o. ve vybraných zemích EU a v ČR</i>	40
5.2.2. <i>Pojetí základního kapitálu v ČR</i>	44
5.2.3. <i>Reformy základního kapitálu v EU a v ČR</i>	46
6. DALŠÍ AKTUÁLNÍ OTÁZKY KONKURENCESCHOPNOSTI	48
6.1. Ochrana třetích osob v komunitárním a českém právu	49
6.1.1. <i>Instituty jiných právních řádů</i>	49
6.1.2. <i>Ochrana prostředky insolvenčního práva</i>	52
6.1.3. <i>Péče řádného hospodáře</i>	53
6.2. Institut podnikatelského úsudku („Business Judgement“) v ČR a ve světě	54
6.3. Finanční asistence	57
6.4. § 196a	61
6.5. Aktuální otázky z judikatury s.r.o.	64
6.5.1. <i>Rozhodnutí jediného společníka v působnosti valné hromady</i>	65
6.5.2. <i>Vydržení obchodního podílu s.r.o.</i>	66
7. ZÁVĚR	69

1. ÚVOD

Právu společností je v poslední době věnována nebývalá pozornost, a to jak na poli evropském, tak v tuzemské právní realitě. Právo společností totiž zažívá nebývalý rozmach a bouřlivý vývoj prožívá zejména společnost s ručením omezeným (dále jen „s.r.o.“). A to hned z několika důvodů. Prvním z nich jsou rozsudky Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“) týkající se svobody usazování se a samotná svoboda usazování se, zakotvená v komunitárním právu. Tato svoboda je ve spojení s rozsudky ESD základem pro mobilitu společností a pro vznik soutěže právních řádů o co nejatraktivnější právní úpravu. Jak mobilita společností, tak na ní navazující soutěž právních řádů, jsou jedním z hlavních motorů činnosti zákonodárců a mají značný vliv na vývoj právní úpravy s.r.o. Dalším z důvodů je fakt, že právní úprava akciové společnosti byla na komunitární úrovni široce harmonizována, a neposkytuje takový prostor pro činnost národních zákonodárců. Jejich pozornost se tedy logicky obrací k společnosti s ručením omezeným. Posledním důvodem, o kterém se na úvod zmíním, nikoli však tím nejméně důležitým, jsou ekonomické potřeby malých a středních podnikatelů. Tito podnikatelé jsou hlavními uživateli společnosti s ručením omezeným a zároveň tvoří většinu podnikatelské veřejnosti ve Společenství. Pro své podnikání potřebují dostatečně kvalitní, flexibilní a zejména finančně nenáročnou formu společnosti. V souvislosti s harmonizací akciových společností došlo v řadě členských států EU (včetně České republiky) k rozšíření harmonizace i na společnost s ručením omezeným. Její úprava je pak často zbytečně složitá, příliš ochranná a zatěžující. To pociťují zejména malí a střední podnikatelé, kteří nedisponují tak velkými finančními prostředky jako velké společnosti, a výdaje spojené s fungováním společnosti jsou pro ně mnohem citelnější. Proto se státy snaží o co nejkvalitnější a nejméně zatěžující právní úpravu s.r.o., jelikož to je základem rozvoje malého a středního podnikání, a tudíž ekonomiky jako takové.

Společnost s ručením omezeným je v mnoha státech podrobena procesu reforem či modernizací. Vedle nutnosti těchto reforem se často také hovoří o potřebách konkurenceschopnosti právní úpravy s.r.o. Neboli že právní úprava s.r.o. musí být nejen kvalitní, ale také konkurenceschopná ve srovnání s ostatními společnostmi obdobných forem. A právě na téma konkurenceschopnosti se zaměřuje tato diplomová práce. Konkrétně na konkurenceschopnost české úpravy společnosti s ručením omezeným, a na její aktuální otázky a problémy. Vedle analýzy samotné právní úpravy s.r.o. je potřeba zasadit problematiku konkurenceschopnosti do kontextu soutěže právních řádů. A porozhlédnout se i po okolních právních rádech, jak je v nich s.r.o. upravena. Bez tohoto nezbytného kontextu by totiž nebylo vůbec možné otázku konkurenceschopnosti zodpovědně posoudit.

Proto se na začátku této práce zaměřím na onen kontext, ve kterém se vyvinula soutěž právních řádů, na samotnou soutěž a její průběh. Dále i na to jak se této soutěže zúčastňuje česká právní úprava a jak je tímto kontextem ovlivňována, zejména ve srovnání s vývojem v jiných členských státech EU.

V hlavní části práce se pak zaměřím na analýzu těch otázek konkurenceschopnosti, které jsou dle mého názoru nejvíce aktuální a ohledně nichž zmiňovaná soutěž právních řádů probíhá. Jedná se zejména o otázky spojené se založením společnosti s ručením omezeným.

Ale reformy právních úprav s.r.o. neprobíhají jen v těch otázkách, ve kterých se projevuje soutěž právních řádů, a proto se zaměříme i na jiné problematiky. Jejich modernizace sice nemá kořeny v soutěži právních řádů, ale to nesignaluje, že se netýká důležitých institutů nebo je dokonce bezvýznamná. Ba právě naopak. Modernizace institutů, které jsou spojeny více s fungováním než založením společnosti, je ovlivněna více potřebami podnikatelů a ekonomiky, a často je tak ještě významnější. Tyto instituty se navíc často netýkají pouze společnosti s ručením omezeným, ale i akciové společnosti. Vzhledem k rozdílné povaze obou forem společností je však jejich dopad na společnost s ručením omezeným pro podnikatele tíživější.

Tato práce je zaměřena zejména na aktuální otázky konkurenceschopnosti tuzemské úpravy s.r.o. Samotnou konkurenceschopnost by nebylo možné posoudit, bez alespoň minimálního srovnání s úpravami jiných členských států. Proto se v této práci zaměříme i na některé aspekty právních úprav vybraných členských států. Zejména v kontextu reforem a modernizací v těchto státech, včetně konkrétních důvodů, kterými jsou ovlivněny.

Na úplný úvod práce, ještě než zasadíme konkurenceschopnost s.r.o. do kontextu soutěže právních řádů, se stručně zaměřím na s.r.o., jako na právní formu společnosti. Zejména pak na její historii a vývoj, na základní rysy právní úpravy a na její současný stav. I to je totiž důležité pro ucelený pohled na s.r.o. a na aktuální otázky konkurenceschopnosti a zejména na její aktuální problémy a nedostatky.

2. SPOLEČNOST S RUČENÍM OMEZENÝM

Společnost s ručením omezeným je jednou ze základních forem společností a to nejen v České republice. Společnost s ručením omezeným je velmi oblíbenou formou společnosti, především pro malé a střední podnikatele (dále jen „SME“)¹ a v řadě států, včetně České republiky, je také formou nejrozšířenější. Důvody lze spatřovat především ve výhodách, které poskytuje podnikatelům při realizaci jejich podnikatelských záměrů. Tato forma společnosti v sobě totiž

¹ Small and Medium Enterprises.

spojuje možnost osobní účasti na podnikatelské činnosti a zároveň poskytuje omezení podnikatelských rizik spočívající v omezeném ručení společníků za závazky společnosti. Díky těmto vlastnostem představuje významný institut v tuzemské i světové ekonomické realitě.

Společnost s ručením omezeným je historicky novodobou formou společnosti. Oproti akciové společnosti nevznikla postupným vývojem na přelomu středověku a novověku, ani nemá kořeny v římském právu, nýbrž byla vytvořena ve své podstatě uměle v druhé polovině 19. století. A to konkrétně v Německu. Německá právní i obchodní veřejnost volala po nové formě společnosti, která by nabízela jednodušší strukturu než akciová společnost a zároveň omezené ručení společníků. Osobní společnosti bylo sice poměrně snadné založit, ale osobní ručení společníků potencionální zakladatele od jejich zakládání často odradilo, jelikož představovalo příliš velké riziko. Akciová společnost sice nevyžadovala ručení akcionářů, ale byla kapitálově náročnější, na její založení byl potřeba určitý minimální počet zakladatelů, v řadě zemí bylo potřeba státního povolení neboli koncese. V neposlední řadě byl proces jejího zakládání, zahrnující vydávání akcií, nákladný a časově náročný. Nová společnost s ručením omezeným oproti stávajícím společnostem představuje flexibilní společnost, kterou je relativně snadné založit a jejímž základním znakem je omezené ručení společníků, kdy ručení společníků je ohraničeno velikostí jejich vkladů. Osobní ručení společníků tak bylo nahrazeno jejich vkladovou povinností, přičemž její nesplnění může mít za následek jejich vyloučení ze společnosti v takzvaném „kadučním řízení“. Vkladová povinnost je klasickým znakem kapitálové společnosti, s.r.o. nicméně není klasickou kapitálovou společností. Zachovává si určité znaky osobní společnosti a stojí tak na pomezí mezi kapitálovými a osobními společnostmi. Nejvýraznějšími rysy s.r.o. jako osobní společnosti jsou menší formálnost a větší flexibilita, časté zapojení společníků do vedení společnosti, větší rozsah smluvní autonomie společníků a menší kapitálová náročnost.

První úpravu společnosti s ručením omezeným přinesl německý zákon z 29. dubna 1892, který do právního řádu zakotvil Gesellschaft mit beschränkter Haftung, neboli německou společnost s ručením omezeným známou pod zkratkou GmbH. Tento zákon platí s několika novelami v Německu v podstatě dodnes. GmbH se navíc stala velmi rozšířenou a oblíbenou formou společnosti a začala se šířit i do jiných zemí, ve kterých se stala vzorem pro podobné formy společností.

Jako první se nechalo inspirovat Portugalsko v roce 1901. Z dalších zemí bych uvedl například Francii, kde byla tato forma společnosti zakotvena v roce 1925, dále například Belgie, ve které byla zavedena zákonem z roku 1933. Relativně později se společnost s ručením omezeným objevila například v Nizozemí, a to až v roce 1971. Došlo i k rychlému rozšíření společnosti mimo

kontinent, a to hlavně do Velké Británie, která sice pojem společnosti s ručením omezeným nezná, ale anglická Private Limited Company (dále jen „Ltd.“) plní v podstatě obdobnou funkci.²

Na našem území se se společnostmi s ručením omezeným poprvé setkáváme na počátku 20. století, kdy byl v roce 1906, na základě inspirace německé úpravy, přijat zákon č. 58/1906 ř. z., o společnostech s ručením omezeným. Tento zákon platil pouze v neuherských zemích. Společnost s ručením omezeným byla upravena v § 127 a samotná úprava byla pojata velice široce. Vedle soukromoprávní úpravy s.r.o. totiž tento zákon upravoval i další otázky s touto společností související, jako například podnikání zahraničních s.r.o., některé daňové otázky a dokonce i otázky trestněprávní povahy.

Po vzniku samostatné Československé republiky byla dosavadní právní úprava převzata do právního řádu nového státu. Od roku 1920 se pak s.r.o. řídila zákonem 271/1920 Sb. z. a n., který představoval i jedinou přímou novelu této úpravy. Společnost s ručením omezeným zůstala oblíbenou formou společnosti k podnikání a přežila i okupaci Německem, nicméně po osvobození v roce 1945 se její pozice značně oslabil. Politická situace byla jasně proti soukromému podnikání, jehož byla s.r.o. častým prostředkem. Situace vyvrcholila k 1. 1. 1951, kdy nabyt účinnosti nový občanský zákoník č. 141/1950 Sb., který tuto formy společnosti bez náhrady zrušil. Dosavadní s.r.o. byly *ex lege* zrušeny. Společnost s ručením omezeným tak na 40 let zcela zmizela z české právní úpravy.

Společnost s ručením omezeným se do českého právního řádu vrátila až v roce 1990, kdy byla novelou hospodářského zákoníku zákonem č. 103/1990 Sb. o s.r.o., zakotvena provizorní úprava umožňující založit nové společnosti v této formě. Plnohodnotnou úpravu nalezneme až v zákonu č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník (dále jen „ObchZ“), která nabyt účinnosti k 1. 1. 1992. Tato úprava platí s novelami dodnes (většinou se jednalo o novely, jejichž cílem bylo uvést české právo do souladu s právem komunitárním).

Společnost s ručením omezeným je v obchodním zákoníku upravena v části druhé Hlavě I Dílu III. Vedle toho se na ní vztahují obecná ustanovení o obchodních společnostech a celá řada dalších ustanovení obchodního zákoníku. Úprava je do jisté míry komplikovaná a trpí značnou dávkou formalismu.³ Problematické je i časté používání odkazů na jiné části obchodního zákoníku, především na právní úpravu akciové společnosti, což úpravu s.r.o. zbytečně komplikuje a činí jí (obzvláště pro neprávnický) nejasnou. Tento problém je nejvíce patrný v otázkách přeměn společnosti

² Dvořák T., Společnost s ručením omezeným – Komplexní pohled na s.r.o., II. vydání, ASPI Publishing Praha 2005, str. 5, dále jen „Dvořák, Spol. s.r.o.“.

³ Dvořák, Spol. s.r.o., str. 6.

(jejichž úprava však bude nově ucelena v zákonu o přeměnách) a dále například v otázkách finanční asistence a s ní souvisejícího §196a. Další problém současné úpravy souvisí s implementací komunitárního práva. Pomineme-li poměrně časté nepřesnosti, kterých se zákonodárce při implementaci dopouští, je v českém právu společností častá implementace nad rámec komunitárním úpravy. Na společnost s ručením omezeným se díky tomu vztahuje řada právních norem, jejichž aplikaci evropské právo vyžaduje jen ve vztahu k akciové společnosti. Tím dochází k nadměrnému zatěžování právní úpravy s.r.o. a ta je v tomto kontextu méně konkurenceschopná oproti právním řádům, které možnosti implementovat komunitárním právo nad stanovený rámec nevyužijí. I přes řadu nedostatků je česká společnost s ručením omezeným oblíbenou a hojně využívanou formou společnosti, což však neznamená, že je její konkurenceschopnost dostatečná a že by se zákonodárce neměl zabývat její reformou. A to i vzhledem k níže nastíněnému kontextu evropských reforem.

Právní úprava společnosti s ručením omezeným je relativně mladá a během její existence nedošlo až donedávna k výrazným změnám této formy společnosti, což platí jak pro tuzemskou úpravu s.r.o. tak i pro úpravy ostatních evropských států. V současné době však v evropských zemích dochází k mohutným modernizacím společnosti s ručením omezeným. Tato modernizace je částečně dána potřebami praxe a požadavky podnikatelů na zjednodušení této formy společnosti. Společnost s ručením omezeným se totiž v mnoha evropských státech vyvíjela v souladu s komunitárním právem a harmonizací práva společností, která však byla ve většině případů určena pro akciové společnosti a nikoli pro s.r.o. Přesahující implementace komunitárního práva pak přináší pro s.r.o. řadu povinností, které se pro SME, jeví jako příliš zatěžující. Evropské státy se tak v současné době snaží o zjednodušení úprav s.r.o. a o upuštění od zbytečných administrativních břemen, která na podnikatele dopadají.

Druhým důvodem této modernizace je vývoj judikatury Evropského soudního dvora v oblasti svobody usazování se společností. Díky rozsudkům ESD došlo k odstranění bariér zabraňujících volnému pohybu společností v rámci Společenství, čímž se otevřel prostor pro vznik a vývoj soutěže právních úprav společností. Jak bude popsáno níže, soutěž se týká především společností s ručením omezeným, jelikož akciové společnosti jsou na evropské úrovni více dotčeny komunitární harmonizací. Důležitým jevem, který s sebou tato soutěž přinesla, je hledisko konkurenceschopnosti právní úpravy společnosti, neboli schopnost jednotlivých právních úprav obstát ve srovnání s ostatními právními úpravami obdobných forem společností. Dříve než se podíváme, jak si v této soutěži vede úprava českého s.r.o., považují za nezbytné se alespoň stručně zmínit o svobodě usazování se a o rozsudcích ESD, a trochu hlouběji se zaměřit na samotnou soutěž právních řádů a otázky spojené s jejím vývojem a existencí.

3. SVOBODA USAZOVÁNÍ SE V PRÁVU SPOLEČNOSTÍ

3.1. Svoboda usazování se

Svoboda usazování se společností (right of establishment) je jednou ze základních svobod, které vytváří vnitřní trh Společenství a je i základním východiskem pro téma této diplomové práce. Bez existence této svobody by totiž nemohla existovat ani přímá konkurence mezi jednotlivými právními řády ohledně úpravy společností. Svoboda usazování se totiž umožňuje společností přeshraniční mobilitu a bez ní by nebylo možné, aby se jednotlivé úpravy střetávaly v pozici přímých konkurentů. Mohli bychom sice porovnat jednotlivé právní úpravy, zjistit která je v čem výhodnější, flexibilnější nebo naopak rigidnější, ale nemohli bychom tak učinit s ohledem na podnikatelskou praxi a především bychom při takovém porovnávání nemohli využít důležité měřítko trhu jako takového. Svoboda usazování se je však v evropském právu zakotvena a v posledních letech navíc prochází poměrně bouřlivým vývojem, především díky rozsudkům ESD. Tím je dán základ pro možnost konkurenčních střetů mezi jednotlivými právními úpravami.

Základem svobody usazování se jsou články 43⁴ a 48 SES⁵. Svoboda usazování se se skládá jednak z primární svobody usazování se a dále pak ze sekundární svobody usazování se. Primární svoboda usazování se je vyjádřena v první větě prvního pododstavce článku 43 SES, který stanoví, že jsou zakázána omezení svobody usazování se pro státní příslušníky jednoho členského státu na území státu druhého.⁶ Tento pododstavec umožňuje podnikateli přemístit své podnikání do jiného členského státu a naopak členskými státy zakazuje toto právo omezovat. Druhá věta prvního pododstavce článku 43 pak v sobě zahrnuje sekundární svobodu usazování se, když stanoví, že

⁴ Čl. 43 SES: V rámci níže uvedených ustanovení se zakazují omezení svobody usazování se pro příslušníky jednoho členského státu na území druhého státu. Stejný zákaz platí pro omezení při zřizování zastoupení, organizačních složek podniku nebo dceřiných společností příslušníků jednoho členského státu na území kteréhokoliv jiného členského státu. Svoboda usazování se zahrnuje právo zahájit a vykonávat samostatnou výdělečnou činnost, jakož i zřizovat podniky, zejména společnosti ve smyslu druhého pododstavce čl. 48 a to za podmínek stanovených pro vlastní příslušníky podle práva státu, ve kterém má k takové činnosti docházet, nestanoví-li jinak ustanovení této kapitoly o volném pohybu kapitálu.

⁵ Čl. 48 SES: Se společnostmi založenými v souladu s právem členského státu, které mají zapsané sídlo, hlavní správu nebo hlavní místo podnikání uvnitř Společenství, se pro účely této kapitoly zachází stejně jako s fyzickými osobami, které jsou příslušníky členských států.

Společnostmi se rozumějí společnosti založené podle občanského nebo obchodního práva včetně družstev, jakož i jiné právnické osoby veřejného nebo soukromého práva s výjimkou nevýdělečných.

⁶ Čl. 43 SES, <http://eur-lex.europa.eu>.

stejně tak jsou zakázána omezení při zřizování zastoupení, poboček nebo dceřiných společností státními příslušníky jednoho členského státu na území druhého státu.⁷

Dle rozsudku ESD ve věci *Daily Mail*⁸ se primární svoboda usazování se vztahuje výlučně na fyzické osoby, a nikoli na společnosti. V následujících rozsudcích sice ESD odstranil faktické rozdíly mezi aplikací svobody usazování se na fyzické osoby a na společnosti, nelze však říci, že by společností byla obecně garantována primární svoboda usazování se.⁹ Primární svobodu usazování se dnes s jistotou mají jen evropské supranárodní formy společností, neboli Evropská společnost (European Company, Societas –Europaea - dále jen „SE“), Evropské zájmové hospodářské sdružení (European Economic Interest Grouping, Groupement européen d'intérêt économique - dále jen „GEIE“) a Evropská družstevní společnost (European Co-operative Society, Société Européenne Coopérative – dále jen „SEC“).¹⁰

3.2. Rozsudky ESD

Svoboda usazování se nabyla na významu především po řadě rozsudků ESD, které se zabývaly otázkou interpretace této svobody ve vztahu ke společností. Rozsudky se sice týkaly souladu národních norem mezinárodního práva společností s komunitárním právem, jejich dopad na hmotněprávní normy národního i komunitárního práva společností, i když pouze zprostředkovaný, má však zcela zásadní význam. Právě kolizní normy z práva společností některých členských států se totiž ukázaly být překážkou faktickému pohybu společností uvnitř Společenství.¹¹ ESD byl pak v několika případech vyzván, aby posoudil soulad těchto kolizních norem s komunitárním právem.

ESD tak učinil, a postupně dal zvítězit inkorporační teorii nad teorií sídla,¹² čímž odstranil bariéry mobility společností. Kromě již zmiňovaného případu *Daily Mail*, byl významným rozsudkem rozsudek ve věci *Centros*,¹³ ve kterém ESD judikoval, že taková právní úprava, která umožňuje odmítnout zapsat do obchodního rejstříku jednoho členského státu pobočku společnosti, která byla založena podle právního řádu jiného členského státu, má v něm zapsané sídlo, ale

⁷ Čl. 43 SES, první pododstavec, <http://eur-lex.europa.eu>.

⁸ C-81/87, the Queen v. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte *Daily Mail and General Trust plc.*, <http://eur-lex.europa.eu>.

⁹ Dědič J., Čech P., *Obchodní právo po vstupu ČR do EU*, BOVA Polygon Praha 2004, str. 32, dále jen „Dědič/Čech, Obchodní právo“.

¹⁰ SE – Nařízení 2157/2001/ES, GEIE – Nařízení 2137/85/ES, SEC – Nařízení 1435/2003/ES, <http://eur-lex.europa.eu>

¹¹ Dědič J., Čech P.: *Evropské právo společností včetně úplného znění předpisů komunitárního práva*, BOVA Polygon Praha 2004, str. 31, dále jen „Dědič/Čech, Evropské právo společností“.

¹² Teorie určování osobního statutu společností, podle kterých je osobní statut společnosti určen buď podle skutečného sídla společnosti (teorie sídla) nebo podle jejího zapsaného sídla (inkorporační teorie).

¹³ C-212/97, *Centros Ltd v. Erhvervs og Selskabsstyrelsen*, dále jen „Centros“, <http://eur-lex.europa.eu>.

nevykonává v něm žádnou činnost, a to i tehdy jestliže veškerou činnost vykonává prostřednictvím této pobočky a dokonce i v případě, že je společnost založena výslovně s cílem obejít přísnější ustanovení státu, ve kterém pak bude fakticky provozovat svou činnost, je neslučitelná s komunitárním právem.¹⁴ Dalším stěžejním rozsudkem byl rozsudek ve věci Überseering¹⁵ ve kterém soud rozhodl, že členské státy jsou povinny respektovat způsobilost k právům a povinnostem a způsobilost být účastníkem řízení, kterou společnosti přiznává právní řád státu jejího vzniku. Posledním rozhodujícím rozsudkem byl pak rozsudek ve věci Inspire Art¹⁶, ve kterém ESD judikoval, že je neslučitelné se svobodou usazování se podle čl. 43 a 48 SES, aby právní úprava členského státu ukládala společnosti zřízené podle práva jiného členského státu hodlající založit v daném členském státě pobočku, povinnosti spočívající ve splnění požadavků, které hostitelský stát stanoví pro zakládání společností na svém území ve vztahu k minimální výši kapitálu a odpovědnosti jednatelů.¹⁷ A to ani v případě, že důvodem pro založení takové společnosti podle práva jiného členského státu bylo právě obejít přísnějších požadavků práva hostitelského státu a ve státě svého založení nevyvíjí žádnou činnost.¹⁸

Prostřednictvím těchto rozsudků bylo společně umožněno využít svobodu usazování se a usadit se v jiném členském státě nebo během své existence přesunout své skutečné sídlo do jiného členského státu, který musí uznat právní subjektivitu dané společnosti. Tím ESD vytvořil základ pro mobilitu společností a umožnil, aby se ve Společenství vyvinula soutěž právních řádů (regulatory competition, statute shopping) a s ní spojené tzv. „forum shopping“, neboli nakupování po právních rádech, umožňující nespokojenému zakladateli společnosti vybrat si pro společnost jinou jurisdikci, která se lépe hodí pro jeho potřeby.

4. SOUTĚŽENÍ PRÁVNÍCH ŘÁDŮ

4.1. Teorie soutěže právních řádů

ESD svými rozhodnutími odstranil některé bariéry mobility společností a vytvořil tak podmínky pro vznik soutěže právních řádů. Soutěže, která stimuluje zákonodárce k reformám

¹⁴ Centros, výroková část.

¹⁵ C-208/00, Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH, <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁶ C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd., dále jen „Inspire Art“, <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁷ Inspire Art, bod 143.

¹⁸ Inspire Art, bod 96.

a modernizacím práva společností, ve snaze zajistit své právní úpravě dostatečnou konkurenceschopnost.

Soutěž právních řádů však není všeobecně vnímána jako kladný jev. Někteří se domnívají, že vede k degradaci právní úpravy a její přílišné flexibilitě až laxnosti na úkor právní jistoty („race to the bottom“). Na evropské úrovni pak tito právní teoretici prosazovali prohloubení unifikace, čímž by zbyl členským státům menší prostor pro vzájemné soutěžení a degradaci právních úprav. Úplná harmonizace je však nereálná, především díky nemožnosti nalézt politický konsenzus. Z toho také v podstatě vychází Evropská komise, když v preambulích směrnic o obchodních společnostech stanoví, že jejich cílem není unifikace práva obchodních společností, ale pouze sblížení právních úprav členských států v otázkách, které mají význam přesahující hranice jednoho členského státu.¹⁹

Opačné názory namítají, že soutěž nevede k vytvoření nejlxnějších úprav, ale naopak nejkvalitnějších („race to the top“). Podporou mobility a usnadněním soutěže se fakticky docílí většího sblížení právních řádů. Pomocí soutěže právních řádů dojde ke střetu jednotlivých úprav společností, což umožní jejich vykrytalizování v dostatečně konkurenceschopné úpravě, které nejvíce vyhovují subjektům na trhu. Nepůjde však o nejlxnější úpravu, nýbrž o nejkvalitnější úpravu. Příliš benevolentní právní úprava sice může poskytovat velké výhody při založení společnosti i při jejím fungování, ale jakmile právní úprava společnosti neposkytuje ochranu třetím osobám, zejména věřitelům, výhody a ušetřené náklady se stírají faktickými podnikatelskými nevýhodami. Společnost, která není důvěryhodná, má těžší pozici na trhu, hůře získává kapitál od investorů a negativně se k ní mohou stavět i potencionální obchodní partneři. Podle současného vývoje se zdá, že ve Společenství vítězí spíše liberálnější, prosoutěžní přístup. Ten je preferován ESD prostřednictvím odmítnutí teorie sídla. Evropská komise se oproti tomu snaží jít cestou kompromisu, když svojí legislativní aktivitou podporuje mobilitu společností na území Společenství a snaží se odstraňovat bariéry volnému pohybu (viz směrnice o přeshraničních fúzích nebo návrh směrnice o přemístění sídla). Na druhou stranu však existují otázky, ve kterých je harmonizace zachována či dokonce posilována. Jde především o otázky týkající se ochrany věřitelů, společníků/akcionářů a zaměstnanců (harmonizace na tomto poli se dotýká spíše akciových společností a jejím cílem je zabránit snížení standardu ochrany).

¹⁹ Pelikánová I., Černá S. a kol., Obchodní právo, II. díl Společnosti obchodního práva a družstva, ASPI, a.s. Praha 2006, str. 169, dále jen „Pelikánová/Černá, Obchodní právo“.

4.2. Otázka existence soutěže

4.2.1. Soutěž právních řádů obecně

ESD svými rozsudky otevřel prostor pro soutěž právních řádů, otázkou však zůstává, v jaké fázi vývoje se soutěž nachází nyní. Jsou pro soutěž splněny všechny předpoklady a odstraněny všechny bariéry? Probíhá již soutěž? A jestli ano, tak jakým způsobem?

Fenomén soutěže právních řádů má několik nezbytných předpokladů. Jedním z nich je vztah nabídky a poptávky spočívající v tom, že na straně nabídky musí být určitý motiv či stimul pro zákonodárce vytvořit nebo přizpůsobit právní úpravu společností potřebám těch, kteří se rozhodují o místě, kde společnost založí (nebo kam společnost přemístí), neboli těm, kteří si volí konkrétní právní řád. Na straně poptávky pak musí být skutečná, nikoli jen teoretická možnost vybrat si právo, které se bude na společnost aplikovat, a to pomocí volby státu založení (inkorporace) nebo státu kam se společnost přemístí (reinkorporace).²⁰ Je-li možnost skutečná nebo jen teoretická, pak často záleží na obtížnosti jejího provedení a jejích nákladech ve srovnání s výhodami, které přináší.²¹ Rozhodnutí o konkrétním místě založení společnosti nebo její reinkorporace není ovlivněno jen samotnou úpravou práva společností, ale častěji jinými aspekty, jako jsou například daně, levná nebo kvalifikovaná pracovní síla, dopravní obslužnost apod. Existuje-li možnost zvolit si rozhodné právo pro společnost pouze ve spojení s volbou jejího skutečného sídla, pak existuje možnost volby rozhodného práva pouze v teoretické rovině. V případě, že si společnosti mohou zvolit rozhodné právo, které bude nezávislé na skutečném sídle společnosti, stane se volba inkorporace nebo reinkorporace společnosti fakticky reálná a dojde k naplnění předpokladu na straně poptávky pro soutěžení právních řádů.²²

Z výše uvedeného vyplývá, že v rámci soutěže právních řádů od sebe můžeme oddělit svobodu založení společnosti v kterémkoli členském státě, neboli její inkorporaci, a reinkorporaci společnosti, neboli změnu jejího zapsaného sídla bez změny skutečného sídla. Právě na základě tohoto rozdělení argumentují právní teoretici pro a proti existenci soutěže právních řádů v rámci společenství. Zatímco svoboda usazování společností ve vztahu k jejich zakládání se na území Společenství projevuje, přičemž je umožněna především rozsudky ESD, reinkorporace společnosti je obtížná. Pomineme-li evropské supranárodní formy společností (především SE), je v podstatě možná

²⁰ Reinkorporací je zde myšleno přemístění zapsaného sídla společnosti, zatímco její skutečné sídlo se nezmění. Tento proces nelze uskutečnit na základě inkorporační teorie nebo teorie sídla, neboť žádná z nich to neumožňuje. S současné době jsou dva Evropské státy, které toto umožňují, konkrétně Švýcarsko a Lichtenštejnsko.

²¹ Kieninger E. M., The Legal Framework of Regulatory Competition Based on Company Mobility: EU and US Compared, German Law Journal, Vol. 6, No. 4, 2004, str. 741, dále jen „Kieninger, Regulatory Competition“.

²² Kieninger, Regulatory Competition, str. 741–2.

jen na základě přeshraničních fúzí, a to buď na základě rozhodnutí ve věci *Sevic*²³ nebo podle směrnice o přeshraničních fúzích,²⁴ která však dosud nebyla řadou států provedena (přestože lhůta pro implementaci uplynula 15. prosince 2007).

Na základě toho argumentují někteří právní teoretici, že díky nedostatku možnosti reinkorporace společnosti, nelze hovořit o existenci soutěžení právních řádů.²⁵ Zastánci těchto názorů argumentují například tím, že dle stávající judikatury ESD²⁶ může domácí stát zabránit společnosti, aby byla uznána za společnost v jiném členském státu. V případě, že se společnost rozhodne přesunout své sídlo do zahraničí, může členský stát s jejím přesunutím spojit její zrušení a tím pádem nemůže být uznána za společnost v jiném členském státě. Přičemž není jasné, zda judikatura *Daily Mail* již byla překonána či nikoli²⁷.

Jiní právní teoretici argumentují tím, že je-li reinkorporace možná, je často tak nákladná, že se společností nevyplatí a činí společnosti v tomto směru imobilními.²⁸ Existující možnosti reinkorporace však nejsou zanedbatelné, a proto se o nich stručně zmíním. Konkrétně o těch, které mohou být využity i společnostmi s ručením omezeným. Zejména proto, že jde o nové nebo teprve navrhované instituty a že si od nich řada právních teoretiků slibuje prohloubení soutěže právních řádů. Jedná se o již zmíněné přeshraniční fúze (na základě rozsudku *Sevic* nebo směrnice o přeshraničních fúzích) a o návrh směrnice o přemístění sídla společnosti.

4.2.2. Rozsudek *Sevic*

Rozsudek ESD ve věci *Sevic*²⁹, který se týká přeshraničních fúzí, je dalším mezním rozhodnutím ESD ve vztahu ke svobodě usazování společností. Podle ESD totiž přeshraniční fúze, podobně jako jiné přeměny společnosti, představují zvláštní způsoby výkonu svobody usazování, které jsou důležité pro řádné fungování vnitřního trhu, a patří tedy k hospodářským činnostem,

²³ C-411/03, *Sevic Systems AG*, <http://eur-lex.europa.eu>.

²⁴ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/56/ES ze dne 26. října 2005 o přeshraničních fúzích kapitálových společností, <http://eur-lex.europa.eu>.

²⁵ Například Kieninger, *Regulatory Competition*, str. 763.

²⁶ *Daily Mail*, <http://eur-lex.europa.eu>.

²⁷ Polemika o tom zda je tento rozsudek překonán či nikoli se objevila zejména v souvislosti s rozsudkem ve věci *Sevic*.

²⁸ McCahery J. A., Vermeulen E.P.M., *The Changing Landscape of EU Company Law*, str. 4.

²⁹ Fakta tohoto případu jsou následující: V roce 2002 byla uzavřena smlouva o fúzi mezi společností *SEVIC Systems AG* (dále jen „*Sevic AG*“) se sídlem v Německu a společností *Security Vision Concept SA* se sídlem v Lucembursku. Dle smlouvy mělo dojít ke zrušení druhé z jmenovaných společností bez likvidace a k převodu celého jejího jmění na *Sevic AG*. Německý *Amtsgericht Neuwied* (obvodní soud) odmítl tuto fúzi zapsat do vnitrostátního obchodního rejstříku, a to na základě rozporu s článkem 1 německého zákona o přeměnách společností (*Umwandlungsgesetz*, dále jen „*UmwG*“). *UmwG* totiž upravuje pouze fúze (ale i další přeměny společnosti) mezi právními subjekty se sídlem v Německu, neboli interní fúze, nikoli však fúze přeshraniční pro které německé právo nestanoví žádná pravidla.

u nichž jsou členské státy povinny respektovat svobodu usazování se upravenou v článku 43 SES.³⁰ Rozhodnutí ESD je formulováno velmi obecně a vztahuje se na všechny společnosti ve smyslu čl. 48 SES, tedy i na s.r.o. Rozsudek se dále vztahuje i na další přeměny společností, a tedy i na její rozdělení. O přeshraniční rozdělení je tak možné uvažovat všude tam, kde je tato možnost přeměny povolena i pro tuzemské společnosti, jinak by docházelo k omezení svobody usazování se.

Pro otázku existence soutěže je významnější, že Sevic přinesl další možnost přeshraničního přemístění sídla neboli reinkorporace. Tato nová možnost spočívá v založení dceřiné společnosti v jiném členském státě a v následné přeshraniční fúzi, ve které dojde k nabytí mateřské společnosti nově vytvořenou společností dceřinou. Neboli původně dceřiná společnost se stane nástupnickou společností a dojde tak k nepřímému přemístění sídla společnosti, bez toho aby došlo k jejímu zániku a novému založení v jiném členském státu. Tato metoda je mimochodem typická pro americké právo, kde takto probíhají reinkorporace společností.³¹

4.2.3. Směrnice o přeshraničních fúzích

Další možnost reinkorporace přináší desátá směrnice o přeshraničních fúzích kapitálových společností (dále jen „Desátá směrnice“). Směrnice se vztahuje na fúze kapitálových společností (tedy jak na akciové společnosti tak na společnosti s ručením omezeným), které jsou založeny podle práva některého členského státu a mají sídlo, ústřední správu nebo hlavní provozovnu ve Společenství, pokud se alespoň dvě z nich řídí právními řády různých členských států.³² Co se rozhodného práva týká, přeshraniční fúze se řídí právem státu sídla každé zúčastněné společnosti, pokud jde o tuto společnost, a přejímající nebo nově vzniklá nástupnická společnost se bude řídit právem státu svého sídla.³³

Do českého práva bude tato směrnice transponována pomocí samostatného zákona o přeměnách obchodních společností a družstev (dále jen „zákon o přeměnách“). Tento zákon by měl vedle transpozice Desáté směrnice obecně upravit přeměny společností, které jsou již sice harmonizovány v souladu s třetí³⁴ a šestou směrnicí,³⁵ ale v obchodním zákoníku v podstatě chybí jejich obecná úprava. Úprava pomocí normativních odkazů na úpravu akciové společnosti zbytečně

³⁰ Sevic, bod 19.

³¹ Ronfeldt T., Merger as a Method of Establishment: on Cross-border Mergers, Transfer of Domicil and Divisions, Directly Applicable under EC Treaty's Freedom of Establishment, European Company Law, June 2006, volume 3, issue 3, str. 127, www.kluwerlawonline.com, dále jen „Ronfeldt, Cross-border Mergers“.

³² Článek 1 Desáté směrnice.

³³ Pelikánová/Černá, Obchodní právo, str. 238.

³⁴ Směrnice 78/855/EHS, o fúzích akciových společností, <http://eur-lex.europa.eu>.

³⁵ Směrnice 82/891/EHS, o rozdělení akciových společností, <http://eur-lex.europa.eu>.

zatěžuje ostatní typy společností, jelikož požadavky kladené na akciové společnosti jsou často pro ostatní společnosti zbytečné a neúčelné.³⁶ Zbývá jen dodat, že výše zmiňovanou lhůtu pro implementaci směrnice o přeshraničních fúzích Česká republika nestihla a zákon o přeměnách dosud nenabyl účinnosti. Podle posledních pozměňovacích návrhů by se tak mělo stát k 1. červenci 2008.

4.2.4. Návrh směrnice o přemístění sídla

V souvislosti s možnostmi přemístění sídla společnosti a s její reinkorporací je potřeba se zmínit i o Čtrnácté směrnici o přemístění sídla společnosti, která však zatím existuje pouze ve formě návrhu. Tato směrnice by měla umožnit přemístění sídla³⁷, a to přímé³⁸ přemístění sídla se změnou osobního statutu společnosti.

Čtrnáctá směrnice by měla umožnit společnosti přemístění jejího sídla bez následné likvidace společnosti a nutnosti jejího nového založení. Současně by došlo ke změně jejího osobního statutu a rozhodného práva. Právní osoba společnosti by tedy zůstala zachována, nemělo by dojít ke změně jejích vztahů k třetí osobám, ale společnost by byla podřízena právu jiného členského státu, podle toho, do kterého členského státu bylo sídlo přemístěno, a to od okamžiku její registrace (registrace přemístění) v příslušném rejstříku (s tím, že současně dojde i k výmazu společnosti z příslušného rejstříku ve státě jejího původu, přemístění tak bude zaznamenáno v obou dotčených státech).

Přijetí Čtrnácté směrnice by umožnilo přímou reinkorporaci společnosti, což by mělo pravděpodobně pozitivní dopad na další vývoj soutěže právních řádů na území Společenství. Brzké či vůbec nějaké přijetí této směrnice však zůstává otázkou, a to především v souvislosti s vystoupením Evropského komisaře Charlese McCreevyho ve Výboru pro právní záležitosti Evropského Parlamentu v říjnu 2007. Podle McCreevyho mají společnosti dostatek prostředků k přemístění svého sídla do jiného členského státu, ať již pomocí SE nebo pomocí přeshraničních fúzí. SME, by podle jeho názoru, více profitovali z nové evropské formy společnosti, speciálně vytvořené pro potřeby SME³⁹ (o návrhu Evropské soukromé společnosti neboli European Private Company bude pojednáno později).

J. Zpřávná OK

³⁶ Důvodová zpráva k novému zákonu o přeměnách obchodních společností a družstev.

³⁷ Oproti tomu faktické přemístění sídla, umožněné prostřednictvím svobody usazování a rozsudkům ESD, nemusí být spojeno se změnou právního režimu aplikujícího se na společnost.

³⁸ Dosud zmíněné možnosti přemístění umožňují pouze nepřímé přemístění sídla, které je často procedurálně velmi komplikované a často i finančně náročné.

³⁹ <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/592>

Možnosti reinkorporace společnosti v rámci Společenství jsou opravdu omezené, přesto to podle mého názoru nemusí znamenat neexistenci soutěže. Reinkorporace je totiž pouze jednou z možných, i když významných, způsobů přeshraniční mobility společností.

4.3. Soutěž právních řádů v USA

Právní teoretici, kteří odmítají existenci soutěže právních řádů na základě nedostatku prostředků umožňující reinkorporaci, argumentují často i soutěží právních řádů v USA (neboť tam se soutěž právních řádů poprvé objevila) a jejím srovnáním s Evropou. Soutěž právních úprav společností v USA, se totiž zaměřuje právě na reinkorporaci společnosti, nikoli na založení společnosti. Američtí podnikatelé častěji zakládají společnosti ve svých domovských státech, a teprve je-li jejich podnikání úspěšné, rozhodnou se pro přemístění statutárního sídla společnosti do státu, který má pro ně výhodnější právní úpravu. Reinkorporace společnosti je tak závislá na tom, zda její výhody převáží náklady na její provedení. Samotná reinkorporace společnosti, je pak prováděna pomocí fúze (v podstatě přeshraniční fúze) a dá se říci, že je to v USA celkem běžná operace.⁴⁰ Oproti tomu využívání mobility pomocí zakládání společností v USA není příliš časté, i když je pochopitelně možné.

Důležitá rozdílnost mezi USA a EU spočívá v daňové otázce. Na rozdíl od USA členské státy EU nemohou mít přímé daňové příjmy z toho, že je společnost založena podle práva jejich státu (popř. je založena v jejich státu, ale nevykonává v něm žádnou činnost). Podle komunitárních předpisů není možné dvojí zdaňování v případě, že má stát v jednom členském státu zapsané sídlo, ale ekonomicky působí pouze v jiném členském státu.⁴¹ V USA oproti tomu existuje tzv. „franchise tax“, neboli daň, kterou vybírá stát, podle jehož práva je společnost založena.⁴² Tato daň je hlavním z motorů soutěže v USA (na straně nabídky). Malý stát jako Delaware těží z daňových výhod a příjmy z „franchise tax“ tvoří velkou část jeho příjmů. Proto se snaží dostatečně atraktivní právní úpravou o přilákání společností do své jurisdikce.⁴³ Absence těchto daňových výhod znamená absenci pobídky či stimulu zákonodárců se účastnit soutěže. Na druhou stranu, jejich neexistence by potenciálně mohla zabránit vzniku tzv. „evropského Delaware“.

⁴⁰ Kieninger, *Regulatory Competition*, str. 751.

⁴¹ Směrnice Rady ze dne 17. července 1969o nepřímých daních z kapitálových vkladů (69/335/EHS).

⁴² Výše daně závisí na počtu akcií, které společnost vydala, popřípadě se v některých případech odvíjí podle jejího majetku.

⁴³ Roe, *Delaware's competition*, Discussion Paper No. 432, Harvard Law School Cambridge, MA, August 2003, str. 2.

Ve vztahu k soutěži a k „Delaware efektu“⁴⁴ je navíc podceňováno určité americké pozadí soutěže, která je zaměřena spíše na stimulování podnikavosti ve finančně-právním smyslu než v ekonomickém smyslu. Stát Delaware není důležitý při umísťování skutečného sídla společností, ale při zakládání statutárního sídla podniku, který své ekonomické aktivity provozuje mimo Delaware. V Evropě je cílem atraktivní úpravy společností především přilákání investorů a pozadí soutěže je tedy tvořeno spíše ekonomickými zájmy.⁴⁵ Nejde tedy o používání právní formy společnosti určitého státu, ale spíše o to, aby v daném státu společnosti provozovali svoje podnikání.

Lze tedy říci, že soutěž právních řádů, ať již probíhá či nikoli, má fundamentálně odlišnou povahu ve Společenství a v USA. Vedle absence daňových výhod, které by mohly být dostatečnou pohnutkou pro zákonodárce ve Společenství, je nutné připomenout nedostatek společné právní historie, kultury a také jazykové bariéry, které dále snižují možnost vzniku obdobné soutěže právních řádů jako v USA.⁴⁶ Nezodpovězenou otázkou zůstává, co přinese nová možnost reinkorporace, kterou skýtají přeshraniční fúze. Nicméně tento institut je zatím příliš mladý a nemůžeme odhadnout četnost jeho využívání, natož případný dopad na soutěž ve Společenství.

4.4. Soutěž právních řádů v Evropě

Existuje tedy soutěž právních řádů v EU nebo nejsou splněny základní požadavky pro její výskyt a soutěž je tak zatím pouhým mýtem? Mnozí autoři se přiklání k tomu, že soutěž existuje a stejný názor zastávám i já. Nedostatek prostředků k přemístění sídla společnosti nutně neznamená, že nemůže probíhat soutěž právních řádů. A to i přes fakt, že oproti USA postrádají členské státy významné pohnutky k soutěži, takové, jakou představuje v USA daňová otázka.

Podle právních teoretiků, kteří zastávají názory hovořící pro existenci soutěže právních řádů, probíhá soutěž v souvislosti se zakládáním společností, s jejich inkorporací. A zakladatelé společností si pečlivě vybírají právní řád, podle něhož společnost založí.⁴⁷

⁴⁴ Termín „Delaware efekt“ se vyvinul v soutěži právních řádů v USA. Soutěž ovládl stát Delaware s velice benevolentní úpravou. Podle právních odborníků, je tento „Delaware efekt“ jev, který vede k vytvoření příliš benevolentní právní úpravy. Neboli se státy snaží uspět v soutěži právních řádů, ale činí tak na úkor kvality své úpravy.

⁴⁵ Rammeloo S., Flex BV, Blitz-GmbH, Private Limited Company, of toch maar wachten op de European Private Company (EPC)?, str. 1–10, dále jen „Rammeloo, Flex BV, Blitz-GmbH, Private Limited Company“.

⁴⁶ Kirchner Ch., Painter R., Kaal W., Regulatory Competition in EU Corporate Law After Inspire Art: Unbundling Delaware's Product for Europe, Law and Economics Working Papers No. LE04-001, www.ssrn.com, str. 45–47, dále jen „Kirchner, Regulatory Competition in EU Corporate Law“.

⁴⁷ Armour J., Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 307, June 2005, str. 5, dále jen „Armour, Who Should Make Corporate Law?“.

Než-li se dostaneme k otázce inkorporace společnosti, je důležité si uvědomit, že soutěž právních úprav společností probíhá v podstatě pouze na poli společností s ručením omezeným. Je to způsobeno tím, že akciová společnost byla mnohem výrazněji harmonizována pomocí evropských směrnic a neposkytuje tedy dostatečný prostor pro soutěžení o co nejatraktivnější úpravu. Těžko tak mohou akciové společnosti soutěžit například o co nejnižší základní kapitál, když je jeho minimální požadovaná výše stanovena v Druhé směrnici.⁴⁸ Pro akciové společnosti je navíc lákavější mobilita pomocí reinkorporace. Jejich založení je samo o sobě dosti nákladné a předpokládá dostatek kapitálu zakladatele akciové společnosti. Pro podnikatele je tak mnohem zajímavější přemístit sídlo akciové společnosti podle momentálních ekonomických potřeb ve chvíli, kdy podnikání prosperuje. Nezodpovězenou otázkou zůstává, propukne-li soutěž v případě akciových společností v návaznosti na možnost přeshraničních fúzí, neboť jak se ukázalo, statut SE mobilitu společností příliš neovlivnil. V prosinci roku 2007 existovalo pouze 108 SE a „forum shopping“ nebylo většinou motivací k jejich založení.⁴⁹ To lze dokázat pohledem do statistik, podle kterých bylo více než 75 % SE založeno, a má své statutární sídlo, ve státech se striktní právní úpravou společností, zejména v oblasti zapojení zaměstnanců do řízení společnosti.⁵⁰

Soutěž tedy probíhá víceméně pouze ve vztahu ke společnostem s ručením omezeným. Státy usilují o to, aby jejich úprava společností byla dostatečně atraktivní pro zakladatele společností, a snaží se stávající úpravy modernizovat. Je však důležité si uvědomit, že oproti původním předpokladům, soutěž jednak neprobíhá aktivně ve všech členských státech a za druhé se soutěž týká jen určitých částí právních úprav. Je sice pravda, že státy modernizují své úpravy v mnoha oblastech, nicméně podnětem k tomu často není samotná soutěž, nýbrž požadavky samotné praxe, která volá po zjednodušení právní úpravy a omezení požadavků kladených na zakladatele a také snaha o podporu podnikání a ekonomiky (tyto tendence jsou zejména patrné u modernizace práva společností ve Velké Británii, viz dále). Zvýšením mobility společností se otevřel prostor pro jejich reformy, nicméně tlak na konkurenceschopnost jednotlivých úprav pramení pouze ze snahy o minimalizaci nákladů na založení společnosti a s tím související snahy o co nejjednodušší a nejrychlejší založení.⁵¹ Samotná soutěž tak v podstatě stimuluje pouze reformy v oblasti nákladů na založení společnosti. Státy se snaží nabídnout takovou formu společnosti, kterou je co nejsnazší a hlavně

⁴⁸ Čl. 6 odst. 1 Druhé směrnice č. 77/91/EHS požaduje minimální základní kapitál 25 000 Eur.

⁴⁹ Bratton W. W., McCahery J. A., Vermoulen E. P. M., How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking? A Comparative Analysis, Law Working Paper No. 91/2008, European Corporate Governance Institut, www.ssrn.com, www.ecgi.org, str. 17, dále jen "Bratton/McCahery/Vermoulen, How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking?".

⁵⁰ Nejvíce SE vzniklo v Německu, a to 42, na druhém místě jsou Nizozemí a Rakousko, kde bylo založeno pouze (oproti Německu) 9 SE.

⁵¹ Bratton/McCahery/Vermoulen, How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking?, str. 37.

nejlevnější založit, někdy se hovoří o tom, že je snaha poskytovat tzv. „low cost“ společnosti.⁵² Mezi náklady jsou počítány náklady nutné k registraci společnosti, neboli přímé náklady, které jsou ovlivněny mírou nutné administrativy v jednotlivých členských státech. S cenou založení společnosti souvisí i požadavky na výši minimálního kapitálu společnosti, které však nelze počítat jako přímé náklady (jako jsou administrativní poplatky apod.), jelikož splacený kapitál je stále v podstatě ve vlastnictví společníků. Vedle přímých nákladů a základního kapitálu je dalším faktorem v soutěži i čas nutný k založení společnosti, kdy se členské státy snaží, aby jejich forma společnosti umožňovala dostatečně rychlé založení. I tento faktor má totiž vliv na cenu založení společnosti a rychlé založení může zakladatelům ušetřit řadu nákladů.

Je třeba přiznat, že mobilita společností v souvislosti s jejich inkorporací, je méně důležitým podnětem soutěže právních řádů a s ní spojených reform, než se očekávalo. Projevuje se zatím pouze omezeným způsobem v podobě ceny založení společnosti, přičemž statistiky ukazují, že tento faktor není tím nejdůležitějším kritériem při výběru právní formy k podnikání.⁵³ Podle mého názoru soutěž právních řádů sice probíhá, nicméně oproti předpokladům v limitované podobě a její vliv na reformy práva společností také není tak velký jak se předpokládalo. Reformy a modernizace právních úprav společností s ručením omezeným sice probíhají, nelze však říci, že by tomu tak bylo pouze z podnětu soutěže právních řádů. V některých oblastech není zákonodárce vystaven tlaku konkurence ostatních úprav, ale spíše požadavkům tuzemských SME na jednodušší, flexibilnější a liberálnější právní úpravu.⁵⁴ Na druhou stranu nelze říci, že by soutěž neměla žádný vliv a hlavně, že by její vliv byl nepodstatný. Otázka ceny založení společnosti v sobě totiž zahrnuje i otázky základního kapitálu a soutěž tak minimálně vyvolala debaty o potřebě a smyslu tohoto institutu (viz dále). Navíc je pravděpodobné, že se soutěž postupem času rozšíří i na další instituty práva společností.

4.5. Projevy soutěže v Evropě a v ČR

Mobilita společností s ručením omezeným je tedy poháněna náklady, které jsou nutné k založení společnosti. Podnikatelé ze členských států EU zakládají své společnosti tam, kde je založení nejméně nákladné. Konkrétně ve Velké Británii (dále jen „U.K.“), jejíž právní úprava požaduje minimální základní kapitál a umožňuje velmi levné a rychlé založení společnosti. Krom

⁵² Bratton/McCahery/Vermoulen, How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking?, str.4.

⁵³ Bratton/McCahery/Vermoulen, How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking?, str. 31–32.

⁵⁴ Becht M., Mayer C., Wagner H. F., Where Do Firms Incorporate? Deregulation and the Cost of Entry, Law Working Paper No. 70/2006, August 2007, www.ecgi.org, str. 24, dále jen „Becht/Mayer/Wagner, Where Do Firms Incorporate?“.

toho je právní úprava Private Limited Companies (dále jen „Ltd.“) moderní a flexibilní, i když tento fakt nepředstavuje hlavní pohnutku k zakládání Ltd. v U.K. A naopak striktní pravidla oznamovacích povinností (především ve vztahu k účetnictví) a jazykové bariéry neznamenal zanevření na Ltd. Než se podíváme na konkrétní čísla a počty, stojí za to zmínit, že tyto zahraniční Ltd. jsou většinou velmi malé firmy, které své ekonomické aktivity vykonávají pouze v tuzemsku.

Počet Ltd. zakládaných v U.K. podnikateli z jiných členských států se zvýšil z 4.400 (v období před rozsudky ESD) na 28.000 nových společností za rok (v období po rozsudcích ESD). Mezi léty 1997 až 2006 tak bylo v U.K. založeno téměř 120.000 „zahraničních“ Ltd.⁵⁵ Na prvním místě v zakládání společností v U.K. je Německo, když počet „německých“ Ltd. je přibližně 48.000 a nadále stoupá. Zatímco v roce 2001 bylo založeno pouze 717 „německých“ Ltd., v roce 2003 již 2.752, v roce 2004 pak 10.263, v roce 2005 to bylo 13.728 společností a v roce 2006 dokonce 16.438 „německých“ Ltd. Z této statistiky je patrné, že zájem o Ltd. v Německu neklesá. Ve srovnání s počtem zakládaných GmbH přibližně 12-22% procent podnikatelů upřednostnilo v daném čase Ltd.⁵⁶ Dalšími státy, ve kterých je oblíbené používání britské Ltd. jsou pak především Holandsko a Francie, s více než 6.000 „holandskými“ či „francouzskými“ Ltd. od roku 2003.⁵⁷ Naopak řady zemí se tento fenomén nedotkl a počty založených Ltd. se u nich počítají na desítky ročně (mezi ně patří i ČR, jak bude více popsáno dále).

Tyto statistické údaje je ovšem potřeba doplnit o počty Ltd., které jsou v jednotlivých státech stále aktivní. Pak zjistíme, že z 6.000 „holandských“ Ltd. založených mezi léty 2003 až 2006, bylo v roce 2007 stále registrováno jen přibližně 2000.⁵⁸ Podobný trend je patrný i v Německu, kdy dle statistiky 50 % „německých“ Ltd. zanikne do roka od jejich registrace a více než 90 % z nich ukončí svou činnost po dvou letech existence.⁵⁹ Velká „úmrtnost“ těchto společností pravděpodobně pramení z atraktivnosti a snadnosti zahraniční inkorporace. Různé agentury nabízejí založení Ltd. do 24 hodin za velmi nízkou cenu a Ltd. je tak často založeno, aniž by jeho zakladatel plánoval nějakou ekonomickou činnost.⁶⁰

Mimo to, Ltd. je sice velmi lehké založit, ale britské právo ukládá společníkům každoroční povinnosti, spočívající zejména v zveřejňování tzv. „annual accounts“, neboli roční závěrky. Tomuto

⁵⁵ Jako zahraniční Ltd. je přitom počítána společnost, ve které je většina jednatelů (ředitelů) a společníků z jiné země než z U.K., stejně tak centrem podnikatelských aktivit je jiná země než U.K., ale společnost je inkorporována ve formě Ltd. Becht/Mayer/Wagner, *Where Do Firms Incorporate*, str. 20.

⁵⁶ Teichmann Ch., *Report from Germany*, *European Company Law*, Vol. 3, issue 1, 2006, www.kluwerlawonline.com, str. 28, dále jen „Teichmann, Report from Germany I“.

⁵⁷ Becht/Mayer/Wagner, *Where Do Firms Incorporate*, str. 28.

⁵⁸ Bratton/McCahery/Vermoulen, *How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking?*, str. 27.

⁵⁹ Bratton/McCahery/Vermoulen, *How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking?*, str. 27, převzato z Niemeier, W., *Die „Mini GmbH“ (UG) trotz Marktwende bei der Limited?*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, vol. 28, August 2007.

⁶⁰ Bratton/McCahery/Vermoulen, *How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking?*, str. 28.

zveřejňování nejsou němečtí podnikatelé příliš nakloněni (z důvodů konkurence) a může to být pro ně důvod k ukončení používání Ltd. Zpočátku také chyběla informovanost o těchto povinnostech a přibližně 30-40% německých Ltd. tuto povinnost neplnilo (aniž by si byly jejich jednatelé vědomi své osobní trestní odpovědnosti za nesplnění této povinnosti, kterou britské právo stanoví). Nesplnění této povinnosti je dle německého práva penalizováno pokutou, ale podle britského může vést až k rozpuštění společnosti.⁶¹

Jak bylo zmíněno výše, jednou ze zemí, kde se mobilita společností prakticky neprojevuje, je Česká republika. Na rozdíl od sousedního Německa, čeští podnikatelé britskou Ltd. pro své podnikání příliš nevyužívají (a to i přes to, že česká právní úprava trpí do jisté míry stejnou mírou formalismu a rigidity jako ta německá). Oproti stavu v roce 2001 (33 společností) se sice počet „českých“ Ltd. zněkolikanásobil a stále stoupá (například v roce 2005 bylo založeno 89 společností, v roce 2006 pak 170), nicméně stále se jedná o několik desítek společností za rok, což je ve srovnání s tuzemskou společností s ručením omezeným zanedbatelné množství. S.r.o. je ostatně u tuzemských podnikatelů velmi oblíbená, o čemž svědčí i počet těchto společností (na začátku roku 2007 přesahoval jejich počet 250 tisíc, což představuje více než polovinu právnických osob v ČR) i jejich permanentní nárůst. Zatímco v roce 2004 se jejich počet zvýšil o necelých dvanáct tisíc a v roce 2005 o jedenáct a půl tisíc, v roce 2006 to bylo dokonce o třináct a půl tisíc.⁶²

Z výše uvedeného mimo jiné vyplývá to, že čeští podnikatelé příliš nevyužívají možnosti mobility společností, a že soutěž právních řádů v oblasti zakládání společností se u nás zatím spíše neprojevuje. ČR nečelí exodu společností ze svého území, který by byl zapříčiněn menší konkurenceschopností české s.r.o. (ve srovnání s britskou Ltd., je česká s.r.o. drahou společností, kterou je navíc časově náročné založit). Český zákonodárce tak není pod tlakem soutěže a není tolik tlačěn k modernizaci právní úpravy s.r.o. Právě inkorporační exodus do jurisdikce Velké Británie, především z Německa, Holandska a Francie, vyvolal v těchto zemích rozsáhlé modernizace. Takový podnět tuzemská realita postrádá, což je možná právní úpravě ke škodě.

Z toho, že se soutěž neprojevuje, však nelze usuzovat, že by byla česká úprava s.r.o. natolik atraktivní a natolik konkurenceschopná, že by vyhovovala všem podnikatelům. Jde spíše o nevědomost veřejnosti o možnosti „nakupování po právních rádech“ než o dokonalost české úpravy s.r.o. V sousedním Německu, ale i v ostatních státech, ve kterých se soutěž projevuje, navíc funguje řada zprostředkovatelských agentur, které nabízejí za „levný peníz“ založení Ltd. v rekordních časech. Absence těchto agentur má tak svůj vliv na nevyužívání cizích forem společností (zejména britského Ltd.) českými podnikateli.

⁶¹ Rammeloo, Flex BV, Blitz-GmbH, Private Limited Company, str. 6-7.

⁶² Údaje Ministerstva spravedlnosti ČR, www.justice.cz.

4.6. Modernizace a rekodifikace

Přirozenou reakcí států na odliv společností s ručením omezeným z jejich jurisdikce je modernizace vlastních úprav této formy společnosti. Zvýšením konkurenceschopnosti, v tomto případě především zrychlení a zlevnění založení společnosti, se pak státy snaží tomuto odlivu zabránit. Přestože modernizace právních úprav jsou nejvýraznější v zemích, ve kterých se soutěž společností exaktně projevila využíváním britské Ltd., probíhají i v jiných zemích. A jak už bylo řečeno výše, probíhají i v jiných oblastech než je redukce času a nákladů na založení společnosti.

4.6.1. Německo

Příkladem země, ve které jsou reformy odstartovány především díky soutěži právních řádů, je bezesporu Německo. Německo bylo citelně dotčeno linií rozsudků ESD, jakožto tradiční zastánce teorie sídla, která byla ESD odmítnuta. Zaznamenalo také největší exodus společností do U.K.

Německo muselo čelit odmítnutí teorie sídla ESD, přičemž zatím nedošlo k úplné recepci inkorporační teorie, která by byla legislativně příliš náročná.⁶³ Německý právní řád například nemá žádnou speciální úpravu vztahující se ke společnostem založeným podle jiné jurisdikce (na rozdíl od států klasicky vyznávajících inkorporační teorii, jako je třeba U.K.), jelikož teorie sídla umožňuje na tyto společnosti aplikovat národní právo. Momentálně Německo volí přibližování postupnými kroky a dochází tak spíše k pozvolné modifikaci teorie sídla ve prospěch inkorporační teorie, tak aby nedocházelo k nesouladu s komunitárním právem včetně judikatury ESD.⁶⁴ Příkladem přibližování se inkorporační teorii může být rozsudek německého Bundesgerichtshof z roku 2005, kdy tento soud zrušil rozhodnutí nižšího soudu, který shledal jednatele britské společnosti s ručením omezeným osobně odpovědné za dluhy společnosti podle německého práva⁶⁵ a nařídil nižšímu soudu aplikovat anglické právo společností. Takové rozhodnutí je v souladu se svobodou usazování dle jejího výkladu ESD.

Vlastní reakcí na soutěž je pak reforma německé GmbH, která byla představena německou vládou v červnu 2006 a je známá pod zkratkou MoMiG.⁶⁶ Vlastnímu návrhu předcházela diskuze

⁶³ Seibert U., *Close Corporations – Reforming Private Company Law: European and International Perspectives*, *European Business Organization Law Review* 8/2007, str. 84–95, dále jen „Seifert, *Close Corporations – Reforming Private Company Law*“.

⁶⁴ Teichmann, *Report from Germany 1*, str. 28.

⁶⁵ Teichmann, *Report from Germany 1*, str. 28.

⁶⁶ *Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen*.

o koncepci modernizace. Objevovali se velmi rozdílné názory, například návrhy na vytvoření úplně nové právní formy, která by přímo konkurovala britské Ltd., namísto reformy stávající GmbH.⁶⁷ (což bylo odmítnuto vzhledem k dostatku právních forem společností v německém právu i s odkazem na uvažovanou Evropskou soukromou společnost⁶⁸). Odmítnuta byla i varianta komplexní reformy, v podstatě tedy zkopírování britské Ltd. Vzhledem k více jak stoleté historii GmbH a více jak miliónu těchto společností, by takový postup znamenal příliš velkou změnu pro SME. Německo se nakonec vydalo cestou kompromisní modernizace, která je zaměřena na tři hlavní okruhy. MoMiG by tak měl zajistit aby (i) založení GmbH bylo rychlé, levné a jednoduché, aby (ii) nová GmbH nabídla dostatečně transparentní strukturu společníků a aby (iii) GmbH lépe chránila zájmy věřitelů, zejména proti společníkům GmbH. Z uvedených cílů reformy se zdá, že se snaží o zatraktivnění GmbH spíše prostřednictvím lepší úpravy vztahů mezi společníky, jednatelem společnosti a třetími stranami, než prostřednictvím změny GmbH na „light vehicle“.⁶⁹ Nicméně revidovaná verze MoMiG, která byla vládou předložena parlamentu dne 23. května 2007, představila zjednodušenou variantu GmbH, tzv. podnikatelskou společnost s ručením omezeným (přičemž nejde o novou formu společnosti, ale o „rozjezdovou“ variantu GmbH bez požadavku minimálního základního kapitálu). To se zdá být jasnou odpovědí na zájem o Ltd. a zřetelnou snahou o zvýšení konkurenceschopnosti GmbH proti zahraničním formám společností (což je i deklarováno v důvodové zprávě k MoMiG). Přičemž je patrná i snaha o zachování současných předností GmbH.

Na některé aspekty německé GmbH a především na modernizaci této formy společnosti se více zaměříme v přímém srovnání jednotlivých institutů s úpravou českého s.r.o. Z novinek, které MoMiG přinese, a na které se v dalším výkladu nezaměřím, bych uvedl zejména umožnění GmbH přemístit své sídlo do zahraničí, nová pravidla „cash pooling“⁷⁰ a zvýšení důvěryhodnosti GmbH prostřednictvím zavedení seznamu společníků.

⁶⁷ Teichmann Ch., Report from Germany, European Company Law, Vol. 4, issue 1, 2007, www.kluwerlawonline.com, str. 29, dále jen „Teichmann, Report from Germany 2“.

⁶⁸ Seifert, Close Corporations – Reforming Private Company Law, str.92.

⁶⁹ Bratton/McCahery/Vermoulen, How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking? str. 33.

⁷⁰ Cash pooling je užitečný prostředek k centralizaci finančních zdrojů skupiny společností. Jednotlivé společnosti v koncernu převádějí dostupné peníze na centrální účet, který je spravován (většinou) mateřskou společností. Následně dochází k přerozdělování peněz v rámci koncernu dle potřeb jednotlivých společností. Výsledkem je, že společnosti jako skupina zmenší své náklady na financování tím, že jim jsou poskytovány peníze, které by si často museli půjčovat od třetích osob. Z právního pohledu, společnosti, které se účastní cash pooling, uzavírají spolu vzájemně smlouvy o půjčce.

4.6.2. Velká Británie

Příkladem země, ve které není modernizace společností s ručením omezeným ovlivněna soutěží právních řádů, je U.K. Úprava britské Ltd. platí za velmi moderní a velmi liberální, pravděpodobně nejmodernější a nejflexibilnější z celé Evropy. Její hlavní předností je bezesporu velmi snadné a rychlé založení, které se děje pomocí úkonů mající převážně administrativní charakter. Založení Ltd. je tak možné do 48 hodin (ale může být i rychlejší, během jednoho dne),⁷¹ což je o poznání rychlejší než založení českého s.r.o. Významným lákadlem je pak především fakt, že britské právo nestanoví pro Ltd. požadavek minimálního kapitálu a může tak dojít k založení Ltd. se základním kapitálem ve výši 1£. Mimo těchto výhod, pro které je častým cílem volby zakladatelů společností z celé Evropy, nabízí i další řadu výhod, například flexibilitu organizační struktury, která umožní podnikatelům upravit si společnost pro vlastní potřeby.

Britská úprava Ltd. má tak před ostatními úpravami společností určitý „náskok“ a je více konkurenceschopná než ostatní společnosti s ručením omezeným, zakládané nebo existující podle práva jiných členských států.⁷² I přesto, se britští zákonodárci rozhodli, úpravu společností, která je obsažená v Companies Act 1985, modernizovat.⁷³ Zde je důležité zdůraznit, že podnětem k modernizaci nebyla soutěž společností, ani rozsudky ESD, ale potřeby britských podnikatelů a snaha britské vlády o zajištění dostatečně konkurenceschopné ekonomiky. Velkým kladem britského práva společností je, že se zákonodárci snaží reagovat na potřeby trhu a samotných podnikatelů. Zejména díky tomu je právní úprava Ltd. tak oblíbená a více konkurenceschopná. Proces modernizace odstartoval již v roce 1992, kdy se objevily v odborných kruzích první spekulace o budoucí konkurenceschopnosti britského práva společností. V roce 1998 pak britský Department of Trade and Industry⁷⁴ představil konzultační materiál „Modern Company Law for a Competitive Economy“. Následovaly mnohaleté konzultace a celý proces vyvrcholil přijetím nového zákona upravujícího právo společností, Companies Act 2006. Nový zákon by měl především: (i) zvýšit zapojení (angažovanost) společníků ve společnosti a zlepšit kulturu dlouhodobého investování (společníci mají být motivováni k většímu využívání svých kontrolních práv a členům orgánů má být poskytnut jasnější rámec vymezující jejich práva a povinnosti⁷⁵), (ii) zajistit kvalitnější úpravu společností zejména pro malé a střední společnosti (tzv. „Think Small

⁷¹ Ventorozzo M., „Cost-based“ and „Rules-based“ Regulatory Competition: Markets for Corporate Charters in the U.S. and in the E.U., NYU Journal of Law and Business, Vol. 3, 2006, dále jen „Ventorozzo, Cost-based“ and „Rules-based“ Regulatory Competition“.

⁷² Rammeloo, Flex BV, Blitz-GmbH, Private Limited Company, str. 6–7.

⁷³ Modernizace se tak netýká pouze britské společnosti s ručením omezeným, Ltd., ale celého práva společností.

⁷⁴ Ministerstvo obchodu a průmyslu.

⁷⁵ Černá S., Společnost s ručením omezeným pod vlivem reformy, Právní fórum 1/2007, str. 19, dále jen „Černá, Společnost s ručením omezeným pod vlivem reformy“.

First“)⁷⁶, s čímž souvisí i změna koncepce úpravy, kdy hlavní má být úprava pro Ltd., která v praxi převládá,⁷⁷ (iii) zjednodušit založení a vedení společnosti (kdy je snaha ještě více upustit od administrativních břemen a zbytečných nákladů, které mohou podnikatelé investovat jinde a přispět tak k rozvoji ekonomiky) a (iv) zajistit společnostem dostatečnou flexibilitu.

Companies Act 2006 je s 1300 paragrafy a téměř 700 stranami nejdelším zákonem v historii Velké Británie a představuje největší reformu práva společností za posledních 20 let. Základní materie nového Companies Act 2006 uzákoňuje některé existující principy common law (jako například povinnosti jednatelů), implementuje směrnice ES o nabídkách převzetí a o publikaci společností, obsahuje zbrusu nová ustanovení i ustanovení z předcházejícího Companies Act 1985, (někdy beze změn a někdy značně přeformulované). Účinnost nové úpravy nastane postupně ve 4 etapách mezi lednem 2007, kdy nastala účinnost například transpozice výše jmenovaných směrnic, a říjnem 2008, kdy nastane účinnost posledních částí zákona, například ustanovení o finanční asistenci.

Podrobněji se k britské úpravě vrátíme v přímém srovnání s českou s.r.o. Z novinek, na které se v dalším textu nezaměříme, lze uvést například široké možnosti používat elektronické a internetové prostředky komunikace pro komunikaci mezi společnostmi a jejichmi společníky (a to včetně komunikace prostřednictvím webových stránek) nebo například zrušení povinné výroční valné hromady pro Ltd., které bude nově vyžadována, jen pokud si tak Ltd. stanoví ve stanovách.

4.6.3. Česká republika

Členskými státy Evropské unie se valí masivní reformní vlna, která boří řadu tradičních dogmat v právu společností. Zprávy o zásadní novele toho či onoho národního zákona, o nové flexibilnější formě společnosti v té či oné úpravě, ba dokonce o celých rekodifikacích přicházejí prakticky ze všech stran.⁷⁸ Velká Británie a Německo nejsou pochopitelně jediné státy, ve kterých reformy probíhají. Dalšími státy, ve kterých doznala úprava s.r.o. četných změn (nebo se takové změny chystají), jsou především Francie, Holandsko, Španělsko a Itálie. O některých aspektech jejich reformem bude pojednáno dále. Jak bylo řečeno výše, v České Republice se soutěž právních

⁷⁶ Wood J., Oxley A., Report from The UK, European Company Law, issue 4, 2004, www.kluwerlawonline.com, str. 187, dále jen „Wood, Report from The UK“.

⁷⁷ Dosud byla základní formou společnosti Public Limited Company (dále jen „Plc.“) a pro liberálnější Ltd. byla v Companies Act 1985 zakotvena celá řada výjimek.

⁷⁸ Dědič J., Čech P., Nový pohled na kolizní normy a reflexe kolizně relevantní judikatury Evropského soudního dvora v českém právu společností, Soudní rozhledy 10/2004, str. 361-367, dále jen „Dědič/Čech, Nový pohled na kolizní normy“.

řádů příliš neprojevuje, a zákonodárce tak není tolik tlačěn k reformám práva společností. Nicméně i v českém právu probíhá rekodifikace a připravuje se nový obchodní zákoník.

Nový obchodní zákoník (dále jen „NObchZ“) je připravován v rámci procesu rekodifikace českého soukromého práva. Podle schváleného věcného záměru obchodního zákoníku bude tento právní předpis navazovat na nově připravovaný občanský zákoník. Vedle schváleného věcného záměru je k dispozici i paragrafované znění a důvodová zpráva k němu. Dle internetových stránek je nicméně volně dostupné paragrafované znění z 5. 11. 2003⁷⁹ a lze předpokládat, že toto znění od té doby prošlo řadou změn. Samotné znění i důvodová zpráva jsou sice podle informací v záhlaví obou dokumentů každý den k aktuálnímu datu⁸⁰, nicméně se nezdá, že by do uvedených dokumentů byly zapracovány nějaké změny.⁸¹ Proto bude rozbor NObchZ učiněn s výhradou nejasností, které panují o jeho aktuálnosti. V současné době prošel návrh nového obchodního zákoníku dalším čtením v komisi Ministerstva spravedlnosti. Jak bylo uvedeno výše, obchodní zákoník je připravován v návaznosti na nový občanský zákoník, a proto se momentálně čeká na výsledky práce mini týmů odborníků, které se vyjadřují k jednotlivým částem občanského zákoníku. V závislosti na výsledcích se bude pokračovat s přípravou nového obchodního zákoníku, přičemž pracovní termín odevzdání do Vlády ČR je konec roku 2008.⁸²

Pro důkladnější představu o chystané modernizaci se stručně zmíním o věcném záměru a o samotném znění NObchZ, i když zejména paragrafované znění NObchZ je třeba brát v potaz s výhradou možných změn, které nebyly v dostupné verzi reflektovány.

Věcný záměr nového obchodního zákoníku budí trochu rozpaky. Na jedné straně deklaruje respekt k platné úpravě a důraz na maximální právní kontinuitu, na druhé straně vyhláší boj lexikální nečistotě, jazykové nepůvodnosti, nepřehlednosti a uživatelské nesrozumitelnosti.⁸³ Tyto pohnutky nejsou špatné, stávající obchodní zákoník má opravdu celou řadu nedostatků po své formální stránce, ať se jedná o přílišné užívání odkazů nebo výkladovou nesrozumitelnost. Proto lze takové změny hodnotit pozitivně. Nicméně se však jedná pouze o změnu formy, nikoli o změnu matérie.

Pro přesnější pohled na rekodifikaci je potřeba nahlédnout do paragrafovaného znění a důvodové zprávy k NObchZ. V důvodové zprávě je jednak deklarována snaha o reakci na výskyt ustanovení s nejednoznačným výkladem a zjednodušení metod odkazů, a dále se v ní hovoří

⁷⁹ <http://pravnik5.juristic.cz/174596>

⁸⁰ Právděpodobně nastaven automatický režim nastavující datum.

⁸¹ Tak to lze chápat přinejmenším z odkazů na (podle NObchZ) připravovanou modernizaci Druhé směrnice apod.

⁸² Neoficiální informace od tvůrce nového obchodního zákoníku, JUDr. Bohumila Havla.

⁸³ Dědič/Čech, Nový pohled na kolizní normy.

i o nových institutech, které jsou již vyzkoušeny v evropské praxi (např. abandonní právo⁸⁴). Z hlediska otázky konkurenceschopnosti tuzemské s.r.o. je důležitější, že je v důvodové zprávě upozorňováno na rozsudky ESD a střet jednotlivých jurisdikcí. Až dosud si členské státy reglementovaly právní úpravy samy bez zohledňování okolních právních úprav, což se po rozsudcích ESD změnilo. Proto důvodová zpráva deklaruje, že zákon využívá možnosti zjednodušit úpravu společností s ručením omezeným tak, aby byla v rámci Společenství konkurenceschopná. Nakolik se tato deklarace v NObchZ skutečně projeví, ukáže až čas a jeho aktuální znění. NObchZ přináší několik změn v materii (například ve vztahu k základnímu kapitálu, obchodnímu podílu a finanční asistenci, viz dále), nicméně ve srovnání s reformami v okolních státech se tyto změny zdají být zanedbatelné. Pravděpodobně je to tím, že se na českém území soutěž příliš neprojevuje. Ale i když tedy není soutěž právních řádů podnětem k rekonstrukci, bylo by dobré jí více zohlednit. Zjednodušení právní úpravy sice společnosti s ručením omezeným prospěje, pravděpodobně se tím i zvýší její konkurenceschopnost, ale otázkou je, jestli pak bude s.r.o. dostatečně konkurenceschopná nebo měl-li zákonodárce učinit více. O konkrétních změnách, které by NObchZ měl přinést, se zmíním v další části této diplomové práce, při srovnání konkurenceschopnosti některých institutů právní úpravy s.r.o., s právními úpravami vybraných států EU.

4.6.4. Evropská soukromá společnost

Na závěr této kapitoly zabývající se rekonstrukcemi a modernizacemi právních úprav v s.r.o., bych se rád zmínil o zákonodárné aktivitě Evropské Komise v této oblasti. Evropská Komise připravuje projekt nové „evropské“ formy společnosti, takzvanou Evropskou soukromou společnost (European Private Company, Societas Privata Europaea – dále jen „ESS“).⁸⁵ Podle záměrů Evropské Komise, si tato společnost neklade za cíl konkurovat národním právním úpravám, ani s nimi nemá soupeřit. Hlavním cílem ESS má být ulehčení mobility malých a středních společností, a s tím související rozvoj svobody usazování se a volného trhu.

⁸⁴ Podstatou abandonního práva (§ 170 NObchZ) je to, že ten společník, který pro uložení povinnosti příplatku na jednání nejvyššího orgánu společnosti nehlasoval (postačí tedy, zdrží-li se), příplatek skutečně platit nechce a zcela splatil svůj vklad, může jednostranně společnosti oznámit, že se vzdává svého podílu. V důsledku nedojde k převodu, ale společnost s uvolněným podílem naloží v souladu s NObchZ. Právo vzdát se podílu musí společník využít ve lhůtě 1 měsíce ode dne, kdy bylo o uložení povinnosti příplatku uloženo, jinak zaniká. (Abandonní právo zná např. § 27 německého zákona o s.r.o.). Důvodová zpráva k NObchZ, strana 50.

⁸⁵ Private company – za soukromou společnost je většinou považována společnost která i) neemituje akcie veřejnosti a ii) jejíž společníci mají mezi sebou užší vazby, osobně se účastní na jejím vedení apod., v českém právním řádu tomu terminologicky odpovídá společnost s ručením omezeným.

Koncept Evropské soukromé společnosti je tedy určen především pro malé a střední podniky. SME, jsou páteří ekonomiky EU, neboť představují více než 90 procent všech podniků v členských státech a také poskytují přibližně dvě třetiny pracovních míst. Krom toho také stále více využívají výhody, které jim poskytuje společný trh v EU. Podle Evropské charty malých podniků⁸⁶ jsou SME klíčem ke konkurenceschopnosti Evropy, zároveň jsou však díky své velikosti velmi citlivé na změny prostředí, ve kterém fungují.

Stávající supranárodní formy společností podle evropského práva, tj. SE, GEIE a SEC, nejsou primárně určeny pro SME a jako takové neberou v potaz jejich potřeby. Například nejsou příliš vhodné k zakládání dceřiných společností. Evropská společnost je určena pro akciovou společnost a je pro malé a střední podniky vnímána jako příliš drahá a rigidní. Jejím využití k založení dceřiné společnosti je navíc na překážku složitá procedura, ve které by nejprve muselo dojít k přeměně společnosti s ručením omezeným na akciovou společnost, následně na Evropskou společnost a pak by teprve bylo možné založit společnost dceřinou. Navíc Evropská společnost a také Evropské družstvo nejsou ryzí instrumenty evropského práva a to díky silnému vlivu národních právních úprav na jejich strukturu a funkci. Výsledkem by tedy nebyl systém společností podřízený stejnému právu, což si dává za cíl projekt statutu ESS.⁸⁷

Cílem ESS je ulehčit přeshraniční operace v rámci území Společenství tak, aby společnost mohla v jednom členském státě s minimálními náklady a v minimálním časovém rámci, založit jednu nebo více podřízených společností. Proces založení společnosti může být zjednodušen tím, že nové společnosti budou mít stejnou či podobnou právní strukturu, včetně stanov společnosti (nejlépe vzorových), ve všech členských státech, ve kterých dojde k jejich založení. Další výhodou by měla spočívat v možnosti přemístění jejího sídla v rámci EU, neboli by ESS měla přinést další možnost reinkorporace. Navíc by mělo jít o společnost vybavenou nálepkou „evropské“ společnosti.

Jaký by tedy měl být statut ESS? ESS by měla především nabídnout evropskou právní strukturu společnosti s ručením omezeným, která by byla dostupná a (pravděpodobně) jednotná ve všech členských státech. Především snáze dostupná než SE. Tato právní forma společnosti by měla být vhodná zejména pro SME, kterým s jejich potencionální expanzí do jiných členských států vznikají podstatně větší náklady než velkým firmám (vzhledem ke své velikosti většinou nezaměstnávají právníka a jsou nuceni platit si rady expertů zvenčí). Dále by měla ulehčit organizování společností na evropské úrovni a také zakládání a kontrolu dceřiných společností v různých členských státech. Zbývá ještě zopakovat, že ESS, jako forma společnosti založená na

⁸⁶ Evropská charta pro malé podniky, schválena členskými státy na zasedání Evropské rady ve Friče, 19. – 20. června 2000, http://europa.eu.int/comm/enterprise/enterprise_policy/charter/index.htm.

⁸⁷ Evropská Soukromá Společnost bude provedena prostřednictvím Nařízení ES, v zahraniční literatuře se ale častěji hovoří o statutu ESS, než o Nařízení ESS, proto se této terminologie budu držet i v této práci

evropském právu, nemá za cíl nahradit národní úpravy společností s ručením omezeným, ale naopak nabídnout alternativu k již existujícím národním úpravám.

Koncept statutu Evropské soukromé společnosti se zpočátku vyvinul v obchodních a akademických kruzích. Postupem času se mu dostalo široké podpory nejen od organizací reprezentujících obchod a průmysl, ale i od orgánů EU. Akademici i obchodní organizace vypracovali řadu studií, včetně několika návrhů statutu ESS. Práce na prvním návrhu byla započata již v roce 1995 a projekt byl koordinován výzkumným institutem CREDA⁸⁸. Výsledkem této soukromé iniciativy byl detailní návrh statutu ESS. Později vznikaly i další návrhy, většinou ze soukromé iniciativy.

Návrh ESS zpočátku neměl silnou podporu Evropské Unie. Až v 2003 Evropská Komise zahájila studii uskutečnitelnosti (feasibility study), jejíž výsledky, publikované v roce 2005,⁸⁹ potvrdily užitečnost tohoto projektu. Evropský parlament podpořil tento projekt v únoru 2007⁹⁰ přijetím rezoluce týkající se statutu ESS, ve které doporučil Evropské Komisi předložit návrh takového statutu. Jako poslední událost týkající se ESS bych zmínil Konzultaci na možný statut ESS, kterou vypracovalo Services of the Internal Market Directorate General.⁹¹ Součástí tohoto dokumentu je dotazník⁹² určený pro širokou veřejnost. Jeho vyhodnocování právě probíhá. První návrh statutu ESS vypracovaný Komisí nelze očekávat dříve než v roce 2008.

ESS osobně pokládám za velmi zajímavý projekt. Jeho výhodou je, že se nezrodil na poli soutěže jako evropská odpověď na reformy v národních státech. To znamená, že je tento projekt více motivován potřebami SME a podnikatelskou praxí. Na druhou stranu, i soutěž právních řádů musí být brána při tvorbě této formy společnosti v potaz. Cílem ESS sice není konkurovat národním úpravám, přesto ale musí nabídnout dostatečně flexibilní a ne příliš drahou úpravu. Jinak by její přednosti, spočívající v usnadnění mobility společností, nemusely být pro SME tak lákavé. Tyto skutečnosti by se mohly stát zárukou kvalitní legislativy, kdy se evropský zákonodárce bude snažit o moderní a flexibilní formu společnosti, která by zároveň zjednodušila a zvýšila mobilitu SME, a tím přispěla k rozvoji vnitřního trhu a podnikání obecně. ESS by tedy měla existovat vedle

⁸⁸ Centre de Recherche sur le Droit des Affaires, výzkumné oddělení Pařížské obchodní komory (Paris Chamber of Commerce and Industry, Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris).

⁸⁹ Feasibility Study of a European Statute for SMEs – final report, http://ec.europa.eu/internal_market/company/epc/index_en.htm.

⁹⁰ European Parliament Resolution with Recommendations to the Commission on the European Private Company Statute (2006/2013(INI)), 1.2.2007, http://ec.europa.eu/internal_market/company/epc/index_en.htm.

⁹¹ Consultation on a possible Statute for a European Private Company, European Commission – Services of the Internal Market Directorate General, 19.7.2007.

⁹² Dotazník je dostupný na webových stránkách http://ec.europa.eu/internal_market/company/epc/index_en.htm.

národních právních úprav, jako vhodná alternativa pro podnikatele při provádění přeshraničního podnikání (včetně přemístění sídla společnosti) a při zakládání dceřiných společností rámci EU. Zda-li se tyto cíle podaří naplnit uvidíme až v budoucnu, ale již teď se domnívám, že by tato forma ESS měla být přínosem.

5. OTÁZKY KONKURENCESCHOPNOSTI POD VLIVEM SOUTĚŽE

Při hodnocení konkurenceschopnosti tuzemské úpravy s.r.o. je nejprve potřeba přihlédnout k aktuálnímu vývoji soutěže právních řádů ve Společenství a k reformám jiných členských států EU, a zaměřit se na ty instituty, které jsou momentálně soutěží nejvíce ovlivněny. Soutěž právních řádů však není jedinou hybnou silou reform, a proto je potřeba se zaměřit i na jiné instituty, které se soutěží toliko nesouvisí, nicméně jsou pro otázku konkurenceschopnosti (a i pro kvalitu) právní úpravy s.r.o. důležité. Dále je potřeba se zmínit i o některých problémech české úpravy s.r.o., ať již pramení ze samotného ObchZ nebo z jeho výkladu, které mohou zapříčinit menší konkurenceschopnost tuzemské úpravy nebo minimálně ztížit a znepríjemnit používání s.r.o. českým i zahraničním podnikatelům. V neposlední řadě je třeba zkoumat i aktuální vývoj právní úpravy v oblasti s.r.o., zejména v judikatuře. Jak bylo řečeno výše, soutěž právních řádů probíhá na poli zakládání společností a státy usilují o co nejlevnější a nejrychlejší založení společnosti s ručením omezeným. Proto se v této části diplomové práce zaměříme na založení s.r.o. a jeho rychlost v ČR i v Evropě a zjistíme, jak si v tomto ohledu stojí česká právní úprava ve srovnání s ostatními státy.

5.1. Založení společnosti s ručením omezeným

5.1.1. Délka a náklady založení v ČR a v Evropě

Při posuzování jednoduchosti založení společnosti s ručením omezeným je potřeba se zaměřit především na počet nutných registračních procedur (na příslušných úřadech apod.) a délku jejich trvání. Důležitým faktorem je i počet dokumentů, které je potřeba vyhotovit a požadavky na jejich „kvalitu“ (je-li třeba notářské ověření či nikoli). Výsledkem je pak nejen doba, za kterou je možné společnost založit, ale i náklady, které je nutné na její založení vynaložit.

Dle údajů Světové banky⁹³ trvá založení⁹⁴ společnosti (a tedy splnění všech nutných registračních procedur) v ČR průměrně za 24 dní. Oproti roku 2004 je založení v průměru o 16 dní rychlejší (což je nevíce ovlivněno novelou obchodního rejstříku), nicméně ve světě nás to řadí na 75. místo. Naše procedura tak patří v Evropě mezi ty pomalejší, což je konkurenceschopnosti tuzemské úpravy jistě na škodu. Obecně je doba nutná k založení společnosti v Evropě velmi různorodá. Velmi rychlé založení existuje například ve Velké Británii, kde je možné založit společnost během jednoho dne. Také francouzskou zjednodušenou společností s ručením omezeným, v angličtině tzv. „Blitz-S.A.R.L.“ (S.A.R.L. je zkratka pro Société à responsabilité limitée), lze založit do 24 hodin. Oproti tomu založení společnosti s ručením omezeným v Německu trvá několik týdnů.

Náklady na založení společnosti jsou opět různorodé a i tady jsou rozdíly poměrně markantní. Nejlevněji lze společnost s ručením omezeným založit ve Finsku, kde jsou náklady 285 Eur. Levné je i založení ve Velké Británii (425 Eur), Maďarsku (430 Eur) a Francii (450 Eur). Česká republika s náklady 1234 Eur je někde ve středu pořadí. Drahé založení společnosti je například v Rakousku (3500 Eur) nebo Dánsku (6715 Eur).⁹⁵

Samotný proces zakládání s.r.o. v ČR lze rozdělit na čtyři základní fáze,⁹⁶ během kterých zákon postupně požaduje uzavření společenské smlouvy (případně vydání zakladatelské listiny u jednočlenného s.r.o.), získání průkazu podnikatelského oprávnění (je-li účelem založení společnosti podnikání), splacení příslušné části základního kapitálu a samotný zápis s.r.o. do obchodního rejstříku, který má dle § 62 ObchZ konstitutivní účinek a společnost vzniká ke dni tohoto zápisu.

5.1.2. Zakladatelské dokumenty

Společenská smlouva musí být pro s.r.o. uzavřena ve formě notářského zápisu a pravost podpisů zakladatelů musí být úředně ověřena.⁹⁷ Požadavek na formu notářského zápisu obsahuje i návrh paragrafovaného znění NObchZ, když v § 71 odst. 1 stanoví, že smlouva, kterou se zakládají kapitálové společnosti, se pořizuje ve formě veřejné listiny. Zachován by měl být i požadavek na

⁹³ Gola P., Založit firmu v Evropě není jednoduché, Právo pro podnikání a zaměstnání 12/2007, strana 21.

⁹⁴ Pro zjednodušení hovořím o založení, ale je dobré poznamenat, že české právo rozlišuje mezi založením a vznikem s.r.o. (a obecně společnosti). Společnost se zakládá podpisem společenské smlouvy, ale vzniká až zápisem do obchodního rejstříku, a to ke dni zápisu.

⁹⁵ Becht M., Mayer C., Wagner H. F., Corporate Mobility and the Costs of Regulation, Law Working Paper No. 70/2006, www.ecgi.org; dále jen „Becht/ Mayer/Wagner, Corporate Mobility and the Costs of Regulation“.

⁹⁶ Eliáš K., Bartošková M., Pokorná J., a kol., Kurs obchodního práva, Právnícké osoby jako podnikatelé, 4. vydání, Praha C.H.Beck, 2003, str. 180, dále jen „Eliáš/Bartošková/Pokorná, Kurs obchodního práva“.

⁹⁷ § 57 ObchZ

ověření pravosti podpisů zakladatelů. Stávající úprava pak v kogentním § 110 odst. 1 ObchZ stanoví minimální nutný obsah společenské smlouvy (např. firma sídlo, určení společníků, předmět podnikání či činnosti, základní kapitál a vklady, identifikace prvních jednatelů a další). Stanovy mají v s.r.o. pouze fakultativní povahu, společnost je může vydat pro další úpravu věcí obsažených v společenské smlouvě a specifikaci vnitřní organizace s.r.o. Ale nemusí tak činit vůbec, nebo popřípadě může tyto věci specifikovat v samotné společenské smlouvě.

Oproti tomu pro založení britské Ltd. postačí podpis zakladatelské smlouvy (Memorandum of Association) a jeho svědecké osvědčení. Notářské či jiné úřední osvědčení není třeba. Což je v souladu s první směrnicí 68/151/EHS, o publicitě společností (dále jen „První směrnice“), která požaduje v čl. 10 úřední ověření pro zakladatelské dokumenty společnosti a její stanovy, jestliže není stanovena předběžná správní nebo soudní kontrola, kterou v U.K. zajišťuje tzv. „Registrar of Companies“.⁹⁸ Britské právo navíc poskytuje zakladatelům společnosti vzorové Memorandum of Association. Vzorové jsou v britském právu i stanovy (Articles of Association). Zakladatelé Ltd. si mohou vytvořit vlastní stanovy či si vzorové stanovy přetvořit dle vlastních potřeb. Pokud tak ale neučiní, automaticky pro ně platí vzorové stanovy (nebo platí v takové míře, kterou nebyly vlastními stanovami Ltd. vyloučeny), obsažené v příloze k Companies Act 1985 tzv. „Table A Articles“. Obdobná je i úprava v Companies Act 2006, s tím že přináší rovnou dva vzory stanov, jeden silně zjednodušený pro soukromou společnost (Ltd.) a druhý pro veřejnou (Plc.).

Využívání vzorových zakladatelských dokumentů je v U.K. velmi oblíbené, zvláště u malých společností. Což ostatně není překvapivé, jelikož to šetří čas a náklady, které by jinak museli podnikatelé vynaložit na profesionální právníky. Proto se hned několik států nechalo inspirovat a do svých reforem společnosti s ručením omezeným zahrnuly i poskytnutí vzorových zakladatelských dokumentů. Příkladem může být Německo, kde bude přílohou novelizovaného zákona o GmbH vzorová společenská smlouva pro nekomplikované standardní případy založení společnosti s ručením omezeným (mj. nanejvýš tři společníci, složení vkladu v hotovosti). Při aplikaci tohoto vzoru navíc nebude nově požadována forma notářského zápisu, ale postačí úřední ověření podpisů.⁹⁹

Český zákoník žádné vzorové zakladatelské dokumenty neposkytuje a ani o tom, dle mě dostupné podoby rekodifikace, neuvažuje. Přitom výhody takového poskytnutí jsou zřejmé a představují poměrně značnou konkurenční výhodu spočívající ve zjednodušení založení společnosti a v ušetření nákladů na profesionální právní poradce. Někdo by mohl namítat, že založení společnosti není jednoduchým procesem a že by mělo být stejně svěřeno právníkům. Proti

⁹⁸ Vládní úředník odpovídající za registraci společnosti a vedení zápisu o ní.

⁹⁹ Alfery-Hrdina P., Modernizace právní úpravy společností s ručením omezeným v Německu, Právní zpravodaj, září 2007, str. 9.

tomu, ale argumentuji tím, že ve světě poskytované vzorové stanovy jsou většinou jednoduché, a slouží tedy k zakládání spíše malých společností, pro které je cena za založení společnosti citelnějším zásahem a často může ovlivnit i rozhodnutí o podnikání. Větší společnosti, které požadují složitější organizační strukturu, naopak přijímají vzorové stanovy jen v malé míře a využívají profesionálních právníků k jejich přeměně dle svých potřeb. Z tohoto pohledu nepředstavuje česká s.r.o. dostatečně konkurenceschopnou formu společnosti ve srovnání s právními řády, které vzorové zakladatelské dokumenty poskytují. Třebaže se to z právního hlediska může jevit jako zanedbatelné, z praktického hlediska může mít jejich poskytnutí vliv na rozhodnutí zakladatelů společnosti o výběru právního řádu a místa pro jejich podnikání.

5.1.3. Podnikatelské oprávnění

Dalším krokem je získání průkazu podnikatelského oprávnění (nejčastěji živnostenského oprávnění). To je potřeba v tom případě, že je s.r.o. zakládána pro účely podnikání (což je ve valné většině případů). Nevýhodou je, že v případě, kdy zákon takové potvrzení požaduje, lze podat návrh na zápis společnosti do obchodního rejstříku až po získání tohoto potvrzení. Tím je pro založení společnosti předepsána další procedura, která může být časově náročná. A to i například v případě nejjednodušších ze všech živností, ohlašovací živnosti volné, pro které stačí splnění všeobecných podmínek podle § 6 odst.1 živnostenského zákona.¹⁰⁰ Vedle několika nezbytných administrativních kroků k získání živnostenského oprávnění, které mohou celý proces vydání pozdržet (např. nutnost předložit výpis z rejstříku trestů¹⁰¹), musíme zdůraznit především lhůtu ve které je povinen živnostenský úřad ono oprávnění vydat. Živnostenský úřad musí vydat živnostenský list do 15 dnů ode dne ohlášení živnosti, což rozhodně není zanedbatelné. Přitom zejména u ohlašovacích živností, pro jejichž zisk není třeba prokazovat žádnou speciální kvalifikaci a není tím pádem potřeba ani odpovědný zástupce, se tento požadavek zdá být nadbytečný.

Tento fakt si dobře uvědomil německý zákonodárce. Významnou novinkou, kterou představil v návrhu MoMiG je, že napříště již nebude nutné, aby společnost byla držitelem státního povolení pro výkon určité činnosti v době, kdy žádá o svou registraci. Nově bude stačit, aby společnost pouze prokázala, že podala žádost o takové povolení. Nebude však potřeba předkládat rejstříkovému soudu žádné schvalovací listiny, čímž dojde k zrychlení celého procesu zápisu.

¹⁰⁰ Zákon č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), podmínky § 6 odst. 1 jsou následující: dosažení věku 18 let, způsobilost k právním úkonům, bezúhonnost a skutečnost, že fyzická osoba nemá vůči územním finančním orgánům státu daňové nedoplatky, že nemá nedoplatky na platbách pojistného na sociální zabezpečení a státní politiku zaměstnanosti a nově i skutečnost, že nemá nedoplatky na pojistném na veřejném zdravotním pojištění.

¹⁰¹ Není nutné předložit výpis z rejstříku trestů osobně, pokud tak neučiníme, učiní tak za nás sám živnostenský úřad. Pak se ale protahuje lhůta, kterou má živnostenský úřad na vydání živnostenského oprávnění.

Nahlédneme-li do návrhu české rekodifikace obchodního práva, zjistíme, že zákonodárce o podobných změnách neuvažuje. Tento fakt je patrný ze znění § 72, který stanoví, že návrh na zápis korporace do obchodního rejstříku musí být podán nejpozději do šesti měsíců¹⁰² ode dne jejího založení nebo od doručení průkazu živnostenského či podobného oprávnění.¹⁰³ Proces zakládání s.r.o. je v ČR sám o sobě dost dlouhý na to, aby bylo nutné ho prodlužovat dalšími požadavky, které mají ve své podstatě administrativní charakter. Domnívám se, že *de lege ferenda* by bylo vhodné uvažovat o podobném postupu, jako představila německá reforma v návrhu MoMiG.

5.1.4. Splacení vkladů

Třetím krokem nutným pro vznik s.r.o. je splacení příslušné části základního kapitálu. Nebudu se v této chvíli věnovat samotné výši základního kapitálu a obecně požadavku na jeho minimální výši, ale zaměřím se na částku a způsob splacení, které jsou nutné k vzniku s.r.o.

Rozsah vkladů splacených před vznikem s.r.o. musí splňovat dvě zákonem kogentně stanovené podmínky. Na každý peněžitý vklad musí být splaceno nejméně 30 % a zároveň musí celkový rozsah splnění všech vkladových povinností před vznikem společnosti přesáhnout alespoň 100.000 Kč (jen připomínám, že minimální požadovaný základní kapitál je 200.000 Kč a minimální výše vkladu jednoho společníka je 20.000 Kč). Nepeněžité vklady musí být splaceny v plné výši.

Rozsah splacení vkladů má význam zejména pro ručení společníků s.r.o. Podle § 106 odst. 2 ObchZ ručí společníci společně a nerozdílně za závazky společnosti pouze do výše souhrnu nesplacených vkladů všech společníků podle stavu zápisu v obchodním rejstříku. Ručení je společné a nerozdílné, a proto se zaplacením svého vkladu společník ručení nezbaví, musí dojít ke splacení všech vkladů. Ručení zaniká až zápisem splacení vkladů do obchodního rejstříku. Tento zápis má konstitutivní charakter. V případě splacení jen části vkladů se omezí ručení jen na dosud nesplacenou výši vkladů. Ručení společníků se obnovuje při zvyšování základního kapitálu, a to v případě, že vklady společníků nejsou dosud splaceny. Společník navíc bude ručit i za závazky, které má společnost z doby, kdy ještě nebyl majitelem obchodního podílu. S nabytím podílu na něj

¹⁰² Lhůta představuje změnu oproti současným 90 dnům stanoveným v § 62 odst. 1 ObchZ. Nově by dále měla být zakotvena nevyvratitelná domněnka, která stanoví, že není-li návrh v této lhůtě oprávněnými osobami podán, platí, že zakladatelé od společenské smlouvy odstoupili, popřípadě že se společenská listina ruší (v případě jednočlenné společnosti).

¹⁰³ Ani připravovaná novela Živnostenského zákona nepřináší v tomto směru žádnou změnu. Jinak je v ní navrhováno několik zajímavých institutů, které zjednoduší podnikatelům život a zmenší jejich náklady (např. zavedení jedné volné živnosti, volný výběr živnostenského úřadu neboli zrušení místní příslušnosti nebo zrušení oznamovací povinnosti ve vztahu ke změnám těch údajů, které jsou obsaženy ve veřejných databázích, zejména obchodní rejstřík), ale samotný proces založení společnosti tím není ovlivněno.

přechází i ručení z dosud nesplacených vkladů. Splní-li společník, vstupuje do práv dosavadního věřitele a má právo na regres od ostatních společníků.

Jen pro srovnání, současná úprava GmbH požaduje před zápisem splacení nejméně 12.500 Eur, přičemž je požadován minimální základní kapitál ve výši 25.000 Eur. Podle reformy německé úpravy GmbH bude nově požadován základní kapitál jen 10.000 Eur a minimální výše splaceného kapitálu před vznikem GmbH bude 5.000 Eur. Oproti tomu britská úprava nestanoví pro Ltd. požadavek na výši minimálního kapitálu. V případě splácení kapitálu se rozlišuje splacený a nesplacený kapitál, přičemž oproti naší úpravě mají společníci povinnost splatit vklad, jen je-li to po nich žádáno, nebo v případě, že společnost vstoupí do likvidace. Prakticky tak společníci dlouhá léta nemusí nic platit, přičemž jejich povinnost splatit vklad přetrvává (podle české úpravy musí být veškerý základní kapitál splacen nejpozději do 5 let, přičemž konkrétní podmínky stanoví společenská smlouva¹⁰⁴). Tomuto odpovídá i ručení společníků Ltd., které nastává jen v případě likvidace společnosti, a to do výše jejich nesplaceného vkladu.

Samotný vklad je možné splatit v peněžité nebo nepeněžité podobě. Nepeněžité vklady je dále možné rozdělit na vklady spočívající v činnosti, vklady movitých či nemovitých věcí, vklady spočívající v nehmotných statcích, vklady know-how a další. Pro české s.r.o. je nicméně první z uvedených, vklad v podobě činnosti, zakázán. Český zákonodárce totiž implementoval Druhou směrnici nad požadovaný rámec a vztáhl na s.r.o. pravidla článku 7, který stanoví, že upsaný základní kapitál mohou tvořit pouze aktiva, která je možné hospodářsky ocenit a že součástí těchto aktiv nemohou být závazky provedení prací nebo poskytnutí služeb. V Evropě se však již setkáváme i s opačným přístupem, kdy jsou vklady ve výkonech povoleny. Taková úprava existuje například ve Francii, kde je od roku 2001 zakotvena pro S.A.R.L. možnost vnášet do společnosti i vklady ve výkonech specifikovaných ve stanovách.¹⁰⁵ V rámci reformy společnosti s ručením omezeným tuto možnost zakotvila i Itálie pro svou Società a responsabilità limitata (dále jen „S.r.l.“). Je tak umožněno splácet základní kapitál i vklady ve výkonech, přesněji poskytnutím prací či služeb, když lze připustit všechny prvky prospěšné pro ziskovou podnikatelskou činnost, pokud neohrožují udržení hodnoty základního kapitálu. V podstatě tedy jde o veškerá aktiva, která mají ekonomickou hodnotu. Samotné splácení lze zajistit složením kauce nebo prostřednictvím bankovní záruky.¹⁰⁶

Český zákonodárce o připuštění vkladů ve výkonech neuvažuje ani v připravované rekodifikaci. Přesto by v rámci ní přeci jen mělo dojít k určitým pozitivním změnám. První změnou,

¹⁰⁴ § 113 odst. 1 ObchZ.

¹⁰⁵ Černá, Společnost s ručením omezeným pod vlivem reformy, str. 19.

¹⁰⁶ Černá, Společnost s ručením omezeným pod vlivem reformy, str. 19.

kerou rekonstrukce nabídne, je, že omezení předmětu nepeněžitých vkladů na jejich hospodářskou využitelnost pro společnost bude vztaženo v duchu Druhé směrnice pouze na a.s.¹⁰⁷ Podle mého názoru významnější změnu přináší NObchZ ve vztahu k oceňování nepeněžitých vkladů. Vkládání nepeněžitých vkladů do základního kapitálu je snadno zneužitelné a mohlo by vést k vytvoření fiktivního základního kapitálu.¹⁰⁸ Proto české právo (vycházejíce z Druhé směrnice) stanoví přísná a ve značné míře kogentní pravidla pro oceňování nepeněžitých vkladů. Současná úprava tak v § 59 odst. 2 ObchZ stanoví, že hodnota nepeněžitých vkladů do s.r.o. se stanoví podle posudku zpracovaného znalce nezávislým na společností, jmenovaným za tímto účelem soudem. Návrh na jmenování znalce podává zakladatel, budoucí zakladatel nebo společnost, ale soud tímto návrhem není vázán. Rozhodnout o něm musí do 15 dnů od doručení návrhu. Dle NObchZ nebude napříště vyžadováno, aby byl předmět nepeněžitých vkladů do s.r.o. oceněn znalce jmenovaným soudem, ale postačí znalec určený dohodou stran (zakladatelé či společnost a znalec). Tato změna se může jevit jako zanedbatelná, nicméně pro praxi a rychlost založení společnosti má značný vliv. Díky tomu odpadne čekání na rozhodnutí soudu a doba potřebná na založení společnosti se opět zkrátí (v případě, že bude do společnosti vkládán nepeněžitý vklad). Význam tohoto ustanovení není jen při zakládání společnosti, ale i při zvyšování základního kapitálu prostřednictvím nepeněžitých vkladů. I zde bude procedura rychlejší. Pro úplnost doplním, že posudek znalce musí obsahovat alespoň popis nepeněžitých vkladů a částku, na kterou se oceňuje (oproti současné úpravě není vyžadován popis oceňovacích metod) a dále bude stanoven zákaz, aby byl předmět vkladu započten ve vyšší míře, než kolik byla určena jeho hodnota znalce.¹⁰⁹

V této části založení společnosti se konkurenceschopnost úpravy těžko posuzuje. Více než samotné mechanismy splacení základního kapitálu má pochopitelně vliv jeho celková výše, kterou se budu zabývat později. V samotném mechanismu splacení tak z hlediska konkurenceschopnosti české úpravy nevidím problém. Naopak velmi kladně lze hodnotit iniciativu zákonodárce v oblasti oceňování nepeněžitých vkladů, kdy navrhovaná úprava již nepožaduje, aby byl znalec jmenován soudem, ale postačí dohoda stran. Krom zjednodušení a zvýšení konkurenceschopnosti úpravy tím dochází i k odstranění přesahu implementace Druhé směrnice do právní úpravy s.r.o., což lze opět hodnotit kladně. Kromě toho se tím i potvrzují proklamace ve věcném záměru a důvodové zprávě, když oba dokumenty zdůrazňují potřebu odstranění pro s.r.o. příliš zatěžujících ustanovení. Lze jen doufat, že se ve výsledné podobě NObchZ objeví podobných změn více.

¹⁰⁷ Důvodová zpráva k NObchZ, <http://pravnik5.juristic.cz/174596>, str. 24.

¹⁰⁸ Pelikánová/Černá, Obchodní právo, str. 74.

¹⁰⁹ § 154 NObchZ.

5.1.5. Zápis společnosti do rejstříku

Poslední fází založení s.r.o. je její zápis do obchodního rejstříku. Zápis má konstitutivní charakter a společnost tak vzniká dnem jeho provedení.

Dle ObchZ podávají návrh na zápis první jednatelé s.r.o. a to všichni společně. Podpisy na návrhu musí být úředně ověřeny. Návrh je třeba doložit řadou dokumentů. Pro demonstraci náročnosti procesu před zápisem s.r.o. do obchodního rejstříku, i pro srovnání s britskou úpravou uvedenou níže, je dobré si ty hlavní vyjmenovat. § 112 odst. 2 ObchZ stanoví, že je třeba předložit společenskou smlouvu nebo zakladatelskou listinu, doklad o splacení vkladu (tím je prohlášení správce vkladu podle § 60 odst. 4 ObchZ) a posudek znalce o ocenění nepeněžitých vkladů, jsou-li poskytovány. Návrh musí být dále doložen listinami o skutečnostech, které mají být zapsány do obchodního rejstříku a listinami, které se zakládají do sbírky listin (§ 32 odst. 2 ObchZ), například je tedy nezbytné prokázání existence podnikatelského oprávnění, osvědčení skutečnosti, že je společnost oprávněná užívat prostory v místě, které uvádí jako své sídlo nebo prokázání, že osoby jednatelů splňují podmínky § 194 odst. 7 ObchZ.¹¹⁰

Samotný zápis do obchodního rejstříku zajišťují rejstříkové soudy (Krajské soudy a Městský soud v Praze). Zápis do obchodního rejstříku se podstatně urychlil novelou Občanského soudního řádu (zákon č. 99/1963 Sb. dále jen „OSŘ“) s účinností od 1. 7. 2005.¹¹¹ Touto novelou byla v § 200db OSŘ stanovena obecná lhůta pro zápis společnosti do obchodního rejstříku. Lhůta je pět pracovních dní a počítá se ode dne následujícího po doručení. OSŘ upravuje i speciální lhůty, například v případě zápisu přeměny společnosti se lhůta prodlužuje na patnáct dní. Nicméně v praxi soudy tyto lhůty nezdědka kdy poruší. Vedle toho je nutné si uvědomit, že rejstříkový soud rozhodne o zápisu společnosti usnesením, které musí být doručeno všem účastníkům řízení. Neboli navrhovatelům řízení, kterými jsou první jednatelé společnosti. Po doručení následuje patnáctidenní lhůta pro podání odvolání. Teprve pak společnost vznikne, když usnesení nabude právní moc. Samo doručení usnesení zabere často i týden a někdy i více. Podnikatel může být nemile překvapen tím, že doručení usnesení Městského soudu v Praze, trvá na jeho pražskou adresu i několik týdnů. V takovém případě jsou na místě spekulace o tom, že usnesení bylo vyhotoveno později a antidatováno. Pro případ nedodržení lhůt je sice stanovena fikce, kdy marné uplynutí lhůty může mít za podmínek stanovených zákonem fikci zápisu a zápis se považuje za provedený ke dni

¹¹⁰ Podmínky jsou následující: dosažení věku 18 let, plná způsobilost k právním úkonům, bezúhonnost a neexistence skutečnosti, která je překážkou provozování živnosti podle živnostenského zákona.

¹¹¹ Zákon č. 216/2005 Sb.

uplynutí zákonné lhůty. Nicméně výše popsaným způsobem lze obejít i ustanovení o fikci. Zavedení lhůt tak sice představuje velmi pozitivní změnu, kterou se proces vzniku s.r.o. urychlil. Domnívám se však, že urychlení nebylo dostatečné. Především pro byrokratické procesy následující po vyhotovení usnesení o zápisu s.r.o. a postup pracovníků rejstříkových soudů.

Před výše uvedenou novelou byl v odborných kruzích často kritizován sporný výklad již zmíněného článku 10 První směrnice, kterou se do českého práva dostal dvojitý přezkum (notáři a soudy) a proces je tak delší a dražší.¹¹² Jedním z úkolů novely bylo odstranit tento dvojitý přezkum, který ve své podstatě neguje podstatu notářského zápisu jako veřejné listiny. Tyto myšlenky se do OSŘ promítly v § 200da odst. 3, ve kterém se stanoví, že vycházejí-li navrhované zapisované skutečnosti z notářského zápisu, zkoumá rejstříkový soud pouze to, zda notářský zápis splňuje požadavky zvláštního předpisu¹¹³ (neboli jeho formu), nikoli však správnost jeho obsahu. Praxe je však bohužel často odlišná. Soudy se v rejstříkovém řízení často necítí vázány právními závěry notářů o ověření jednotlivých skutečností a přezkoumávají i skutečnosti, jejichž soulad se zákonem již jednou ověřil notář.¹¹⁴ Výsledkem je, že zamýšlené zrušení dvojího přezkumu, se v praxi často nerealizuje, čímž dochází k prodloužení i prodražení celého procesu řízení a navíc se i oslabuje smysl notářského zápisu. Navíc bych podotkl, že dvojitý přezkoumání představuje zbytečnou administrativní překážku a právních řádech s flexibilní úpravou ho nenalezneme (viz úprava Ltd. níže).

Další urychlení procesu zápisu společnosti do obchodního rejstříku měla přinést novela První směrnice směrnicí 2003/58/ES, jejímž prostřednictvím bylo státům uložena povinnost zajistit od 1. ledna 2007 plnou elektronizaci vedení obchodních rejstříků, včetně možnosti podat návrh na zápis společnosti elektronickou cestou. Nové znění § 33 ObchZ stanoví ve svém prvním odstavci, že návrh na zápis lze podat v listinné nebo elektronické podobě. To platí obdobně pro dokládání listin prokazujících skutečnosti uvedené v návrhu a listin zakládáných do sbírky listin. Praktický problém ale přináší druhý odstavec, který říká, že návrhy v elektronické podobě může podávat pouze osoba podepsaná uznávaným elektronickým podpisem podle zvláštního právního předpisu. Ustanovením o elektronickém podpisu, který využívá minimum osob, se možnost elektronického zápisu hodně ztížila a tato novela očekávané zrychlení bohužel nepřinesla. V praxi se nakonec elektronické vedení rejstříku využije při ukládání dokumentů do sbírky, což jistě šetří náklady, ale nemá to zásadní

¹¹² Na tento problém je upozorněno i v návrhu NObchZ.

¹¹³ Zákon 370/2000 Sb. notářský řád.

¹¹⁴ Surga O., Obchodní rejstřík bez dechu, Právní rádce 1/2006, strana 65.

význam. Přitom elektronický zápis společnosti není věcí nemožnou a funguje v řadě členských států (např. v U.K. či Španělsku).

Implementace novely První směrnice navíc nebyla bezchybná a česká úprava ObchZ byla v několika částích v rozporu s komunitárním právem. Rozpory by měly být odstraněny zákonem 344/2007, jehož účinnost nastane k 1. březnu 2008. Nově tak bude (plně v souladu s První směrnicí) možno žádat o úředně ověřený elektronický opis z obchodního rejstříku, aniž by musela být žádost opatřena uznávaným elektronickým podpisem.¹¹⁵ Významnější změnu pro konkurenceschopnost úpravy (přesněji pro její přitažlivost pro zahraniční podnikatele) představuje úprava jazykového režimu publicity. Podle nového ustanovení § 33 odst. 5 ObchZ se návrh na zápis podává a zápis provádí v českém jazyce. Navrhovatel ale může požádat, aby byl zápis paralelně proveden i v jakémkoli cizím jazyce. Soud jeho žádosti vyhová, bude-li k návrhu přiložen úředně ověřený překlad navrhovaného znění. Provedení zápisu i v cizím jazyce se jeví zvláště výhodné pro společnosti, které mají zahraniční partnery nebo kapitál. Zápisem v cizím jazyce se vůči cizím osobám zvýší transparentnost a důvěryhodnost české společnosti. Při existenci rozdílu mezi zveřejněnými různými jazykovými verzemi, se může třetí osoba dovolávat cizího jazykového znění, ledaže podnikatel prokáže, že třetí osoba znala znění obsahu zápisu v českém jazyce. V případě dobrovolného zápisu i v jiném jazyce, bude dobrá víra osob, které umí pouze cizí jazyk, požívat stejné ochrany, jako kdyby vycházely z českého znění, kterému nerozumějí.¹¹⁶

Význam této novely, především nové úpravy jazykového režimu, je z pohledu konkurenceschopnosti a přitažlivosti tuzemské úpravy s.r.o. (ale i dalších společností) zřejmý. České společnosti se mohou (vlastním přispěním) stát pro zahraniční partnery a podnikatele důvěryhodnějšími a přitažlivějšími, bude-li jim napříště umožněn i zápis v cizím jazyce, v jehož znění mohou mít cizí osoby důvěru.

5.1.6. Shrnutí procesu založení a srovnání se založením Ltd.

Na závěr lze shrnout, že i přes naznačené změny (ať již realizované nebo navrhované) je proces založení s.r.o. v ČR stále příliš dlouhý. Vedle velkého množství dokumentů nutných pro založení s.r.o. a absence vzorových zakladatelských dokumentů, je celý proces komplikován především v poslední fázi, při samotném zápisu. Kromě naznačených častých postupů rejstříkových soudů proti duchu i znění zákona, je důležitou částí procesu i byrokracie a organizace práce.

¹¹⁵ Čech P., První z řady letošních novel obchodního zákoníku účinná, Právní zpravodaj 2/2008, strana 9.

¹¹⁶ Čech P., První z řady letošních novel obchodního zákoníku účinná, Právní zpravodaj 2/2008, strana 9.

Písemné rozhodnutí o vzniku s.r.o. je vydáno okamžikem, kdy je soudce písemně zachytí. Pak ale následuje dlouhá cesta na spisovnu a než-li rozhodnutí opustí budovu, může uplynout i týden.¹¹⁷ O dalších peripetiích s doručováním, vzdáváním se odvolání a vyznačováním doložek právních mocí na usnesení o zápisu, ani nemluvě. Zkrácení procesu založení by jistě atraktivitě úpravy s.r.o. prospělo. Vedle uspořené komplikací a nákladů domácím podnikatelům, by zkrácení přineslo i větší konkurenceschopnost úpravy s.r.o. ve srovnání s ostatními státy, ve kterých je založení podstatně rychlejší a administrativně méně náročné, a tudíž často i levnější.

Pro lepší srovnání a kontrast bych stručně uvedl jednu z nejrychlejších úprav založení, konkrétně úpravu britské Ltd. Ta vzniká na základě registrace takzvaným „Registrar of Companies“. K registraci musí zakladatel, vedle návrhu na zápis, předložit obligatorně zakladatelskou smlouvu (Memorandum of Association), fakultativně pak stanovy. V návrhu musí být uvedeno jméno společnosti, jde-li o společnost s omezeným ručením (limited liability) a jde-li o soukromou či veřejnou společnost (private or public).¹¹⁸ Návrh na zápis musí dále obsahovat údaje o prvních jednatelech společnosti, případně o tajemníku společnosti, a souhlas jednatelů s jejich jmenováním do funkce. Vyžadován je i údaj o statutárním sídle Ltd. (Registered Office) a údaje o základním kapitálu. Do 1. dubna 2008 požaduje Companies Act 1985 ustanovení tajemníka společnosti (Secretary)¹¹⁹, k tomuto datu nabude účinnosti příslušná část Companies Act 2006 a jeho ustanovení bude pro Ltd. fakultativní. V případě neustanovení přebírá jeho povinnosti první jednatel (Director) společnosti. O tom, že jsou splněny všechny zákonné povinnosti nutné k založení, vydává tajemník společnosti prohlášení (Statement of Compliance).¹²⁰ Zaplacený musí být i poplatek za založení Ltd. v hodnotě 20 £, přičemž si lze připlatit 60 £, za založení tentýž den. Proces vzniku Ltd. je završen vydáním tzv. Certificate of Incorporation, který prokazuje existenci společnosti a platný vznik ke dni uvedenému v tomto certifikátu.

Popis založení Ltd. je sice stručný, ale upozorňuji, že jsem v něm uvedl všechny hlavní požadavky, které pro založení Ltd. stanoví britské právo. I z tohoto srovnání lze vidět, jak je založení Ltd. oproti s.r.o. jednodušší. Neříkám, že bychom měli právní úpravu U.K. zkopírovat, ale mohla by posloužit jako inspirace. Minimálně může posloužit jako důkaz toho, že založit společnost s ručením omezeným může být snadné, rychlé a relativně levné.

¹¹⁷ Sarga O., Obchodní rejstřík bez dechu, Právní rádce 1/2006, strana 65.

¹¹⁸ Companies Act 2006, § 9.

¹¹⁹ Osoba, která má na starosti administrativní agendu, komunikuje s rejstříkem společností a odpovídá za plnění zákonem uložených povinností.

¹²⁰ Companies Act 2006, § 13.

5.2. Základní kapitál

Druhou hlavní oblastí, ve které probíhá soutěž právních řádů je oblast základního kapitálu a jeho výše. Soutěž probíhá především v oblasti založení společnosti s ručením omezeným, a výše základního kapitálu ovlivňuje především náklady na založení společnosti. I když základní kapitál nepatří mezi přímé náklady, jelikož kapitál zůstává v podstatě ve vlastnictví společnosti (nejde o poplatky). Přesto je zakladateli společností (především těch malých, pro které znamená citelnější zásah do financí) vnímán jako rozhodující faktor pro volbu formy společnosti pro podnikání. Proto se nejprve zaměříme na některé evropské státy a jejich požadavky na výši základního kapitálu, a také na rekonfiguraci těchto požadavků. Vedle toho souvisí se základním kapitálem řada dalších otázek, především ve spojitosti s ochranou věřitelů společnosti, jelikož originálně má tento institut především garanční funkci. V této souvislosti je v poslední době jeho existence často diskutovaným tématem, proto se zaměříme i na tuto problematiku.

5.2.1. Základní kapitál s.r.o. ve vybraných zemích EU a v ČR

Výše základního kapitálu u společností s ručením omezeným je v členských státech EU velmi různorodá. Například v sousedním Německu je momentálně vyžadován základní kapitál ve výši 25.000 Eur. Výše základního kapitálu je však hlavní otázkou nové úpravy GmbH v návrhu MoMiG. Mezi německou odbornou veřejností se objevovaly při přípravě návrhu MoMiG názory, že by mělo být po vzoru anglické úpravy od požadavku na minimální základní kapitál úplně upuštěno. Tato koncepce však nebyla přijata. Minimální kapitál by ale měl být snížen z původních 25.000 Eur na 10.000 Eur, přičemž pouze polovina z této sumy musí být splacena při založení společnosti. Institut základního kapitálu (včetně pravidel jeho zachování) tak zůstává nedotčen. Požadavek na jeho minimální výši se snížil tak, aby byla GmbH snáze dostupná pro SME, a nebyla pro ně příliš kapitálově náročná. Na druhou stranu základní kapitál ve výši minimálně 10.000 Eur je dostatečným testem serióznosti zakladatele a jeho ochoty do podnikání investovat.¹²¹ Tato varianta je považována za kompromisní reformu, jelikož zpočátku se hovořilo o mnohem radikálnější modernizaci, spočívající především ve snížení minimálního kapitálu na 1 Euro, zavést britskou úpravu „wrongful

¹²¹ Přičemž test serióznosti zakladatele je jedním z hlavních argumentů zastánců minimální výše základního kapitálu alespoň v současně navrhované výši.

trading¹²² a dát podnikatelům možnost založit GmbH řízenou jimi samými (společníky řízenou GmbH – member-managed GmbH).¹²³

V novelizované verzi návrhu MoMiG se navíc objevila zjednodušená forma GmbH, která se snaží vyjít vstříc potřebám osob, které své podnikání teprve zakládají a nemají v začátcích příliš velký kapitál. Proto je v návrhu MoMiG předpokládána „rozjezdová“ varianta GmbH, tzv. podnikatelská společnost s ručením omezeným („Unternehmergeellschaft“), která nemá žádné požadavky na základní kapitál. Nejedná se však o novou formu společnosti, jak by se na první pohled mohlo zdát. Jde stále o formu společnosti s ručením omezeným, neboli GmbH, která ale, vzhledem k tomu, že může být založena bez základního kapitálu, nebude moci plně vyplácet své zisky. Podnikatelská GmbH bude povinna si postupně našetřit minimální výši základního kapitálu standardní GmbH. Jakmile taková společnost dosáhne minimální výše základního kapitálu, bude si moci pouhým přejmenováním zvolit dodatek GmbH a stane se tak standardní společností s ručením omezeným.¹²⁴

Institut zjednodušené GmbH by tak měl zajistit, aby napříště nedocházelo k masivnímu odlivu zakladatelů společností s ručením omezeným do jurisdikce U.K., k tamní právní formě Ltd. Domnívám se, že takový institut, usnadňující založení společnosti, je nejen schopen odlivu zabránit, ale navíc má i potenciál podnítit německé podnikatele k zakládání GmbH prostřednictvím její zjednodušené verze. Nicméně je těžké odhadnout, jak na podnikatelskou GmbH zareagují ostatní podnikatelé a jejich potencionální obchodní partneri. Až čas ukáže, bude-li pro ně důvěryhodným obchodním partnerem.

Německá právní úprava tak i po své modernizaci bude vyžadovat relativně vysoký kapitál (pomineme-li podnikatelskou GmbH). Oproti tomu jsou státy, které nemají uzákoněný žádný požadavek na výši minimálního kapitálu. Takovým státem je i U.K., kde pro založení Ltd. postačí kapitál ve výši 1£. U.K. neimplementovala ve vztahu k Ltd. Druhou směrnicí stanovicí požadavky na tvorbu a zachování základního kapitálu a ten má tak odlišnou povahu.¹²⁵ Oproti úpravě našeho s.r.o. nalezneme hned několik rozdílů. Základem je nominální kapitál, jehož výše je stanovené v zakladatelské smlouvě Ltd. a jde o maximální možnou výši kapitálu. Nominální kapitál pak může být vydaný (upsaný) nebo nevydaný. Nevydaný kapitál je pak flexibilním institutem zvyšování

¹²² Tento institut je popsán níže v části věnované Ltd.

¹²³ Bratton/McCahery/Vermoulen, *How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking?*, str. 32.

¹²⁴ Alfery-Hrdina P., *Modernizace právní úpravy společností s ručením omezeným v Německu*, Právní zpravodaj, září 2007, str. 9.

¹²⁵ I když je nutné poznamenat, že se v britském common law se doktrína stanovící pravidla pro udržení základního kapitálu také vyvinula. Jde zejména o oblast snižování základního kapitálu, nákup vlastních akcií společností a výplatu dividend.

základního kapitálu, bez změny zakladatelské smlouvy a to až do výše nominálního kapitálu. Konkrétní podmínky jsou zakotveny ve stanovách a jedná se o dispozitivní ustanovení, které si Ltd. může uzpůsobit podle vlastních potřeb.¹²⁶

Dále rozlišujeme mezi splaceným a nesplaceným kapitálem, podle toho zda společníci již za svůj podíl zaplatili nebo za něj společnosti dluží. Společníci mají povinnost splatit vklad jen tehdy, je-li to po nich žádáno nebo v případě, že společnost vstoupí do likvidace. Tomuto odpovídá i ručení společníků Ltd., které nastává jen v případě likvidace společnosti, do výše jejich nesplaceného vkladu.

Úprava základního kapitálu v U.K. je dostatečně flexibilní, přesto Companies Act 2006 přináší zajímavé novinky. Jednou z nich je nová možnost snížení základního kapitálu Ltd., založená na prohlášení jednatele o solventnosti Ltd. (tato varianta není možná pro Plc., pro tu zůstává požadavek, aby rezoluci společnosti o snížení základního kapitálu schválil soud). Jednatel musí prohlásit, že nejsou žádné důvody pro to, aby společnost nemohla splácet své dluhy. Prohlášení jednatele o solventnosti musí zaregistrovat Companies Registrar. V případě nepravdivého prohlášení nastupuje odpovědnost jednatele.¹²⁷

Novou úpravu výše základního kapitálu připravuje i Holandsko pro svou Besloten Vennootschap (dále jen B.V.). Základní myšlenkou tamní reformy právní úpravy společnosti s ručením omezeným je odstranění požadavku minimálního základního kapitálu. Ten z původních 18.000 Eur klesne na 1 Euro.¹²⁸ Oproti jiným členským státům, však Holandsko plánuje i opuštění X pravidel pro tvorbu a udržení základního kapitálu a nahradit je rozšířenou odpovědností jednatelů za určité operace (např. vyplácení dividend, výkup akcií apod.). Nově tak budou jednatelé B.V. solidárně odpovědní v případě, že společnost provede tyto operace, aniž by vyhověla podmínkám testu likvidace (solventnosti). Podle něho musí jednatelé zkontrolovat a prověřit, že společnost bude mít nadále dostatek prostředků pro uhrazení svých závazků, v případě, že chce výše uvedené operace provést.¹²⁹ Vedle snížení základního kapitálu je cílem nizozemských zákonodárců, aby nová úprava byla více flexibilní (více dispozitivních norem), lépe umožnila zakladatelům či společníkům určit organizační strukturu B.V., aby došlo k redukci zbytečných administrativních formalit a také uzpůsobit B.V. co nejvíce praktickým potřebám podnikatelů.¹³⁰ Zajímavostí je, že jako jedni z mála

¹²⁶ Baňouch H., Private company limited by shares – Britská obchodní společnost odpovídající naší společnosti s ručením omezeným, Časopis pro právní vědu a praxi, 4/2001, str. 372, dále jen „Baňouch, Private Company“.

¹²⁷ § 642 - § 644 Companies Act 2006.

¹²⁸ Becht/ Mayer/Wagner, Corporate Mobility and the Costs of Regulation.

¹²⁹ Bratton/McCahery/Vermoulen, How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking?, str. 34–35.

¹³⁰ De Kluvier H. J., Private Ordering and Buy-Out Remedies Within Private Company Law: Towards a New Balance Between Fairness and Welfare?, European Business Organisation Law Review 8/2007, str. 108.

ve svých návrzích holandských zákonodárci přímo deklarují potřebu konkurovat právní úpravě britské Ltd.¹³¹

Dalším státem, který redukoval požadavky na minimální výši základního kapitálu je Francie, která tak učinila v roce 2003. Není bez zajímavosti, že po úpravě požadavků na základní kapitál, se snížil počet „francouzských“ Ltd. A naopak, statistiky hovoří o zvýšení zájmu o S.A.R.L. o téměř 21% ročně.¹³² Francie původně pro S.A.R.L. požadovala minimální kapitál ve výši 7.500 Eur. V roce 2003 bylo nově stanoveno, že výši základního kapitálu stanoví stanovy společnosti, a zakladatelé si tak mohou vybrat jak vysoký kapitál, v rozmezí od 1 do 7.500 Eur, bude jejich S.A.R.L. mít. Tato úprava je postavena na tom, že pro společnosti, které podnikají v různých odvětvích, nelze předem stanovit minimální výši základního kapitálu.¹³³ Zejména pro oblasti služeb není zapotřebí tak vysoký kapitál a jeho vyžadování by pro podnikatele bylo příliš zatěžující. Pravidla pro tvorbu a zachování základního kapitálu však pro S.A.R.L. zůstala zachována.

Tato úprava se mi jeví jako velmi zajímavá a pro podnikatele vhodná. Nicméně je třeba dodat, že zejména bankovní praxe zareagovala na hrozbu podkapitalizování společnosti zvýšením požadavků na zajištění pohledávek společnostmi, nejčastěji formou osobního ručení za závazky společnosti.¹³⁴ Proto nejsou až tak překvapivé údaje statistik, že pouze minimální množství společností bylo založeno se základním kapitálem ve výši 1 Euro (pouze 4,9%). Se základním kapitálem mezi 501-1000 Euro bylo založeno přibližně 25,7 % společností, 1001-3000 Eur asi 27,4% společností a 3001-7500 Eur přibližně 28,8% společností.¹³⁵ Podnikatelé ve Francii si zjevně uvědomují, že příliš nízký kapitál pro ně nemusí být vždy výhodou.

Úpravy výše jmenovaných států představují ty nejvýraznější příklady podob či reforem základního kapitálu. Reformy se pochopitelně dotkly i dalších států. Namátkou zmíním například Španělsko, které se do soutěže zapojilo se společností Sociedad de responsabilidad limitada (dále jen „S.L.“) s minimálním základním kapitálem ve výši 3.010 Euro. Zajímavostí u španělské S.L. je i stanovení maximální výše kapitálu, a to ve výši 120.200 Eur.

A jak si v tomto srovnání stojí ČR a její s.r.o.? S.r.o. je kapitálová společnost a jako taková vytváří povinně základní kapitál. Minimální výše základního kapitálu je 200 000 Kč a může být

¹³¹ www.justitie.nl/themas/wetgeving/dossiers/BVrecht/Information_in_English.asp

¹³² Becht/Mayer/Wagner, *Where Do Firms Incorporate?*, str. 19.

¹³³ Černá, *Společnost s ručením omezeným pod vlivem reformy*, str. 19.

¹³⁴ Černá, *Společnost s ručením omezeným pod vlivem reformy*, str. 19.

¹³⁵ Becht/Mayer/Wagner, *Where Do Firms Incorporate?*, str. 19.

vyjádřen pouze v české měně, i když je splacen v zahraniční měně.¹³⁶ Pro lepší představu odpovídá výše základního kapitálu s.r.o. částce okolo 8.000 Eur (dle aktuálního směného kurzu) a díky posilování české měny tato částka stále stoupá. Ve vztahu k zahraničním podnikatelům se tak česká s.r.o. stává kapitálově náročnější. Z této sumy je vidět, že s.r.o. nepředstavuje v oblasti společností tzv. „light vehicle“ a že co do výše základního kapitálu nemůže oproti některým zemím obstát. V celkovém srovnání členských států je s.r.o. přibližně v prostředku tabulky. Kapitálově náročnější je například rakouská GmbH, která je vůbec nejdražším s.r.o., co se základního kapitálu týče (35.000 eur), dále dánská Anpaartsselskap (16.800 Eur) nebo třeba řecká Eteria periorismenis efthynis (18.000 Eur).

5.2.2. Pojetí základního kapitálu v ČR

Požadavek minimální výše základního kapitálu není pro české s.r.o. samoučelný. Odpovídá tomu, že společníci s.r.o. ručí za závazky společnosti jen omezeně a to pouze do doby splacení vkladů. Tudíž má základní kapitál kompenzovat tyto výhody společníků, které mohou mít na úkor třetích stran. Úprava základního kapitálu v ČR odpovídá ve své podstatě tradičnímu pojetí tohoto institutu v kontinentální Evropě. Hovoří se o tzv. koncepci reálné tvorby a udržení základního kapitálu. Základní kapitál má za cíl chránit zájmy věřitelů společnosti a je tedy konstruován jako jejich základní nástroj ochrany. Jeho vytvoření je jakousi garancí, že společnost bude mít dostatečné prostředky ke splnění svých závazků. Reálné tvorba kapitálu je zajištěna především stanovením jeho minimální výše, povinností ocenit výše nepeněžitých vkladů, stanovením nutné míry splacení vkladů před vznikem společnosti, lhůt pro celkové splacení vkladů a dalšími instituty. Garanční funkce základního kapitálu bývá často kritizována. Společnost totiž odpovídá za své závazky celým svým majetkem a nikoli do výše základního kapitálu. Na druhou stranu pak může mít společnost i menší majetek než základní kapitál, a pak může fakticky uspokojit věřitele jen do výše svého majetku.¹³⁷ Společnost není povinná udržovat svůj majetek ve výši základního kapitálu. Nicméně jsou zakázány určité operace, které by mohly ohrozit udržení základního kapitálu a zájmy věřitelů. Pak hovoříme o tzv. zásadě zachování (udržení) kapitálu, jejímž základem je komplex kogentních ustanovení, které mají ochranný charakter a jejich cílem je, aby suma základního kapitálu byla kryta majetkem

¹³⁶ § 108 ObchZ.

¹³⁷ Dědič J. a kol., Obchodní zákoník, Komentář, POLYGON Praha 2002, str. 355–6.

společnosti.¹³⁸ Například není možné použít k výplatě zisku společníkům základního kapitálu nebo rezervního fondu.¹³⁹ Dále nesmí být základní kapitál společnosti zvyšován z vlastních zdrojů společnosti.¹⁴⁰ Další omezení platí ve vztahu k nabývání vlastních podílů společnosti a k finanční asistenci, o které bude podrobněji pojednáno níže.

Pravidla, která se vztahují na základní kapitál při založení společnosti a na jeho zachování po dobu její existence jsou do značné míry harmonizována Druhou směrnicí. Tato směrnice je určena a zacílena pouze na akciové společnosti, nicméně český zákonodárce její působnost vztáhl i na s.r.o. a v praxi jsou tak na s.r.o. často kladeny příliš zatěžující a zbytečné požadavky.

Samo pojetí institutu základního kapitálu, které je typické pro kontinentální Evropu i pro ČR, je v poslední době podrobováno silné kritice. Nejvíce je kritizováno, že tento institut mnohdy neplní svojí funkci a neposkytuje dostatečnou ochranu věřitelům. Pro ně není tolik důležitá výše základního kapitálu společnosti, jako spíše schopnost společnosti splácet své závazky. Existence základního kapitálu je nepřesným ukazatelem toho, zda je společnost schopna dostát svým závazkům. Zvýšený zájem je tak v poslední době kladen na jiné ukazatele, které jsou realističtější. Zejména na čistá aktiva společnosti. I přes striktní regulaci může společnost snadno pozbyť hodnoty odpovídající základnímu kapitálu a tento institut pak neplní svou funkci. Naopak, příliš striktní úprava tohoto institutu má za následek menší flexibilitu evropských společností.¹⁴¹

Z výše uvedených důvodů se často hovoří o možných reformách tohoto institutu. A to jak v České Republice, tak v celém Společenství. Díky vztažení Druhé směrnice na s.r.o., je úprava základního kapitálu této formy společnosti ve značné míře ovlivněná evropskou úpravou. To je patrné i v důvodové zprávě k NObchZ. V obecných ustanoveních úpravy obchodních společností je ohledně základního kapitálu uvedeno, že obsahově zůstává zachován, ale že do návrhu NObchZ se ještě věcně neprojeví diskuze o přehodnocení pojetí základního kapitálu vedené v rámci EU. Proto lze očekávat, že reforma základního kapitálu bude vycházet z evropského kontextu a přihlédne k vývoji ve Společenství. Dále je v důvodové zprávě (v části věnované s.r.o.) proklamována částečná změna pojetí a výše základního kapitálu, ale v paragrafovaném znění tato změna není patrná. Výše základního kapitálu by měla být podle NObchZ stále 200.000 Kč. Změna pojetí a výše základního kapitálu není předpokládána ani ve věcném záměru NObchZ, a proto pravděpodobně český zákonodárce nepřistoupí k nějakým výraznějším změnám tohoto institutu. Snížení jeho minimální výše či úplného odstranění se tak s.r.o. v nejbližší době pravděpodobně nedočká, ledaže by

¹³⁸ Černá S., Přehodnotí Evropa přístup k základnímu kapitálu?, Právní rozhledy 22/205, str. 817, dále jen „Černá, Přehodnotí Evropa přístup k základnímu kapitálu?“.

¹³⁹ § 122 ObchZ.

¹⁴⁰ § 144 ObchZ.

¹⁴¹ Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe.

s takovým přístupem přišlo komunitární právo. Pro zjištění, je-li to reálné, se v další části stručně zaměřím na diskuzi o změně pojetí základního kapitálu v rámci Společenství.

5.2.3. Reformy základního kapitálu v EU a v ČR

V odborných kruzích je diskutováno několik přístupů k reformě základního kapitálu. První přístup, který prozatím na komunitárním úrovni zvítězil, souvisí s projektem SLIM.¹⁴² Smyslem tohoto projektu je zjednodušení a modernizace evropského práva společností. Pro institut základního kapitálu má význam především druhé kolo konzultací v rámci tzv. High Level Group of Company Law Experts.¹⁴³ Skupina, v čele s prof. Jaapem Winterem, v počáteční fázi navrhovala upustit od stávajícího konceptu základního kapitálu. Nakonec byl tento radikální přístup pro nejbližší období opuštěn, nicméně s doporučením se k němu navrátit v další fázi reformy. Výsledkem reformních snah byl nakonec tzv. SLIM-plus, který není příliš radikální a neodchyluje se od tradičního pojetí základního kapitálu v Evropě a ČR. Přináší nicméně několik novinek, a to prostřednictvím novely Druhé směrnice.¹⁴⁴ Jde především o uvolnění pravidel pro finanční asistenci nebo zmírnění pravidel pro povinné znalecké posudky pro určité majetkové operace, zejména mezi osobami blízkými. V dalším vývoji na evropské úrovni je předpokládána důkladná studie případných výhod a nevýhod alternativ ke stávající ochraně věřitelů prostřednictvím základního kapitálu.¹⁴⁵

Druhý možný přístup, který je značně radikální, se nechává inspirovat v USA a spočívá v odstranění požadavků na minimální kapitál. Podle tohoto přístupu by kapitál vyjadřoval jen ideální zlomky obchodních podílů či akcií. Následky tohoto přístupu spočívají například ve velké svobodě ohledně nových akcií (či zvyšování kapitálu), absenci předkupních práv, možnosti aby společnost nabyla vlastní podíly či možnost finanční asistence. Obecným východiskem pro odklon od základního kapitálu a jeho garanční funkce se v USA stala koncepce adekvátní kapitalizace. Ta vychází z předpokladu, že odpovídající výše kapitálu nezbytného pro podnikání se liší podle oblasti investování, konkrétní hospodářské situace a zkušeností zakladatelů, a její minimální hranice by proto neměla být stanovena paušálně zákonem.¹⁴⁶ Soudy USA se nicméně negativně staví k doktríně

¹⁴² Projekt *Simpler Legislation for the Internal Market*, který si klade za cíl zjednodušení a modernizaci evropského práva společností.

¹⁴³ Skupina na vysoké úrovni z odborníků o právo společností.

¹⁴⁴ 2006/68/ES ze dne 6. září 2006.

¹⁴⁵ Čech P., Přijata novela druhé směrnice nakročila k vyšší flexibilitě základního kapitálu, *Právní zpravodaj*, listopad 2006, str. 3.

¹⁴⁶ Černá, Přehodnotí Evropa přístup k základnímu kapitálu?, str. 819.

„piercing of veil“¹⁴⁷ a postižení majetku společníků pro nedostatečnou kapitalizaci společnosti. Pro uzavřené společnosti (a tedy i pro společnosti podobné s.r.o.) je tato varianta připuštěna. Samotná nedostatečná kapitalizace není považována za porušení povinnosti, může však mít vliv v případě podvodu nebo společně s dalšími faktory.¹⁴⁸ Ochrana věřitelů je v USA založena na testu insolvence.¹⁴⁹ Podle tohoto testu nesmí společnost přistoupit k rozdělování zisku, k nákupu vlastních akcií a k dalšímu obdobnému rozdělování, pokud je nebo by v důsledku takového rozdělování byla insolventní. Pro samotné určení insolvence aplikují státy více testů, např. může být společnost insolventní, když má nižší aktiva než dluhy a zároveň své dluhy nemůže uhradit v běžné obchodní lhůtě.¹⁵⁰

Na závěr je důležité konstatovat, že ochrana věřitele v USA je vedle výše uvedených institutů zajišťována především soukromoprávní cestou, a proto mohou být pravidla vtahující se k základnímu kapitálu, méně striktní než v Evropě. Soukromá iniciativa tak vyvažuje malý důraz amerických zákonodárců na ochranu třetích osob.

Poslední přístup, o kterém se zmíním již jen velmi stručně, je také revoluční. Počítá s eliminací základního kapitálu, ale nebere si za vzor úpravu v USA, naopak přistupuje k reformě z evropského pohledu. Zvažuje sice odstranění tohoto institutu, nicméně zvyšování kapitálu by stále bylo podmíněno souhlasem valné hromady společnosti, byla by zachována předkupní práva stávajících společníků a některá další pravidla pro zachování kapitálu. Ochrana věřitelů by byla opět řešena pomocí testu insolvence.

Který přístup zvítězí v budoucnu? Na evropské úrovni se zatím uskutečňuje první z nich a z evropského kontextu vychází i česká úprava základního kapitálu s.r.o. Do budoucna si však lze představit přehodnocení přístupu k základnímu kapitálu. Praxe totiž ukazuje, že zákonem pevně stanovená výše základního kapitálu má jen malý význam pro uspokojení pohledávek věřitelů. Pro ty by byl výhodnější požadavek na adekvátní kapitalizaci společnosti, jelikož ten více zohledňuje reálnou finanční situaci společnosti.

Jak si tedy stojí česká společnost s ručním omezeným v otázce základního kapitálu? České s.r.o. nemůže, co do požadavků na jeho minimální výši, konkurovat členským státům, které buď tyto požadavky vůbec nezakotvují (U.K.) nebo je snížily (Francie) či tak plánují udělat (Holandsko). Na

¹⁴⁷ Tento pojem bude důkladněji popsán a vysvětlen níže.

¹⁴⁸ Černá, Přehodnotí Evropa přístup k základnímu kapitálu?, str. 820.

¹⁴⁹ Test insolvence je mezi státy v USA nejrozšířenější, některé státy používají test solventnosti, popřípadě kombinují oba dva. Test solventnosti v krátkodobém a střednědobém horizontu by měl předem odhalit riziko insolventnosti, a tím ochránit věřitele.

¹⁵⁰ Černá, Přehodnotí Evropa přístup k základnímu kapitálu?, str. 819.

druhou stranu, požadavky stanovené českým právem nepatří mezi nejvyšší. České s.r.o. tak sice není „light vehicle“, a ani se to nedá očekávat, ale je výhodnější než řada jiných právních úprav. Z tohoto pohledu, i vzhledem k pasivnímu průběhu soutěže na našem území, není menší konkurenceschopnost v otázce výše základního kapitálu, zásadním problémem české úpravy.

Nicméně pro českého zákonodárce bude do budoucna velmi důležité reagovat včas na reformy v okolních zemích a nespolehat se jen na implementaci evropského práva. Zejména proto, že Druhá směrnice je (jak již bylo mnohokrát řečeno) primárně určena akciovým společnostem. Ve vztahu k s.r.o. tak zákonodárce není limitován komunitárním právem a může potencionálně upravit s.r.o. bez ohledu na Druhou směrnici a její požadavky na tvorbu a zachování základního kapitálu. Implementace nad rámec nemusí být vždy ku prospěchu, zvláště když tak neučiní ostatní státy a jejich úpravy se tak stanou více konkurenceschopné. Český zákonodárce ale má možnost, zejména v rámci přípravy NObchZ, k vytvoření levnější a dostatečně flexibilní úpravy základního kapitálu pro s.r.o. Takový postup by rozhodně nebyl na škodu. Při vhodné a dostatečné úpravě ochrany třetích osob, by se nejen docílilo zvýšení konkurenceschopnosti české úpravy s.r.o., ale samozřejmě by to mělo i pozitivní dopady na podnikatele.

6. DALŠÍ AKTUÁLNÍ OTÁZKY KONKURENCESCHOPNOSTI

V následující kapitole se zaměříme na několik problematik, které sice nejsou přímo spojeny s aktuálním vývojem soutěže právních řádů (jelikož se netýkají ceny ani rychlosti založení společnosti), nicméně jsou pro konkurenceschopnost právní úpravy s.r.o., především z celkového pohledu, velmi důležité. Jde většinou o instituty, které se dotýkají nebo jsou určitým způsobem spojeny se základním kapitálem s.r.o., který byl popsán výše. Pro konkurenceschopnost právní úpravy jsou důležité zejména z pohledu každodenní činnosti společnosti a ve spojení s jejím fungováním. Čím jsou flexibilnější a jednodušší, tím méně budou náklady na provoz společnosti zatěžovat podnikatele. Na druhou stranu musí být vytvořen takový rámec, aby nebylo ohroženo postavení třetích osob.

Vedle toho se v této části zaměříme i na aktuální vývoj judikatury v českém právu, která se dotýká s.r.o. Neboť i soudní rozhodnutí, zejména Nejvyššího soudu ČR, přináší zajímavé problematiky, které mohou ovlivnit používání s.r.o. a jeho konkurenceschopnost.

6.1. Ochrana třetích osob v komunitárním a českém právu

S otázkami základního kapitálu úzce souvisí otázka ochrany třetích osob, zejména věřitelů. Jak bylo řečeno výše, základní kapitál v současné podobě v praxi často neplní dostatečně svojí garanční funkci a v odborných kruzích se často diskutuje o jeho eliminaci a o alternativních možnostech ochrany věřitelů, které by pro ně byly dostatečnou zárukou, a zároveň by nepředstavovali nadměrnou zátěž pro společnost. V následující části bych se proto chtěl zaměřit na některé aspekty ochrany věřitelů s.r.o. a na možné alternativní zajištění této ochrany, především s poukazem na úpravy vybraných států.

6.1.1. Instituty jiných právních řádů

Vzorem nám mohou být především státy, které požadavek minimální výše základního kapitálu pro s.r.o. stanoven nemají. Již jsme se zmiňovali o úpravě v americkém právu, kdy je ochrana založena na doktríně adekvátní kapitalizace společnosti spolu s požadavkem na test insolvence. Teď bych se chtěl zaměřit na úpravu britské Ltd., ve které má základní kapitál jinou povahu než v české s.r.o. Jinému pojetí kapitálu odpovídá i jiné pojetí ochrany třetích osob, zejména věřitelů.

Asi největší význam má zvláštní odpovědnost jednatelů podle doktríny „wrongful trading“. Za specifických podmínek lze využít i takzvané „fraudulent trading“¹⁵¹ a nelze opominout ani doktrínu „piercing of veil“ někdy „piercing of corporate veil“ (propíchnutí, protrhnutí korporátního závoje – závoje omezeného ručení společníků), pomocí které, může být ve výjimečných případech rozhodnutím soudu protržen závoj omezeného ručení a majetek společníka společnosti může být postižen.¹⁵²

Doktrína „wrongful trading“ má své kořeny v právu common law, ale v poslední době se tento institut prosazuje i v kontinentálních právních úpravách (o jeho zkopírování uvažovalo např. Německo). Tento institut spočívá v odpovědnosti jednatelů za škodu, kterou svým vedením a rozhodováním, společnosti způsobili. Zjednodušeně řečeno, přivedou-li jednatelé svým jednáním společnost na mizinu, budou za to odpovědní. V britském právu je tento institut vedle common law

¹⁵¹ Ustanovení § 213 Insolvency Act 1986 stanoví, že osoba, které řídila společnost s úmyslem oklamat či podvést věřitele, může být soudem prohlášena odpovědnou a musí pak přispět z vlastních prostředků do majetku společnosti, čímž se zvýší pravděpodobnost uspokojení věřitelů. Problémem tohoto ustanovení je nutnost dokázat úmysl oklamat věřitele, nicméně ustanovení není mrtvé.

¹⁵² Tato doktrína není v praxi příliš často používána, neboť soudy často váhají prolomit doktrínu omezeného ručení společnosti. Existuje řada případů, kdy se tak stalo, nicméně zavedených výjimek ze zákazu „piercing of veil“ není mnoho.

upraven v úpravě insolvenčního práva (Insolvency Act 1986). Podle tohoto zákona, by si měl management společnosti v určité chvíli uvědomit, že společnost již není možné zachránit.¹⁵³ V opačném případě může být soudem vyvozena jejich odpovědnost za další zhoršení situace ve společnosti. Ustanovení není koncipováno tak, že by odpovědnost byla vyvozena v okamžiku insolvence. Často je dost dobře možné, tento nepříznivý stav zvrátit. Insolvency Act ale stanoví, že odpovědnost nastane po tzv. „okamžiku pravdy“, když už lze rozumně předpokládat, že stav insolvence zvrátit nelze.¹⁵⁴ Zbývá jen dodat, že ustanovení se aplikuje i na tzv. „shadow directors“, neboli osoby, které sice nejsou fakticky v pozici jednatele, ale slovy zákona jsou to osoby, jejichž příkazy a instrukcemi jsou jednatele Ltd. zvyklí se řídit či podle nich jednat.

Možná překvapivě není v britském právu zakotvena doktrína adekvátní kapitalizace, podle které by Ltd., v době kdy je zakládána, měla mít dostatek základního kapitálu pro potřeby svého podnikání. Ale je otázkou, zda-li se doktrína adekvátní kapitalizace, nevyvine z aplikace Insolvency Act a doktríny „wrongful trading“. Například v případě *Re Purpoint Ltd.* soud vyslovil, že je-li společnost od svého počátku příliš podkapitalizovaná, s ohledem na předmět jejího podnikání, může být insolventní od zahájení její existence. V takovém případě by odpovědnost za „wrongful trading“ byla přítomna po celou existenci společnosti a zahrnovala by celý deficit mezi majetkem a dluhy.¹⁵⁵ Do budoucna je tak možné, že se z těchto myšlenek vyvine doktrína adekvátní kapitalizace.

Vedle doktríny „wrongful trading“ z pohledu britského práva, bych rád uvedl i další institut sloužící k ochraně věřitelů. Jde o podřízení nároků osob ze společnosti, neboli takzvaných „insiderů“, oproti nárokům třetích osob stojících vně společnosti. Tento institut je založen na tom, že osoby, které mají ve společnosti přístup k důvěrným informacím (zejména jednatele a společníci), mají lepší pozici oproti třetím osobám. Pakliže poskytnou společnosti nějaké finanční prostředky, mohou snadněji, díky vlivu ve společnosti a interním informacím, ovlivnit, často i nekalým způsobem, postavení ostatních věřitelů. Proto jsou jejich nároky podřízeny a společnost je může uhradit až po uhrazení nároků ostatních věřitelů. Odpůrci tohoto institutu namítají, že jsou-li pohledávky společníků a ostatních „insiderů“ za společností podřízené, má to negativní vliv na jejich ochotu poskytovat společnosti kapitál. To může mít i negativní dopad na prosperitu společnosti. Osobně se domnívám, že tento institut není špatný. V praxi se s podřizováním pohledávek společníků za společností na soukromoprávní bázi můžeme často setkat, a to například v rámci

¹⁵³ Insolvency Act 1986, § 214 (2) (b), French D., Blackstone's Statutes on Company Law 2006–2007, 10th Edition.

¹⁵⁴ Pettet B., Company Law, Pearson education Limited 2005, str. 33–37, dále jen „Pettet, Company Law“.

¹⁵⁵ Pettet, Company Law, str. 36.

úvěrového financování společnosti, kdy banky často vyžadují dobrovolné podřízení těchto pohledávek a podmiňují tím poskytnutí finančních prostředků.

Vedle soukromoprávní možnosti využití podřízení pohledávek existuje v Evropě řada států, ve kterých je tento institut upraven. Příkladem může být Německo, kde navíc pravidla podřízení nároků byla ovlivněna vlnou reforem. Německo mělo dříve velmi komplexní úpravu zabývající se půjčkami společníků od členů společnosti. Jejím základem bylo rozlišování mezi normálními půjčkami a půjčkami, které jsou pokládány za „equity“ neboli finanční prostředky nahrazující kapitál GmbH. V případě insolvence je „equity“ podřízena nárokům ostatních věřitelů. Toto rozlišování přinášelo v praxi často problémy, především díky nekonzistentní judikatuře. Nová úprava, kterou přinese MoMiG, proto stanoví jasná pravidla. Nadále nebude rozlišováno mezi normálními půjčkami a těmi, které nahrazují kapitál GmbH. Všechny půjčky společníků budou v případě insolvence podřízeny oproti nárokům ostatních věřitelů. Za normálního života společnosti bude s oběma typy půjček zacházeno rovnocenně.¹⁵⁶ Nově bude tento institut zařazen v rámci insolvenčního práva (namísto § 30 GmbHG¹⁵⁷), a proto se bude vztahovat na všechny formy společností v Německu, tedy i na „německé“ Ltd.¹⁵⁸

Na závěr tohoto krátkého exkurzu do alternativních úprav ochrany věřitelů v jiných právních řádech, je důležité zdůraznit jeden fakt. Vedle instrumentů obsažených v právních úpravách společností je ochrana věřitelů do značné míry realizována samotnými věřiteli, především na smluvní bázi. Jejich vlastní ochrana, například pomocí prostředků občanského práva (různé formy zajištění), je neodmyslitelnou součástí jak kontinentálního, tak především anglo-saského systému práva. Již výše bylo uvedeno, že v USA soukromoprávní ochrana věřitele převládá. V Evropě jsou zakotvena mnohem striktnější pravidla ochrany věřitelů než v USA. Vychází se z toho, že je-li právním řádem poskytnuto společnosti omezené ručení, mělo by být kompenzováno alespoň základní mandatorní ochranou věřitelů.¹⁵⁹ Přesto ale není například myslitelné, že by nějaká banka poskytla společnosti úvěr jen na základě výše jejího základního kapitálu, bez požadavku dalšího zajištění. A proto i Evropě hraje vlastní ochrana věřitelů velmi důležitou roli. A stejně tak v České Republice.

¹⁵⁶ Seifert, *Close Corporations – Reforming Private Company Law*, str. 84.

¹⁵⁷ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

¹⁵⁸ Seifert, *Close Corporations – Reforming Private Company Law* str. 84.

¹⁵⁹ Teichmann Ch., *The European Private Company, European Company Law*, issue 4, 2004, str. 164.

6.1.2. Ochrana prostředky insolvenčního práva

Ochrana věřitelů společnosti v ČR by měla být primárně zabezpečena prostřednictvím institutu základního kapitálu. Ten však ne vždy plní svou funkci, a proto jsou v praxi důležité i další instituty sloužící k ochraně věřitelů. V následující části bych se alespoň stručně zaměřil na dva z nich, oba spojené s funkcí jednatele společnosti.

První ze způsobů ochrany věřitelů vyplývá z insolvenčního práva. Jedná se o zvláštní povinnost jednatelů společnosti podat návrh na konkurz (dle staré úpravy zákona č. 328/1991 Sb., o konkurzu a vyrovnání (dále jen „ZKV“), § 3 odst. 2) či insolvenční návrh (podle nové úpravy zákona č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení – insolvenční zákon (dále jen „IS“), § 98 odst. 2). Takový návrh musí být podán bez zbytečného odkladu poté, co se jednatel dozví nebo měl dozvědět o rozhodujících skutečnostech. V případě, že jednatel svou povinnost nesplní, odpovídá věřitelům, podle staré úpravy ZKV, za škodu, které jim tím vznikne. Podle nové úpravy IS pak odpovídá věřitelům za škodu nebo jinou újmu, kterou způsobí porušení této povinnosti (§ 98 odst. 1).

Ve spojení se starou úpravou insolvenčního práva je důležité se zmínit o rozsudku Nejvyššího soudu ČR (dále jen „NS“) 29 Odo 1395/2005 ze dne 27. září 2007. Tento rozsudek totiž vykládá pojem škody, a co se tímto pojmem v kontextu § 3 odst. 2 rozumí. Dle NS se skutečnou škodou, jež věřitelům může vzniknout tím, že nebyl podán návrh na prohlášení konkursu, ač se tak mělo stát dle § 3 ZKV, rozumí rozdíl mezi částkou, již by se věřitelům dostalo na úhradu jejich pohledávek v konkursu, kdyby návrh byl podán včas, a částkou, kterou nakonec na úhradu svých pohledávek v konkursu obdrželi. To platí i pro věřitele, jejichž existující pohledávky v době, kdy měl být podán návrh na prohlášení konkursu, ještě nebyly splatné. U věřitelů, jejichž pohledávky vznikly až v době prodlení osob uvedených v § 3 odst. 2 ZKV se splněním povinnosti podat návrh na prohlášení konkursu, se takovou škodou rozumí rozdíl mezi tím, co dlužníku zbývá splnit věřiteli a částkou, kterou věřitel posléze obdržel v konkursu na úhradu této pohledávky.¹⁶⁰

Zejména první část rozsudku NS je pro nás velmi zajímavá. Podíváme-li se na konstrukci skutečné škody (která se určuje podle rozdílu mezi částkou, která by byla získána při splnění povinnosti ZKV, a skutečně získanou částkou) zjistíme, že tato konstrukce ve své podstatě odpovídá doktríně „wrongful trading“, podle které jsou jednatele britské Ltd. odpovědní za škodu, kterou věřitelům způsobili tím, že nepodali včas návrh na insolvenční řízení. Rozhodnutí NS lze v tomto ohledu hodnotit kladně, neboť se tím zlepšila ochrana věřitelů. Na druhou stranu, v britském právu je

¹⁶⁰ 29 Odo 1395/2005, www.nsoud.cz.

podobná ochrana zakotvena právě proto (zjednodušeně řečeno), že není zakotven požadavek na výši minimálního kapitálu. Může tak vzniknout polemika, zda-li není ochrana pomocí „wrongful trading“ v českém pojetí nadbytečná, možná až příliš ochranářská. A nebo polemika z opačného pohledu, nemělo-li by dojít k eliminaci požadavku na minimální výši základního kapitálu, s odkazem na judikaturu NS a argumentací dostatečné ochrany. Těžko odpovědět, který názor je správný. Z hlediska ochrany věřitelů, je však judikát NS, jistě prospěšný. A zlepšení ochrany věřitelů je pozitivní i ve vztahu ke konkurenceschopnosti s.r.o.¹⁶¹

6.1.3. Péče řádného hospodáře

Druhý způsob ochrany věřitelů souvisí s odpovědností jednatelů vůči společnosti a s povinností péče řádného hospodáře. Povinnost péče řádného hospodáře je pro s.r.o. stanovena v § 135 odst. 2 ObchZ prostřednictvím odkazu na § 194 odst. 5 ObchZ. Níže popsaná konstrukce je potvrzena i judikaturou NS.¹⁶² Jednatelé jsou povinni vykonávat svou působnost s péčí řádného hospodáře, přičemž břemeno důkazní povinnosti nesou oni sami. Pokud své povinnosti řádně plní, neručí vůbec za závazky společnosti. Naopak, ti jednatelé, kteří způsobili společnosti škodu porušením právních povinností při výkonu své funkce, odpovídají za tuto škodu společně a nerozdílně. Pokud tedy jednatel například bezdůvodně nezajistí včasnou úhradu faktury a společnosti tímto jednáním vznikne škoda, ať již ve formě smluvní pokuty či úroků z prodlení, je jednatel za tuto škodu odpovědný. Pro ochranu věřitelů je klíčové ustanovení § 194 odst. 6, podle něhož, pakliže jednatel škodu neuhradí, a věřitelé nemohou dosáhnout uspokojení svých pohledávek z majetku společnosti, ručí jednatel za závazky společnosti (popřípadě jednatelé ručí společně a nerozdílně), a to až do výše jím způsobené škody. Ručení zaniká, jakmile způsobenou škodu uhradí. Smyslem takto definovaného ručení je především skutečnost, že jednatele dotčených s.r.o. jsou často právě společníci. Společnost sama nemá stanovenou povinnost škodu způsobenou jednatele vymáhat a mnohdy se tak ani neděje. Tím může dojít k poškození třetích stran, a proto nastupuje institut ručení jednatelů do výše způsobené škody. Zajímavá je i aplikace tohoto institutu ve vztahu k insolvenční společnosti. Jednou ze základních povinností jednatele společnosti je podat soudu návrh na konkurz společnosti v případě, je-li společnost v úpadku. Aplikací takové odpovědnosti na danou

¹⁶¹ V novém IS je v § 98 odst.2 definováno co se rozumí škodou podle odst. 1. Je stanoveno, že škoda nebo jiná újma spočívá v rozdílu mezi v insolvenčním řízení zjištěnou výší pohledávky přihlášené věřitelem k uspokojení a částkou, kterou věřitel v insolvenčním řízení na uspokojení pohledávky obdržel. Vystává otázka, je-li judikatura NS s touto definicí konsistentní. Domnívám se, že ano, nicméně rozhodnutí bude náležet soudní praxi.

¹⁶² Např. 29 Odo 1108/2005 ze dne 27. února 2007, www.nsoud.cz. V tomto rozhodnutí soud judikovat přímou odpovědnost jednatele vůči věřitelům za to, že nepodal včas návrh na konkurz a jednatelům vznikla škoda. Povinnost podat návrh na konkurz lze tedy vyvodit i z obecné povinnosti řádného hospodáře.

situaci dojdeme k závěru, že následky nesplnění této povinnosti mohou vyústit až v ručení za veškeré závazky společnosti, vzniklé po okamžiku, kdy měl být návrh na prohlášení konkursu podán.¹⁶³

Výhodou tohoto institutu je především to, že je schopen ochránit věřitele i před společníky s.r.o., jsou-li v pozici jednatele (což je u s.r.o. dosti časté), za předpokladu, že nejednají s péčí řádného hospodáře. Z tohoto pohledu je kvalita poskytované ochrany zřejmá. Zbývá jen, aby byla v praxi důkladně prosazována soudy.¹⁶⁴

Vzhledem k výše nastíněným způsobům, považuji ochranu věřitelů (alespoň co se týká její zákonné úpravy, nehovořím o praktickém prosazování) za dostatečnou a konkurenceschopnou. To je umocněno i § 66 odst. 6 ObchZ, který rozšiřuje odpovědnost a ručení orgánů a členů orgánů společnosti podle ObchZ a jiných zvláštních předpisů, na osoby, které na základě dohody, podílu na společnosti nebo jiné skutečnosti ovlivňují podstatným způsobem chování společnosti, aniž by byly orgány společnosti či jejich členy, a to bez zřetele na vztah, jaký ke společnosti mají. Tím dochází k rozšíření odpovědnosti i na osoby mající faktický vliv.¹⁶⁵ I z tohoto důvodu se domnívám, že česká úprava ochrany věřitelů je dostatečně konkurenceschopná. Otázkou je, není-li to někdy na úkor její flexibility. Zejména tím mám na mysli striktní pravidla pro tvorbu a zachování základního kapitálu, která se ve světle výše popsaných institutů jeví mírně nadbytečná.

6.2. Institut podnikatelského úsudku („Business Judgement“) v ČR a ve světě

V předchozí části byla popsána odpovědnost jednatelů společnosti v souvislosti s jejich povinností jednat s péčí řádného hospodáře. Na tento výklad bych rád stručně navázal problematikou tzv. „Business Judgement Rule“, neboli pravidla podnikatelského uvážení, a výskytem tohoto institutu v českém právu. Netýká se sice výhradně společnosti s ručením omezeným, ale doplňuje předchozí problematiku a proto je vhodné se o něm zmínit. Navíc může hrát poměrně významnou roli v konkurenceschopnosti české právní úpravy společností.

Podle § 135 odst. 2 ObchZ ve spojení s § 194 odst. 5 ObchZ mají jednatele s.r.o. povinnost vykonávat svou působnost s péčí řádného hospodáře. Tato povinnost je v českém právu postavena na objektivním přístupu. Je-li péče řádná či nikoli, se posuzuje podle intenzity péče poskytnuté

¹⁶³ 29 Odo 1108/2005 ze dne 27. února 2007, www.nsoud.cz.

¹⁶⁴ V návrhu rekodifikace se počítá s převzetím výše popsané konstrukce, viz § 99 NObchZ.

¹⁶⁵ V návrhu rekodifikace se primárně předpokládá u osob rozhodným vlivem jen ručení za škodu, kterou svým ovlivněním jednatel osoby způsobili. Ale prokáže-li jednatel osoba, že vliv na její jednání byl natolik rozhodující, že její samostatná rozhodovací působnost byla fakticky potlačena, odpovídá vlivná osoba za škodu, která v souvislosti s jejím jednáním obchodní korporaci vznikla přímo. Viz § 101 odst. 1 a 2 NObchZ.

jednatelům ve vztahu k péči, kterou by na jeho místě poskytl fiktivní objektivizovaný řádný hospodář.¹⁶⁶ Opačný přístup, subjektivní, pak spočívá v tom, že řádná péče se posuzuje ve vztahu k subjektivním kvalitám toho, kdo jí poskytuje. Jsou-li jeho kvality a odborné znalosti větší, je i očekávání na úroveň řádné péče větší. Oproti tomu nezkušená osoba nemusí být odpovědná ani za porušení řádné péče podle objektivního hlediska, jestliže subjektivně nemohla vzhledem ke svým znalostem poskytnout lepší péči.

Subjektivní přístup se uplatňuje v zahraničí zpravidla u osobních společností, například v rakouském či německém právu.¹⁶⁷ V britském právu se v minulosti vyskytoval dokonce i u kapitálových společností. V nedávné minulosti byl ale přístup přehodnocen, a využívá se kombinace objektivního hlediska společně se subjektivním. Poprvé tak bylo zakotveno v Insolvency Act.¹⁶⁸ Člen orgánu společnosti musí, podle tohoto ustanovení, vykonávat svou funkci s péčí, schopnostmi a pečlivostí, kterou lze rozumně očekávat od osoby, která vykonává stejnou funkci jako on (objektivní hledisko). Subjektivní hledisko pak spočívá v tom, že vedle výše uvedeného by měl člen orgánu poskytnout společnosti znalosti, schopnosti a zkušenosti, které má on sám. Stejným způsobem je tzv. „Duty of Care“ zakotvena i v novém Companies Act 2006.¹⁶⁹

Porušení povinnosti péče řádného hospodáře je sankcionováno, zejména odpovědností za škodu. Nicméně takové sankce mohou svým způsobem limitovat rozvoj společnosti. V podnikání je často potřeba podstoupit rizika nebo třeba investovat do nového projektu s možností většího zisku. Zachová-li se tak jednatel, riskuje, že jeho jednání nebude v souladu s požadavkem na péči řádného hospodáře.¹⁷⁰ Riziko je dnes běžná součást podnikání, a proto by neměl být pojem péče řádného hospodáře vykládán příliš úzce. V praxi by se pak jednatelé neradi pouštěli do nových projektů, hrozila-li by jim osobní odpovědnost za nezdar, na kterém by ani nemuseli nést vinu prostřednictvím špatných rozhodnutí. Na základě toho se v zahraničí vyvinula pravidla tzv. podnikatelského uvážení neboli „Business Judgement“. Jde o vymezení relativně širokého diskrečního prostoru, ve kterém se mohou statutární orgány kapitálových společností (a tedy i s.r.o.) volně rozhodovat, aniž by se jejich členové museli strachovat z odpovědnosti za přijatá rozhodnutí.¹⁷¹ Je jim tak uděleno právo se zmýlit, aniž by to pro ně mělo důsledky v podobě odpovědnosti za škodu. Základem pro

¹⁶⁶ Čech P., Péče řádného hospodáře a povinnost loajality, Právní rádce 3/2007, str. 4, dále jen „Čech, Péče řádného hospodáře a povinnost loajality“.

¹⁶⁷ Čech, Péče řádného hospodáře a povinnost loajality, str. 4.

¹⁶⁸ Insolvency Act, § 214 odst. 4., French D., Blackstone's Statutes on Company Law 2006–2007, 10th Edition.

¹⁶⁹ § 174, Companies Act 2006.

¹⁷⁰ Zejména při jazykovém výkladu slova hospodář bychom k takovému výsledku mohli dojít, nicméně zahraniční právní věda i praxe hovoří spíše o tom, že ideálem by měla být kombinace šetrného hospodáře s odvážným podnikatelem. Čech, Péče řádného hospodáře a povinnost loajality, str. 5.

¹⁷¹ Čech, Péče řádného hospodáře a povinnost loajality, str. 7.

podnikatelské uvážení jsou určitá, nejčastěji procesní, pravidla pro rozhodnutí orgánu společnosti v obchodních záležitostech. Spíše než rozhodnutí samo se zkoumá postup, na jehož základě bylo přijato a jeho příprava. Přičemž se podnikatelský úsudek nepřipouští v oblasti zákonnosti.

Americká judikatura, která je v Evropě zdrojem inspirace pro tento institut, nemá díky nejednotné právní úpravě společností ani jednotnou úpravu tohoto institutu (včetně rozhodovací praxe). Tak např. podle práva Delaware, zakládá toto pravidlo domněnku, že při tvorbě podnikatelských rozhodnutí jednali členové orgánu informovaně, v dobré víře a v upřímném přesvědčení, že je přijaté rozhodnutí v nejlepší zájmu společnosti.¹⁷² Domněnku lze vyvrátit důkazem o neexistenci některé z uvedených skutečností. Jinou úpravu má např. Americký právní institut, který formuluje „Business Judgement“ v rámci zásad řízení a správy společnosti. Oproti předchozí úpravě přidává požadavek, aby člen orgánu nebyl na předmětu rozhodování osobně zainteresován. Navíc nestanoví domněnku řádného jednání orgánu společnosti a orgán společnosti tak nese v případě provinění důkazní břemeno.

Německo zakotvilo tento institut do svého akciového práva v roce 2005, a to jako důsledek průlomového rozsudku ve věci ARAG/Garmenbeck.¹⁷³ Do německého zákona o akciové společnosti byla zakotvena věta, že nejde o porušení povinnosti, jestliže člen představenstva mohl při přijímání podnikatelského rozhodnutí rozumně předpokládat, že jedná na základě přiměřených informací ku prospěchu společnosti.¹⁷⁴ Snahou německé úpravy je zakotvit existenci prostoru pro podnikatelskou úvahu, v rámci níž by orgány společnosti nenesly odpovědnost za potencionální chyby. Základem diskrece jsou znaky, které by mělo jednání orgánu společnosti splňovat. Musí jít o podnikatelské rozhodování, v dobré víře (posuzována objektivně), nezávislé a nepodjaté, na základě přiměřených informací (bez přehnaného formalismu) a musí být ku prospěchu společnosti. Nová úprava nemá podpořit přílišný formalismus rozhodování, pouze vyloučit zbrklost a lehkomyšlnost. Je-li příprava pro rozhodování dostatečná, či ne, pak může vyplývat z časových i věcných možností společnosti, druhu a důležitosti rozhodnutí i třeba z uznávaných ekonomických standardů.¹⁷⁵

Výskyt tohoto institutu v české právní vědě a praxi je velmi skromný. Nicméně i v ČR se v posledních letech objeví jisté náznaky „Business Judgement“. Konkrétně první známky připuštění podnikatelského uvážení můžeme spatřit v rozhodnutí NS ve věci 5 Tdo 1143/2005 ze dne 23. listopadu 2005.¹⁷⁶ V tomto rozhodnutí NS nejdříve potvrdil, že statutární orgán společnosti musí

¹⁷² Čech, *Péče řádného hospodáře a povinnost loajality*, str. 8.

¹⁷³ Čech, *Péče řádného hospodáře a povinnost loajality*, str. 11.

¹⁷⁴ Čech, *Péče řádného hospodáře a povinnost loajality*, str. 12.

¹⁷⁵ Čech, *Péče řádného hospodáře a povinnost loajality*, str. 12.

¹⁷⁶ www.nsoud.cz

prosazovat zájmy společnosti a rozhodovat zásadně v její prospěch. Poté připustil možnost omylnosti orgánu, když vyslovil, že je nepochybné, že představenstvo akciové společnosti, stejně jako jiné podobné orgány, musí při rozhodovacím procesu zohlednit celou řadu různých okolností, přičemž za běžného stavu věcí nelze požadovat stoprocentní bezchybnost jakéhokoli rozhodnutí. Z výkladu této věty lze dovodit, že je možné, aby se statutární orgán zmýlil, aby nebyla jeho rozhodnutí bezchybná.

Asi těžko lze z tohoto rozsudku vyvodit existenci instituce podnikatelského uvážení v českém právu. Pro takové závěry nepostačí jedno rozhodnutí NS. A navíc ani argumentace tohoto rozhodnutí se nezdá být dostatečná. Nejsou stanoveny všechny předpoklady, za kterých je, podle zahraničních právních nauk, možné připustit omylnost orgánu společnosti. Podle nich se podnikatel může mýlit, pokud je v dobré víře, informovaný, jedná v zájmu společnosti a nemá z věci osobní prospěch. To z výše uvedeného rozsudku NS vyvodit nelze. Vyvodit je možné jen to, že podnikatel může být omylný, a že nesmí jednat ve svůj prospěch na úkor společnosti. Na úplné potvrzení institutu „Business Judgement“ to podle mého názoru nestačí. Ale je to minimálně slibný začátek, který dává naději do budoucna, že se tento institut objeví i v českém právu. Naopak, jeho odmítnutí, by mohlo mít závažné důsledky nejen pro konkurenceschopnost české právní úpravy společností, ale i pro podnikatelskou aktivitu a rozvoj ekonomiky v ČR.

Nejsnazší cestou by bylo jeho zakotvení v rámci rekodifikace obchodního práva. V aktuálním znění NObchZ se však bohužel diskreční pravomoc statutárních orgánů nevyskytuje (což ale může být ještě změněno). Nicméně, i v případě, že by nakonec došlo k zakotvení tohoto institutu v NObchZ, meze podnikatelského uvážení by byly zřejmé, až po vynesení prvních rozsudků a soudní interpretaci. Lze tedy předpokládat, že vývoj „Business Judgement“ na našem území ještě chvíli potrvá. A to bez ohledu nato, bude-li mít zákonný podklad nebo bude vytvořen judikaturou a právní vědou. Každopádně však lze rozhodnutí NS ve věci 5 Tdo 1143/2005 hodnotit jako pozitivní krok správným směrem. Krok nejen k větší konkurenceschopnosti české právní úpravy, ale i k větší konkurenceschopnosti celého podnikatelského sektoru.

6.3. Finanční asistence

Další problematika, o které se zmíním, také souvisí se základním kapitálem. Konkrétně s pravidly, která se vztahují na zachování základního kapitálu. Jedná se o institut finanční asistence. Pojem finanční asistence se v širším slova smyslu používá pro soubor pravidel týkajících se finanční pomoci společnosti při nabývání jejích podílů, neboli se tím rozumí poskytování finančních

prostředků (půjček, úvěrů a záloh) společností za účelem nabytí jejich vlastních akcií nebo obchodních podílů, případně poskytování zajištění finančních závazků vzniklých v souvislosti s nabytím jejich vlastních akcií nebo obchodních podílů. Častěji než o finanční asistenci se hovoří o jejím zákazu. Tento zákaz se odvíjí především od obecného principu zachování kapitálu, jehož hlavním účelem je ochrana věřitelů kapitálových společností. V opačném případě by společnost mohla bez omezení poskytovat finanční prostředky pro nákup obchodních podílů, což by zjevně vedlo ke zvýhodnění společníka nabývajícího podíl oproti věřitelům společnosti, zejména v případě, kdy mají vůči společnosti nezajištěné pohledávky z běžného obchodního styku.¹⁷⁷ Zákaz postihuje i různé druhy nepřímého poskytování finančních prostředků nebo zajištění, proto se zpravidla vztahuje i na dceřiné společnosti.

Zákaz je možné obejít pomocí institutu zvaného „leveraged buy out“. Tento institut, označuje situaci, kdy k financování převzetí jiné společnosti je použit z větší části cizí kapitál a z menší části vlastní kapitál. Avšak tím, kdo nese „zátěž“ vyplývající z poskytnutí cizího kapitálu, není „kupující“ společnost, ale „kupovaná“ společnost – cílová společnost. Subjektem, který poskytuje finanční prostředky, jsou nejčastěji banky či jiné specializované instituce. Tyto subjekty, které vystupují jako investoři, mají samozřejmě zájem na tom, aby se jim poskytnuté prostředky patřičně zúročily, a požadují záruky, aby o vložené prostředky nepřišly. Pro „leveraged buy out“ je právě typické, že tyto záruky neposkytuje „kupující“ společnost, ale cílová společnost. Tento institut je právem povolený, a i přes svoji obtížnost, poměrně často prováděný.

Úprava v českém právu společností vychází z evropského práva, konkrétně ze Druhé směrnice. Základní problém tohoto institutu ve vztahu k s.r.o. spočívá v tom, že český zákonodárce překročil rámec Druhé směrnice a stanovil zákaz finanční asistence i pro společnosti s ručením omezeným. Druhá směrnice se přitom, podle svého čl. 1, na společnosti s ručením omezeným nevztahuje. V obchodním zákoníku je úprava zákazu finanční asistence pro s.r.o. obsažena v § 120 odst. 2 a 3, a to formou normativních odkazů na úpravu akciové společnosti. Domnívám se, že extenzivní úprava představující striktní zákaz finanční asistence je příliš velkým zásahem do svobody podnikání. Na druhou stranu, především s ohledem na časté zneužívání s.r.o. (zejména v počátku 90.let dvacátého století) lze českému zákonodárci rozumět, proč rozšířil pravidla Druhé směrnice i na s.r.o. Stejně platí i ve vztahu k § 196a, který je popsán níže.

V § 120 odst. 3 ObchZ byl dlouho uveden výslovný odkaz na přiměřené použití § 161f odst. 2 až 4, přičemž zde chyběl odkaz na § 161f odst. 1. To vyvolávalo pochybnosti o použitelnosti

¹⁷⁷ Rychlý T., Tzv. zákaz finanční asistence: česká úprava a evropské perspektivy, Právní rozhledy, č. 4/2004, str.142.

zákazu finanční asistence také na ovládanou společnost. Bylo tedy dovozováno, že pokud jsou předmětem akvizice nikoli akcie, ale jen obchodní podíly ve společnosti s ručením omezením, pak sice cílová společnost (mateřská společnost) nesmí poskytnout finanční asistenci (ve smyslu § 120 odst. 2 ve spojení s § 161f odst. 1 ObchZ), ale není zakázáno, aby takovou asistenci poskytla osoba, kterou cílová společnost ovládá, a to pochopitelně bez ohledu na právní formu této ovládané osoby.¹⁷⁸

Tento výklad se změnil k 1. 1. 2005, když byl novelou č. 554/2004 Sb. upřesněn odkaz obsažený v § 120 odst. 3 ObchZ, a nově odkazuje na přiměřené použití ustanovení § 161e a § 161f odst. 2 až 4. Tím bylo ovládané společnosti, která je ovládána společností s ručením omezeným (jako mateřskou společností), výslovně zakázáno poskytovat finanční asistenci na nabytí obchodních podílů této ovládající osoby (mateřské společnosti).

Následky porušení zákazu finanční asistence přináší absolutní neplatnost právního úkonu, na jehož základě byla poskytnuta finanční asistence. K tomuto výsledku dojdeme aplikací ustanovení § 39 OZ, kde je stanoveno, že právní úkony, které svým obsahem nebo účelem odporují zákonu nebo jej obcházejí, jsou neplatné.

Pro srovnání konkurenceschopnosti české úpravy je dobré uvést i úpravu finanční asistence v jiných právních řádech. Například v Německu se zákaz finanční asistence vztahuje na akciovou společnost obdobě jako v ČR, nicméně německý zákonodárce nešel nad rámec Druhé směrnice a nevztáhl pravidla obsažené v této směrnici na GmbH.

Velká pozornost je finanční asistenci věnována v U.K. Tento stát vždy patřil k zastáncům přísné regulace finanční asistence, nicméně pro Ltd. byla v Companies Act 1985 zakotvena procedura umožňující aby se na Ltd. zákaz finančních asistencí nevztahoval, tzv. „whitewash procedure“. Tato procedura je založena na dvou základních podmínkách. Jednak se finanční asistence nesmí dotknout čistého obchodního jmění společnosti a dále je nutné, aby byla zachována předepsaná pravidla řízení. Pravidla řízení zahrnují především prohlášení členů představenstva cílové společnosti, ve kterém označí příjemce finanční asistence a prohlásí, že společnost přijímající finanční asistenci bude schopna takto poskytnutou podporu splatit zpět.

Dle posledního vývoje se však zdá, že přílišná regulace finanční asistence je v U.K. považována podnikatelskou sférou za příliš svazující. Úprava v Companies Act 2006 totiž úplně ruší zákaz finanční asistence ve vztahu k Ltd. (ta se bude napříště vztahovat pouze na Plc.). Zároveň dojde i k odstranění výjimky „whitewash procedure“, která se stává nadbytečnou, a do budoucna

¹⁷⁸ Havel: Finanční asistence – vzpomínka na budoucnost českého soukromého práva, Právní rozhledy, č. 12/2004, str. 464.

nebudou platit pro Ltd. žádná omezení týkající se finanční asistence společnosti. Tento postup je plně v souladu s Druhou směrnicí a jejími požadavky na zachování základního kapitálu, jelikož Druhá směrnice se vztahuje pouze na akciové společnosti a U.K. nerozšířila její aplikaci na jiné formy společností.

Nevýhody české úpravy finanční asistence spočívají za prvé v tom, že český zákonodárce implementoval přísná pravidla Druhé směrnice i nad její rámec, a aplikoval je na s.r.o. Za druhé ObchZ nestanoví žádnou významnou výjimku (snad až na § 161e odst.3 ObchZ, který se však týká nabývání vlastních akcií pro zaměstnance společnosti podle § 158 odst. 1 a pro s.r.o. nemá význam) ze zákazu finanční asistence. Výjimka z tohoto zákazu, která by měla pro s.r.o. stejný význam, jako například tzv. „whitewash procedure“ z britského práva, tak v českém právu zakotvena není. Přitom si lze představit situace, kdy poskytnutí finanční asistence bude zcela bez rizik a v zájmu obou společností. V tomto ohledu by se česká úprava měla nechat více inspirovat úpravou U.K., která je více založena na zkušenostech s tímto právním institutem a nikoli na příliš široké implementaci komunitárního práva. V kontextu s Ltd. se pak úprava tohoto institutu v s.r.o. jeví jako příliš rigidní a méně konkurenceschopná. Modernizace úpravy, zvyšující její konkurenceschopnost, by byla na místě.

V této souvislosti se nelze nezmínit o směrnici 2006/68/ES ze dne 6. září 2006, která je výsledkem projektu SLIM a kterou dochází k novelizaci Druhé směrnice. Podle nového znění článku 23 již neplatí striktní zákaz finanční asistence. Tato novinka by měla být implementována do českého práva novelou obchodního zákoníku. Kdy bude tato novela přijata, je zatím nejasné, nicméně transpoziční termín pro novelu Druhé směrnice je stanoven na 15. 4. 2008. Podle nově navrhovaného znění 161f bude možné poskytovat finanční asistenci za podmínek stanovených tímto paragrafem. Konkrétně bude finanční asistence možná jen tehdy, neohrozí-li její poskytnutí právní nebo finanční existenci společnosti (včetně testu úpadkem). Dále musí být finanční asistence poskytnuta za obvyklých podmínek a v zájmu společnosti. Její poskytnutí musí schválit valná hromada společnosti, přezkum transakce spadá do působnosti představenstva.¹⁷⁹ Touto novelou by mělo dojít k uvolnění striktního režimu poskytování finanční asistence jak pro akciové společnosti, tak pro s.r.o. *De lege ferenda* se domnívám, že by český zákonodárce mohl uvažovat o ještě širších výjimkách pro s.r.o, případně o úplném zrušení zákazu finanční asistence pro tuto formu společnosti. Na závěr se ještě stručně zmíním o návrhu rekodifikace obchodního práva a o NObchZ. V něm je úprava finanční asistence pro s.r.o. navrhovaná následovně. Pro s.r.o. by měl platit zákaz nabýt vlastní podíl. Tento zákaz bude nově stanoven v obecných ustanoveních se vztahem na všechny

¹⁷⁹ Důvodová zpráva k novele obchodního zákoníku.

korporace, ledaže stanoví NObchZ jinak. Proto není převzato stávající ustanovení §120, s výjimkou omezení pro ovládané osoby. Toto omezení by však mělo být formulováno přímo v části věnované s.r.o. Dále navrhovanou úpravu nebudu rozebírat, jelikož do textu znění, které je volně k dispozici a je staršího data, ještě nebyly promítnuty změny vycházející ze SLIM. Předpokládám však, že se do konečné verze NObchZ tyto změny promítnou.

6.4. § 196a

S výše zmíněnou novelou ObchZ, která má za úkol implementovat změny Druhé směrnice, se dostáváme i k další problematice s.r.o. (a pochopitelně i a.s.), k § 196a. Novela ObchZ by se měla týkat i tohoto paragrafu. Zdá se tak, že si český zákonodárce uvědomuje, že toto ustanovení je vnímáno jako „přestřelující“¹⁸⁰, a že regulace je zbytečně přísná. Než se však dostaneme k novele ObchZ, zaměřím se na samotný § 196a, a zejména jeho třetí odstavce, jelikož tento paragraf a jeho aplikaci na s.r.o. považuji za problematickou a tudíž i snižující konkurenceschopnost české úpravy s.r.o.

§ 196a odst. 3 upravuje speciální požadavky na převody majetku (oběma směry) mezi společnostmi a stanovenými subjekty (zakladatel, akcionář, osoba jednající s nimi ve shodě a dále osoby, které jsou členy orgánů společnosti a osoby jim blízké), pokud hodnota převáděného majetku dosahuje alespoň jedné desetiny základního kapitálu a nejde-li o transakce v rámci běžného obchodního styku. V takovém případě musí být hodnota tohoto majetku stanovena na základě posudku znalce jmenovaného soudem. Dochází-li k převodům do tří let od vzniku společnosti, musí být navíc převod schválen valnou hromadou. Dle § 196a odst. 5 platí stejné i pro převzetí ručení. Toto ustanovení z úpravy akciového práva se vztahuje na s.r.o. prostřednictvím odkazu v § 135 odst. 2 ObchZ.

Ustanovení 196a odst. 3 provádí čl. 11 Druhé směrnice, který doplňuje čl. 10, stanoví obdobné požadavky pro převod majetku po založení společnosti, jako pro vkládání nepeněžitého vkladu do společnosti. Český zákonodárce však nepochopil smysl čl. 11 a implementoval tyto pravidla značně odchylně. První takovou odchylkou je značné rozšíření osob, na které se úprava aplikuje. Jednak jde o rozšíření na osoby, které mohou jednat jménem společnosti, zastávají funkce v orgánech společnosti nebo osoby jim blízké. Tímto se úprava mechanismu sloužícího k zachování základního kapitálu rozšířila na úpravu na ochranu společnosti před výše uvedenými osobami, která

¹⁸⁰ Důvodová zpráva k novele obchodního zákoníku.

je již v ObchZ upravena dostatečným způsobem a k jejíž realizaci postačují mírnější prostředky.¹⁸¹ Druhým rozšířením, které přináší v praxi nejvíce problémů, je aplikace § 196a odst. 3 na ovládané osoby nebo osoby tvořící se společností koncern. Tím opět došlo k nadbytečnému zdvojení, neboť ochrana společnosti před zneužitím v rámci skupiny je již upravena v rámci koncernového práva (zejména § 66a odst. 7 a 8 ObchZ).¹⁸²

Ještě problematičtější je implementace lhůty, ve které se proces podle 196a odst. 3 aplikuje. Druhá směrnice stanoví, že se aplikuje v případě, že k nabytí došlo před uplynutím lhůty, které je určena vnitrostátními předpisy a činí nejméně dva roky od založení společnosti. Český zákonodárce si ustanovení vyložil jinak a vztáhl stanovenou lhůtu na předcházející větu čl. 11, která stanoví požadavek souhlasu valné hromady. Ve výsledku tak požadavky § 196a odst. 3 nejsou časově omezeny a aplikují se na společnost po celou dobu její existence, nikoli jen určité roky po jejím založení (což pravděpodobně zamýšlel evropský zákonodárce). Největší nevýhody přináší tento fakt zakladateli společnosti, neboť ten jím nepřestane být, ani když prodá svůj podíl a nebude mít ke společnosti žádný právní vztah, vyjma toho že jí založil.¹⁸³

Český zákonodárce implementoval Druhou směrnici nad její rámec i na s.r.o. Zdá se to být sice pochopitelné, vzhledem k tomu, že ObchZ předepisuje pro s.r.o. vytváření a zachování základního kapitálu. Nicméně dopad § 196a odst. 3 má na s.r.o. mnohem vážnější dopady a zatěžuje jí mnohem více než a.s. Pomineme-li fakt, že je ustanovení aplikováno na s.r.o. pomocí odkazu, (což může leckdy podnikatelům, kteří nejsou právníci, činit nepřijemnosti), je důležité připomenout požadovanou minimální výši základního kapitálu. Zatímco pro a.s. to jsou dva miliony korun, pro s.r.o. je to dvě stě tisíc. Test ObchZ stanoví aplikaci na transakce s majetkem ve výši jedné desetiny základního kapitálu, což může být u s.r.o., u které je častá jen minimální výše základního kapitálu, pouhých dvacet tisíc. Často se pak § 196a odst. 3 aplikuje i na bezvýznamné obchodní transakce. Postačí, aby se nevešly do výjimky transakce v rámci běžného obchodního styku.¹⁸⁴

Problematicnost tohoto ustanovení znásobují následky jeho porušení. V případě nedodržení podmínek ustanovení § 196a odst. 3 je totiž transakce absolutně neplatná. Neplatnost se přitom nedá zhojit a jedinou šancí pro účastníky neplatné transakce je, že buď vůbec nevyjde najevo, nebo až ve chvíli kdy už budou všechny práva z bezdůvodného obohacení promlčena a všechna vlastnická

¹⁸¹ Dobeš P., Kritické zamyšlení nad § 196a odst. 3 ObchZ s přihlédnutím k evropskému právu, Právní rozhledy 13/2006, str. 478, dále jen „Dobeš, Kritické zamyšlení nad § 196a odst. 3 ObchZ“.

¹⁸² Dobeš, Kritické zamyšlení nad § 196a odst. 3 ObchZ, str. 478.

¹⁸³ Dobeš, Kritické zamyšlení nad § 196a odst. 3 ObchZ, str. 479.

¹⁸⁴ Posuzování zda lze či ne lze považovat transakci za transakci v rámci běžného obchodního styku, musí vycházet z konkrétní situace. Pomocným vodítkem (nikoli však výlučně) může být předmět podnikání společnosti. Dědič, komentář k obchodu, strana 2449.

práva vydržena.¹⁸⁵ Nicméně se obávám, že v praxi je dnes řada transakcí, které jsou absolutně neplatné, aniž by o tom jejich účastníci věděli.

Z hlediska konkurenceschopnosti úpravy s.r.o. představuje § 196a odst. 3 jasnou konkurenční nevýhodu proti státům, které Druhou směrnicí neaplikovaly na s.r.o. (například U.K.) nebo proti státům, které si čl. 11 Druhé směrnice vyložili jinak (také například U.K. ve vztahu k Plc., ale i Německo ve vztahu k Aktien Gesellschaft – a.s.). Mimo to přináší v praxi mnoho problémů českým i zahraničním podnikatelům a aplikace jeho stávajícího znění na s.r.o. je pro tuto formu společnosti příliš zatěžující. Zejména bych zdůraznil nepříjemné následky porušení povinnosti stanovené tímto paragrafem, které spočívají v absolutní neplatnosti. Přiznejme si, že řada drobných podnikatelů, kteří nevyužívají služby právníků, mohou být takovými následky zaskočeni.

Jak jsem již uvedl výše, v současnosti se připravuje novela ObchZ, která by se měla dotknout i § 196a odst. 3. Návrh novely v důvodové zprávě kritizuje toto ustanovení a navrhovaný text budí naděje. Nově by se totiž měla změnit aplikace lhůty vztahující se k majetkovým transakcím. §196a se týká dle návrhu jen nabývaní majetku od zakladatele nebo akcionáře (společníka) v průběhu dvou let od vzniku společnosti (test hodnoty majetku, znalecký posudek a souhlas valné hromady je zachován). Ostatní okruhy transakcí a osob na něž se vztahují, jsou upraveny v následujících paragrafech § 196b – § 196e.¹⁸⁶ Na s.r.o. se nadále aplikují všechny z uvedených paragrafů.

V případě ocenění hodnoty majetku soudním znalcem, odkazuje § 196a na obecnou úpravu oceňování nepeněžitých vkladů, která se má použít obdobě. Tato obecná ustanovení by měla být také novelizována, a to v důsledku novely Druhé směrnice, která umožnila prostřednictvím článků 10a a 10b několik výjimek z režimu oceňování (např. byla-li hodnota vkladu v době kratší šesti měsíců předmětem spravedlivého ocenění uznaným a nezávislým odborníkem a nenastaly okolnosti, které by významně měnily hodnotu vkladu). Vzhledem k tomu bude možné tyto výjimky vztáhnout i na § 196a.

Navrhovanou změnu lze hodnotit pozitivně, především lépe implementuje článek 11. Druhé směrnice zavedením dvouleté lhůty, kterou dojde k časovému omezení těchto transakcí § 196a tak nebude noční můrou společností navždy. Dalším pozitivem je, že český zákonodárce využívá možnosti, které nabízí novela Druhé směrnice a implementuje její zjednodušení a výhody. Na

¹⁸⁵ Dobeš, Kritické zamyšlení nad § 196a odst. 3 ObchZ, str. 480.

¹⁸⁶ § 196b upravuje možnosti kdy společnost může poskytovat úvěry a půjčky členům orgánů a dalším osobám, § 196c upravuje možnosti, aby společnost zajistila závazky členů orgánů a dalších osob (obojí se souhlasem valné hromady a jen za podmínek obvyklých v obchodním styku), § 196d zakazuje mezi těmito osobami bezúplatné převody majetku a § 196e upravuje úplatné převody majetku (opět jen se souhlasem valné hromady a jen za podmínek obvyklých v obchodním styku).

konečné hodnocení této novely bych si počkal až po jejím schválení, nicméně již teď je jasné, že jde o krok správným směrem.

Na závěr bych se ještě stručně zmínil o úpravě NObchZ. Ovšem s výhradou, že ani z důvodové zprávy, ani z paragrafovaného znění nevyplývá, že by návrh bral zmiňovanou novelu ObchZ v úvahu, a je tedy možné, že výsledné znění bude odlišné. Základním rozdílem je samostatná úprava v sekci věnované s.r.o., bez odkazu do práva a.s. NObchZ by navíc neměl převzít stávající úpravu § 196a, naopak více počítá s možnostmi, které přináší Druhá směrnice. Dle důvodové zprávy je do budoucna potřeba zvážit, zda jsou omezení podobného charakteru nutná, když byla do českého práva inkorporována z Druhé směrnice, která se však týká pouze a.s.¹⁸⁷ Návrh NObchZ navrhuje upustit od procedury dle současného 196a odst. 3. Ostatní podobné transakce (půjčky mezi společnostmi a jednatelem, zajištění poskytované společností ve prospěch jednatele či bezúplatné převody majetku) jsou možné jen se souhlasem valné hromady a za podmínek obvyklých v obchodním styku. Smlouva uzavřená v rozporu s touto úpravou není neplatná, ale jednatele, případně další zákonem stanovené osoby, odpovídají společně a nerozdílně za škodu, která v důsledku porušení zákona vznikla společnosti, společníkům nebo třetím osobám.¹⁸⁸

Lze jen spekulovat, bude-li nakonec ustanovení § 196a odst. 3 upraveno v duchu Druhé směrnice a zmiňované novely ObchZ, nebo bude-li od něj pro s.r.o. úplně upuštěno, jak lze chápat z návrhu NObchZ. Domnívám se, že druhá z variant by byla prospěšnější. Nelze sice říci, že by existence této přísné regulace představovala přímou konkurenční nevýhodu ve vztahu k ostatním členským státům. Zvláště' vezmeme-li v potaz oblasti, ve kterých soutěž zatím probíhá. Minimálně však představuje problém pro české podnikatele, a ti by se do budoucna mohli rozhodnout pro úpravu, která by přísnou regulaci § 196a odst. 3 neobsahovala. V rámci soutěže a modernizace je totiž velmi důležité učinit úpravu s.r.o. zajímavou, a to především pro české podnikatele.

6.5. Aktuální otázky z judikatury s.r.o.

V následující části této práce se zaměřím na dvě nedávná rozhodnutí NS ČR, která se dotýkají s.r.o. Svojí povahou jsou schopna ovlivnit konkurenceschopnost tuzemské právní úpravy, i když jejich následky nelze přeceňovat, zejména se zřetelem na soutěž právních řádů a oblast, ve které probíhá. I bez ohledu na soutěž právních řádů a konkurenceschopnost s.r.o., se jedná o velmi zajímavá rozhodnutí, a proto se o nich alespoň stručně zmíním.

¹⁸⁷ Důvodová zpráva k NObchZ, <http://pravnik5.juristic.cz/174596>, strana 54.

¹⁸⁸ § 200 NObchZ.

6.5.1. Rozhodnutí jediného společníka v působnosti valné hromady

První z rozsudků, který ovlivní konkurenceschopnost s.r.o. spíše v negativním slova smyslu, se týká rozhodnutí jediného společníka s.r.o. v působnosti valné hromady. Konkrétně mám na mysli rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR 29 Cdo 1193/2007 ze dne 3. října 2007.

Rozhodnutí se týká jednočlenných společností. Má-li společnost pouze jednoho společníka, nekoná se valná hromada (a proto se ani neuplatní postup určený jinak zákonem a společenskou smlouvou či stanovami pro její svolání) a působnost valné hromady vykonává její jediný společník.¹⁸⁹ Pro rozhodování jediného společníka v působnosti valné hromady zákon předepisuje pouze to, že jeho rozhodnutí musí mít písemnou formu a musí být společníkem podepsáno.

Stejně jako v dřívějším rozsudku (29 Odo 882/2002) vyslovil NS právní názor, že je-li jediným společníkem společnosti s ručením omezeným akciová společnost, činí rozhodnutí jediného společníka v působnosti valné hromady představenstvo akciové společnosti. Tehdy však NS tento názor nezdůvodňoval. Dle rozhodnutí z roku 2007 se stejný závěr uplatní i ve vztahu k jedinému společníkovi akciové společnosti. Oproti předchozímu rozhodnutí, v tomto rozhodnutí NS svůj názor odůvodnil. NS judikoval, že je tomu tak proto, že rozhodování v působnosti valné hromady není jednáním společnosti ve vztahu ke třetím osobám (právním úkonem), a proto je nemohou činit osoby, které jsou oprávněné jednat jménem společnosti, ale musí je přijmout orgán k tomu oprávněný, tj. představenstvo společnosti.

Toto odůvodnění je samo o sobě dosti problematické. Podle občanského zákoníku je právní úkon projevem vůle směřující zejména ke vzniku, změně nebo zániku těch práv a povinností, které právní předpisy s takovým projevem spojují.¹⁹⁰ Tato definice se zdá být rozhodáváním jediného společníka v působnosti valné hromady naplněna. NS postavil své rozhodnutí na tom, že rozhodnutí v působnosti valné hromady není jednáním navenek společnosti, nýbrž dovnitř. Respektive, že nemá účinky navenek, nýbrž jen dovnitř. Ohledně tohoto pojetí panuje řada rozdílných názorů a na tomto místě se nechci pouštět do polemik o jejich správnosti. Ani o správnosti rozhodnutí NS. Spíše chci poukázat na jeden z praktických dopadů tohoto rozhodnutí pro úpravu s.r.o., který má vliv na její konkurenceschopnost.

Dle výše uvedeného judikátu nemohou osoby oprávněné jednat za společnost, je-li jediným společníkem jiné společnosti, učinit rozhodnutí jediného společníka v působnosti valné hromady.

¹⁸⁹ § 132/1 ObchZ.

¹⁹⁰ § 34 zákona 40/1964 Sb., občanský zákoník.

Tato právní konstrukce může v praxi přinést podnikatelům řadu komplikací. Více patrné je to na příkladu zahraniční společnosti, i když tento požadavek přináší pochopitelně komplikace i českým podnikatelům. Příkladem tedy může být zahraniční akciová společnost, která se rozhodne podnikat na území ČR, a za tímto účelem si založí dceřinou společnost s ručením omezeným. Budě-li chtít rozhodnout o něčem, co náleží dle zákona či společenské smlouvy do působnosti valné hromady s.r.o. (např. schvalování stanov a jejich změn, jmenování a odvolávání jednatelů, rozhodnutí o snížení či zvýšení základního kapitálu, vedle toho je časté i zakotvování povinnosti souhlasu valné hromady s různými majetkovými dispozicemi prostřednictvím společenské smlouvy),¹⁹¹ rozhodnutí jediného společníka v působnosti valné hromady bude muset učinit představenstvo zahraniční a.s. jako kolektivní orgán (tedy rozhodnout o tom), a nikoli pouze osoby, které jsou za zahraniční a.s. oprávněné jednat. Pomineme-li fakt, že si zahraniční a.s. nemusí být této povinnosti vědoma, musíme zdůraznit, že takový požadavek může být často v praxi těžko uskutečnitelný. Za příklad mohou posloužit britské společnosti. Pro větší společnosti v U.K. je vcelku časté a obvyklé, že představenstvo (board of directors) jmenuje tzv. „managing directors“, kteří pak vykonávají většinu pravomocí představenstva a samotné představenstvo se vedení společnosti tolik neúčastní. Často se pak schází třeba jen několikrát za rok. V takovém případě může být požadavek na jeho rozhodnutí mnohdy v praxi těžko proveditelný. Obzvláště v situacích, kdy je žádána rychlost, se jeví jako velmi zatěžující.

Tento požadavek tak představuje pro českou společnost s ručením omezeným zřetelnou konkurenční nevýhodu. Společnostem, kterých se to týká, přináší zbytečné administrativní komplikace a potencionálně to může mít vliv na jejich rozhodnutí o podnikání v České republice. Minimálně to však zvýší jejich náklady spojené s řízením s.r.o., a to nejen zahraničním společnostem, ale i českým. Nejsem si vědom toho, že by například britské právo společností, obsahovalo podobné pravidlo.

6.5.2. Vydržení obchodního podílu s.r.o.

Další aktuální problematiku, která je podle mého názoru schopná ovlivnit konkurenceschopnost právní úpravy s.r.o., představuje vydržení obchodního podílu. NS ve svých usneseních 29 Odo 1216/2005 ze dne 28.8.2007 a 29 Odo 794/2006 ze dne 3.10.2007 judikoval, že je možné použít institut vydržení také na vydržení obchodního podílu. Účelem vydržení je umožnit

¹⁹¹ § 125 odst. 1 ObchZ.

nabytí vlastnictví držiteli, který věc dlouhodobě ovládá v dobré víře, že je jejím vlastníkem, a uvést do souladu dlouhodobý faktický stav se stavem právním.^{192 193}

Podle NS, přestože obchodní podíl není věcí (teorií je definován jako jiná majetková hodnota¹⁹⁴), jsou s ním spojena práva a povinnosti společníka s.r.o. stejně, jako jsou s akcií spojena práva a povinnosti společníka a.s. Jak akcie, tak obchodní podíl, podle NS, představují souhrn práv a povinností společníka/akcionáře na společnosti a byl by tedy nelogický závěr, aby bylo možné vydržet akcie, ale obchodní podíl již nikoliv. Dle NS by odmítnutí možnosti vydržet obchodní podíl znamenalo poskytnout osobám, které jsou v dobré víře, že se staly společníky s.r.o., menší míru ochrany a právní jistoty, než osobám, které jsou v dobré víře o tom, že jsou vlastníky akcií. To není podle NS možné, neboť pro takové omezení ochrany není v ObchZ ani OZ žádný podklad. Proto je dle NS vydržení obchodního podílu podle platné právní úpravy, za analogického použití úpravy vydržení věcí movitých, možné (NS využil zejména teleologického výkladu vydržení).¹⁹⁵

Výklad NS nicméně není bezproblémový. Proti jeho závěru lze argumentovat například jazykovým výkladem. Jak bylo řečeno výše, obchodní podíl je jiná majetková hodnota a není tedy věc. Na základě jazykového výkladu tak lze dojít k závěru, že neexistuje žádná právní norma, která by přímo zakotvovala možnost vydržet obchodní podíl. Dále je možné argumentovat i logickým výkladem. Zejména argumentem *a contrario* by bylo možné dojít k závěru, že § 134 občanského zákoníku taxativně určuje, které předměty právních vztahů lze vydržet, přičemž „jiná majetková hodnota“ se v tomto výčtu nevyskytuje. Žádný další právní předpis se přitom na úpravu vydržení obchodního podílu nevztahuje.

Opačná argumentace NS by tak nemohla být překvapením. Vydržení obchodního podílu není například chápáno jako možné ani v německé právní úpravě, která je systémově blízká českému právnímu řádu. GmbHG vydržení obchodního podílu neumožňuje. Ustanovení § 937 německého občanského zákoníku¹⁹⁶ obdobně českému občanskému zákoníku stanoví, že získat vlastnictví (vydržet) může pouze ten, kdo má movitou věc v držbě po dobu deseti let. Německá výkladová praxe je v tomto ohledu jednotná. Pro úplnost zbývá dodat, že úprava vydržení obchodního podílu s.r.o. není upravena ani v návrhu NObchZ.

¹⁹² Spáčil, J. Ochrana vlastnictví a držby v občanském zákoníku. 2. doplněné vydání. Praha, C.H. Beck 2005, str. 238.

¹⁹³ Předpoklady vydržení jsou způsobilý subjekt, způsobilý předmět vydržení, oprávněná držba věci (držba v dobré víře) a uplynutí vydržecí doby. Způsobilým předmětem přitom nemusí být pouze věci a práva odpovídající věcnému břemeni, jak stanoví OZ, ale také např. akcie, vzhledem k tomu, že na ně § 1 odst. 2 zákona o cenných papírech vztahuje ustanovení o věcech movitých.

¹⁹⁴ Eliáš/Bartošíková/Pokorná, Kurs obchodního práva, str. 191; Dědič J. a kol., Obchodní zákoník, Komentář, str. 1019.

¹⁹⁵ Ve smyslu § 134 odst. 1 OZ po uplynutí tří let nepřetržité oprávněné držby, přičemž se do této lhůty, podle odst. 3, započítává i doba oprávněné držby předchůdce pociťového nabyvatele.

¹⁹⁶ Bürgerliches Gesetzbuch.

Jediným pramenem práva, který tak upravuje možnost vydržení obchodního podílu, jsou výše zmíněná usnesení NS, a to za situace, kdy by výkladem zákona mohlo dojít i k závěru opačnému než je závěr učiněný NS. Ačkoliv došlo v poslední době ke značnému vývoji v autoritě právních závěrů učiněných v rozhodnutích vyšších soudů, nadále lze usuzovat, že soudní rozhodnutí (s výjimkou určitých rozhodnutí Ústavního soudu) nemají v kontinentálním právním prostředí povahu obecně závazného pramenu práva.¹⁹⁷

Z praktického hlediska je možnost vydržení obchodního podílu s.r.o. přínosem. Důvodem je zejména kogentní povaha druhé části obchodního zákoníku, která klade striktní požadavky na převody obchodních podílů. O nedostacích spojených s převodem obchodního podílu a o neplatnosti takového převodu, by se dala napsat samostatná diplomová práce. Proto na tomto místě pouze odkáží na bohatou judikaturu v této věci a s ní související odbornou literaturu.¹⁹⁸ Nicméně široká možnost neplatnosti převodu obchodního podílu (související s komplikovaností takového převodu) není jistě pozitivem úpravy s.r.o., a proto může institut vydržení obchodního podílu nejen napomoci právní jistotě poctivých nabyvatelů obchodního podílu, ale i konkurenceschopnosti české úpravy. I když se domnívám, že lepší regulace převodu obchodního podílu by měla větší význam. Podnikatelé si totiž raději zvolí takovou právní úpravu, ve které není převod obchodního podílu spojen s právní nejistotou a není zatížen řadou procedur. I tak si myslím, že možnost vydržení obchodního podílu je v jistém ohledu pozitivní, jak pro samu úpravu s.r.o., tak pro její konkurenceschopnost.

Nicméně nelze pominout to, že zejména s ohledem na znění zákona, jsou rozhodnutí NS přinejmenším rozporuplná. NS se také nezabýval některými důsledky, které tento institut může přinést. Například jednou z náležitostí smlouvy o převodu obchodního podílu je přistoupení nového společníka ke společenské smlouvě. NS neřešil otázku přistoupení ke společenské smlouvě, pokud by právě nedostatek přistoupení (byť i v dobré víře nabyvatele) byl důvodem neplatnosti nabytí obchodního podílu novým společníkem. Dalším sporným bodem je i otevření prostoru pro nabytí od nevládníka. Dojde-li k odcizení obchodního podílu a neoprávněný nabyvatel podíl obratem převede na třetí osobu, potom, nedozví-li se okradený společník včas o tom co se stalo, a neučiní-li úkon ke zvrácení dobré víry nabyvatele, po třech letech jeho podíl přejde na nabyvatele.¹⁹⁹ Takové situace mohou být velmi problematické. Vzhledem k těmto skutečnostem (a i ke kritice odborné veřejnosti),

¹⁹⁷ Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A., *Teorie práva*, EUROLEX Bohemia, Praha 2001, str. 70.

¹⁹⁸ Možnosti nedostatků převodů obchodních podílů byly shrnuty v literatuře např. P. Čechem v Čech, P.: K převodu obchodního podílu, Právní rádce 11/2007; Čech, P.: K některým úskalím převodu obchodního podílu I, Právní rádce 5/2007; a Čech, P.: K některým úskalím převodu obchodního podílu II, Právní rádce 6/2007.

¹⁹⁹ Čech P., K převodu obchodního podílu, Právní rádce 11/2007.

tak nezle vyloučit, že vydržení obchodního podílu s.r.o. nebude další rozhodovací praxí zpochybněno. A to i přes nesporný ekonomický přínos tohoto institutu.

7. ZÁVĚR

Na úplný závěr této práce bych si dovolil stručně shrnout závěry učiněné o společnosti s ručením omezeným a především o její konkurenceschopnosti. Jak vyplývá z textu celé diplomové práce, česká právní úprava společnosti s ručením omezeným trpí řadou nedostatků. Z hlediska obecného pohledu lze kriticky nahlížet především na její komplikovanost, přílišnou dávku formalismu, výkladovou nejednoznačnost a časté odkazy na právní úpravu akciové společnosti, které dále zvyšují již zmiňovanou komplikovanost. Tyto nedostatky mají vliv na úroveň její konkurenceschopnosti. Přinejmenším stejně závažně se však tyto nedostatky projevují ve vztahu k podnikatelům využívajícím formu s.r.o. pro své podnikání. Pro ty představuje komplikovaná úprava zvýšené náklady na fungování společnosti a peníze, které by mohli investovat do rozvoje společnosti, musí investovat do právních služeb, často pro relativně jednoduché operace.

Vzhledem k těmto nedostatkům, lze kladně hodnotit připravovaný NobchZ, který si za jeden z cílů klade zjednodušení právní úpravy s.r.o., odstranění výkladových nepřesností a samozřejmě i odstranění odkazů na právní úpravu a.s. V této fázi přípravy NobchZ není lehké odhadovat jeho konečné znění, ale lze očekávat, že v tomto směru budou jeho cíle naplněny a právní úprava s.r.o. se tak stane pro podnikatele srozumitelnější.

Další citelný nedostatek právní úpravy s.r.o. (a to jak z pohledu její konkurenceschopnosti tak z pohledu zatěžování podnikatelů příliš striktní úpravou) souvisí s implementací komunitárního práva. Pomineme-li relativně časté nepřesnosti při samotné implementaci nebo špatné pochopení institutů evropského práva (viz například současná implementace čl. 11 druhé směrnice, která se projevila v ustanovení § 196a ObchZ), je největším problémem příliš častá implementace nad rámec komunitárního práva. O této skutečnosti jsem se zmiňoval v této diplomové práci několikrát. Většinou to bylo v souvislosti s Druhou směrnicí, která se týká pravidel pro tvorbu a zachování základního kapitálu. Vztahení některých požadavků Druhé směrnice na s.r.o. je pochopitelné a správné, zejména s ohledem na podobu institutu základního kapitálu. Ale český zákonodárce bohužel aplikoval požadavky Druhé směrnice na s.r.o. příliš striktně a vztáhl na s.r.o. více požadavků, než bylo nutné. Pro společnost s ručením omezeným tak platí v mnoha případech stejná úprava, jako pro akciovou společnost. Ta je kapitálově náročnější a je určena zejména pro větší

podnikatele. Oproti tomu, s.r.o. je primárně určená pro SME, a její současná úprava je tak pro podnikání SME zbytečně komplikovaná, málo flexibilní a příliš zatěžující. Stanoví totiž požadavky, které mají smysl pro a.s., ale v případě s.r.o. jsou často nadbytečné.

Z tohoto pohledu lze o dostatečné konkurenceschopnosti tuzemské úpravy s.r.o. pochybovat. Zejména ve vztahu k státům, které komunitární právo implementují s větší přesností nebo nevyužívají tolik možnosti přesahující aplikace. Na druhou stranu si český zákonodárce tyto problémy uvědomuje a alespoň zčásti se je snaží řešit. Několik nesrovnalostí v implementaci komunitární úpravy tak již bylo odstraněno (např. v otázkách publicity v cizím jazyce v obchodním rejstříku) a další změny se chystají (např. novela ObchZ, která se týká finanční asistence a § 196a). Jiné problémy nicméně přetrvávají a je otázkou, zda-li k jejich změně dojde v rámci připravované rekodifikace obchodního zákoníku.

Právě rekodifikace ObchZ, která by měla přinést potřebnou systémovou změnu úpravy, se jeví jako ideální příležitost pro modernizaci právní úpravy s.r.o. Bude záležet jen na českém zákonodárci, jak této příležitosti využije. Samotnou rekodifikaci a návrh NObchZ je zatím obtížné hodnotit. Není totiž dostupné aktuální znění, do kterého již možná byla promítnuta řada změn (ať již v souvislosti s aktuálními novelami ObchZ či nikoli). Ze stávajících pramenů lze rekodifikaci zatím hodnotit spíše zdrženlivě. Je v ní sice proklamována potřeba konkurenceschopnosti tuzemské úpravy, ale tato potřeba se do samotného znění NObchZ příliš neprojevila. Především ve srovnání s reformami právních úprav s.r.o. v ostatních státech Společenství. Pravděpodobně je to tím, že se ČR soutěže právních řádů zatím moc neúčastní. Český zákonodárce tak postrádá některé z podnětů k vytvoření moderní a flexibilní úpravy s.r.o., jelikož na rozdíl od jiných států, v ČR zatím neprobíhá exodus společností do jurisdikce U.K. Většina novelizací práva společností v ČR je tak prováděna v souvislosti s komunitárním právem, nikoli v souvislosti se soutěží právních řádů. Český zákonodárce by tak měl při rekodifikaci více zohlednit soutěž právních řádů, jelikož fakt, že se v současnosti, na našem území příliš neprojevuje, neznamená, že se neprojeví v budoucnu.

Jak bylo řečeno výše, soutěž není jediným podnětem k reformám práva společností. Možná ještě významnější pohnutky mají kořeny v konkurenceschopnosti celé ekonomiky. V řadě členských států je tak patrná snaha národních zákonodárců zlepšit právní úpravu s.r.o. a usnadnit tímto způsobem podnikání SME, což by se mělo pozitivně odrazit v celé ekonomice. Český zákonodárce by se tedy měl nechat více inspirovat potřebami tuzemských podnikatelů a snažit se vytvořit dostatečně atraktivní právní úpravu pro českou podnikatelskou veřejnost. Nejde totiž jen o soutěž s ostatními právními řády, jde také o to, aby česká s.r.o. byla vhodnou formou společnosti pro české podnikatele. Jde o to, aby s.r.o. vyhovovala jejich potřebám, napomáhala jejich podnikání, šetřila jim náklady a tímto způsobem přispívala k ekonomickému rozvoji.

A jak si stojí úprava českého s.r.o. v otázkách, které jsou momentálně nejvíce aktuální? Osobně za nejvíce aktuální považuji ty otázky právních úprav s.r.o., ohledně kterých se uskutečňuje soutěž právních řádů. Jde tedy o institut základního kapitálu a o rychlost a cenu zakládání společnosti.

V otázkách základního kapitálu nemůže české s.r.o. konkurovat některým zahraničním úpravám, které snížili požadavky na jeho výši na minimum. V ČR se se snížením výše základního kapitálu zatím nepočítá, i když by to bylo možné. Zejména s odkazem k dostatečným prostředkům ochrany třetích stran, které jsou někdy až na úkor flexibility společnosti. K případné změně by byla pravděpodobně zapotřebí i změna konceptu institutu základního kapitálu na evropské úrovni. A k tomu pravděpodobně v nejbližším časovém horizontu nedojde. O nekonkurenceschopnosti způsobené přesahující implementací Druhé směrnice již řeč byla.

Na druhou stranu, výše základního kapitálu není v ČR tak vysoká, aby odradila podnikatele od používání právní formy s.r.o. Stejně lze konstatovat i o ostatních nedostacích, které nejsou tak závažné, aby se čeští podnikatelé začali rozhlížet po jiných právních rádech. O tom svědčí zejména každoročně se zvyšující počet nových s.r.o. Otázky základního kapitálu tak sice snižují konkurenceschopnost tuzemské úpravy s.r.o., zejména ve vztahu několika zahraničním „light vehicle“, nicméně si nemyslím, že by tyto otázky byly hlavním problémem české úpravy.

Mnohem závažnější se mi z hlediska soutěže jeví rychlost založení společnosti. K minimalizaci základního kapitálu by totiž bylo potřeba přehodnotit přístup k tomuto institutu, což je náročný proces propojený s celou řadou dalších otázek, zejména s ochranou věřitelů. Založení s.r.o. však představuje mnohem méně komplikovanou problematiku a její zrychlení by tak mělo být jednodušší. Jak už jsem zmínil v diplomové práci, rychlost založení s.r.o. považuji v ČR za velmi zdoluhavou a málo konkurenceschopnou. Není to ale způsobené jen právní úpravou. Ta byla ostatně v posledních letech několikrát novelizována a celý proces založení se urychlil. Jako vážný nedostatek v tomto případě vidím především činnost rejstříkových soudů, jejich přílišnou byrokraci a špatnou organizaci práce. Tyto faktory se kvalitní právní úpravou těžko ovlivní, i když jejich vliv na proces založení je často rozhodující. I vzhledem k právním úpravám jiných členských států, lze úpravu s.r.o. v tomto aspektu hodnotit jako nedostatečně konkurenceschopnou.

I přes tyto nedostatky však nelze říci, že by úprava s.r.o. byla jako celek nekonkurenceschopná. Má řadu nedostatků, nicméně i řadu pozitiv (například v oblasti ochrany třetích osob). Především se ale nachází ve fázi rekonstrukce, která je potenciaálně schopná zvýšit její atraktivitu a konkurenceschopnost. Vedle toho musíme zaznamenat i několik dalších změn či

nových institutů (jako třeba „Business Judgement“), které se pomalu začínají v českém právu prosazovat.

Tím však nechci říci, že by byla dostatečně atraktivní. Především ve srovnání s některými zahraničními úpravami. V současné době také není úprava s.r.o. vystavena přímé konkurenci, a tudíž její menší atraktivnost není tak patrná. Je však otázkou, jaká by byla jeho pozice v opačném případě. I vzhledem k mohutným reformám v celém Společenství je nutné zdůraznit potřebu modernizace právní úpravy s.r.o. a nutnost dostatečně flexibilní úpravy, která by byla atraktivní pro domácí podnikatele. Není třeba, abychom v soutěži o atraktivnost právní úpravy společnosti s ručením omezeným byly na prvním místě, ale bylo by dobré, abychom hráli důstojnou roli a aby byla naše úprava přínosem pro českou podnikatelskou veřejnost a českou ekonomiku. I přes několik nadějných novelizací ObchZ se obávám, že tyto požadavky zatím tuzemská úprava s.r.o. v mnoha ohledech nesplňuje.

SEZNAM ZKRATEK

a.s.	akciová společnost
B.V.	Besloten Vennootschap
ESD	Evropský soudní dvůr
ESS	Evropská soukromá společnost
EU	Evropská unie
GEIE	Evropské zájmové hospodářské sdružení
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
IS	zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení
Ltd.	Private Limited Company
NOchZ	návrh nového obchodního zákoníku
MoMiG	Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
NS	Nejvyšší soud ČR
ObchZ	zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník
OSŘ	zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád
Plc.	Public Limited Company
S.A.R.L	Société à responsabilité limitée
SE	Evropská společnost
SEC	Evropská družstevní společnost
SES	Smlouva o Evropském Společenství
S.L.	Sociedad de responsabilidad limitada
SLIM	Simpler Legislation for the Internal Market
SME	malé a střední podniky (Small and Medium Enterprises)
S.r.l.	Società a responsabilità limitata
s.r.o.	společnost s ručením omezeným
U.K.	Spojené Království Velké Británie a Irska
ZKV	zákon č. 328/1991 Sb., o konkurzu a vyrovnání

SEZNAM LITERATURY

Armour, J., Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 307, June 2005.

Alfery-Hrdina P., Modernizace právní úpravy společností s ručením omezeným v Německu, Právní zpravodaj, září 2007.

Bañouch H., Private company limited by shares – Britská obchodní společnost odpovídající naší společnosti s ručením omezeným, Časopis pro právní vědu a praxi, 4/2001, str. 367-377.

Baums T., European Company Law beyond the 2003 Action Plan, Law Working Paper 81/2007, www.ecgi.org.

Becht M., Mayer C., Wagner H. F., Corporate Mobility and the Costs of Regulation, Law Working Paper No. 70/2006, www.ecgi.org.

Becht M., Mayer C., Wagner H. F., Where Do Firms Incorporate? Deregulation and the Cost of Entry, Law Working Paper No. 70/2006, August 2007, www.ecgi.org.

Bratton, W. W., McCahery, J. A., Vermoulen, E. P. M., How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking? A Comparative Analysis, Law Working Paper No. 91/2008, European Corporate Governance Institut, www.ssrn.com, www.ecgi.org.

Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A., Teorie práva, EUROLEX Bohemia, Praha 2001.

Boháček M., Základy amerického obchodního práva, Linde Praha, a.s., 2007.

Consultation on a possible Statute for a European Private Company, European Commission – Services of the Internal Market Directorate General, 19.7.2007.

A consultative document of the High Level Group of Company Law Experts, A Modern Regulatory Framework for Company Law Experts, www.ssrn.com.

Čech P., Přijata novela druhé směrnice nakročila k vyšší flexibilitě základního kapitálu, Právní zpravodaj, listopad 2006.

Čech P., Péče řádného hospodáře a povinnost loajality, Právní rádce 3/2007.

Čech P., K převodu obchodního podílu, Právní rádce 11/2007.

Černá S., Společnost s ručením omezeným pod vlivem reformy, Právní fórum 1/2007.

Černá S., Přehodnotí Evropa přístup k základnímu kapitálu?, Právní rozhledy 22/2005.

Dědič J. a kol., Obchodní zákoník, Komentář, POLYGON Praha 2002.

Dědič J., Kubík M., Zrzavecký J., Významné změny, které přináší novela obchodního zákoníku, Právní rozhledy 11/2000, str. 483-492.

Dědič J., Čech P. : Evropské právo společností včetně úplného znění předpisů komunitárního práva, BOVA Polygon Praha 2004.

Dědič J., Čech P., Nový pohled na kolizní normy a reflexe kolizně relevantní judikatury Evropského soudního dvora v českém právu společností, Soudní rozhledy 10/2004, str. 361 -367.

Dědič J., Čech P., Obchodní právo po vstupu ČR do EU, BOVA Polygon Praha 2004.

Djankov S., la Porta R., de Silanes F. L., Shleifer A., The Regulation of Entry, 2001, www.ssrn.com.

Dobeš P., Kritické zamyšlení nad § 196a odst. 3 ObchZ s přihlédnutím k evropskému právu, Právní rozhledy 13/2006.

Doležil T., Salač J., Aktuální otázky svobody usazování (podnikání) obchodních společností, Právní rozhledy 5/2003 str. 224-229.

Doležil T., Salač J., Evropský soudní dvůr dotváří svobodu usazování obchodních společností – k rozsudku Inspire Art, Právní rozhledy, 4/2004.

Duuren T. van, The Light Vehicle Competition in Europe; the State of Affairs, European Company Law, issue 4.

Dvořák T., Společnost s ručením omezeným – Komplexní pohled na s.r.o., II. vydání, ASPI Publishing Praha 2005.

European Parliament Resolution with Recommendations to the Commission on the European Private Company Statute (2006/2013(INI)), 1.2.2007, http://ec.europa.eu/internal_market/company/epc/index_en.htm.

Eliáš K., Bartošková M., Pokorná J., a kol., Kurs obchodního práva, Právnícké osoby jako podnikatelé, 4. vydání, Praha C.H.Beck, 2003.

Ferran E., Company Law Reform in the UK: A Progress Report, ECGI Working Paper Series in Law 27/2005, www.ecgi.com.

Fluck Z., Mayer C., Race to the Top or Bottom? Corporate Governance, Freedom of Reincorporation and Competition in Law, Finance Working Paper 90/2005, www.ecgi.org.

French D., Blackstone's Statutes on Company Law 2006-2007, 10th Edition.

Gola P., Založit firmu v Evropě není jednoduché, Právo pro podnikání a zaměstnání 12/2007.

Havel B., Finanční asistence – vzpomínka na budoucnost českého soukromého práva, Právní rozhledy, č. 12/2004.

Chobola, T., Svoboda usazování společností v právu ES: existují ještě bariéry pohybu společností přes hranice členských států? EMP č. 7-8/2004, str. 3-10.

Kieninger E. M., The Legal Framework of Regulatory Competition Based on Company Mobility: EU and US Compared, German Law Journal, Vol. 6, No. 4, 2004.

Kirchner Ch., Painter R., Kaal W., Regulatory Competition in EU Corporate Law After Inspire Art: Unbundling Delaware's Product for Europe, Law and Economics Working Papers No. LE04-001, www.ssrn.com.

de Klavier H. J., Private Ordering and Buy-Out Remedies Within Private Company Law: Towards a New Balance Between Fairness and Welfare?, European Business Organisation Law Review 8/2007, str. 103-119.

McCahery J. A., Vermeulen E.P.M., Regulatory Competition and the Evolution of Closely Held business Forms in Europe, APF Working Paper 01/2006, www.ssrn.com.

McCahery J. A., Vermeulen E.P.M., The Changing Landscape of EU Company Law, www.ssrn.com.

Movsesyan V., Regulatory Competition Puzzle: The European Design, www.ssrn.com.

Pannier M., The EU Cross Border Merger Directive – A New Dimension for Employee Participation and Company Restructuring.

Pauknerová M., Koližněprávní úprava obchodních společností, Právní rozhledy, 7/2005, str. 244-250.

Pauknerová M., Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Karolinum Praha 1998.

Pauknerová M., Společnosti v mezinárodním právu soukromém – k novému vývoji v českém právu a v právu Evropských společenství, Právník 3/2002, str. 321-342.

Pelikánová I., Černá S. a kol., Obchodní právo, II. díl Společnosti obchodního práva a družstva, ASPI, a.s. Praha 2006.

Pettet B., Company Law, Pearson education Limited 2005.

Radwan A., European Private Company and the Regulatory Landscape in the EU – An Introductory Note, European Business Law Review , str. 769 – 780 (Vol. 18, No. 4, 2007).

Rammeloo S., Recognition of Foreign Companies in „Incorporation“ Countries: A Dutch Perspective, in Wouters J., Schneider H., 1995, str. 46 an.

Rammeloo S., Flex BV, Blitz-GmbH, Private Limited Company, of toch maar wachten op de European Private Company (EPC)?.

Rammeloo S., Corporations in Private International Law. A European Prospective. New York, Oxford University Press, 2001, str. 101 an.

Ronfeldt T., Merger as a Method of Establishment: on Cross-border Mergers, Transfer of Domicil and Divisions, Directly Applicable under EC Treaty's Freedom of Establishment, European Company Law, June 2006, volume 3, issue 3, str. 125-129, www.kluwerlawonline.com.

Roe, Delaware's competition, Discussion Paper No. 432, Harvard Law School Cambridge, MA, August 2003.

Roth W.-H., From Centros to Überseering : Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law, International and Comparativ Law Quarterly, 52/2003, str. 177-208.

Roussos A., Realising the Free Movement of Companies, European Business Law Review, 2001.

Ryan P. S., Will there be a „Delaware of Europe?“, Columbia Journal of European Law, Vol 11/2, 2204/2005, www.ssrn.com, str. 187an.

Rychlý T., Tzv. zákaz finanční asistence: česká úprava a evropské perspektivy, Právní rozhledy, č. 4/2004.

Seibert U., Close Corporations – Reforming Private Company Law: European and International Perspectives, European Business Organisation Law Review 8/2007, str. 83-92, www.ssrn.com.

Seilar O., Prüfer S., Report from Germany, European Company Law, issue 4, 2004, str. 179-181.

Spáčil, J., Ochrana vlastnictví a držby v občanském zákoníku. 2. doplněné vydání. Praha, C.H. Beck 2005.

Steiner J., Woods L., Twigg-Flesner Ch., EU Law, Oxford University Press, Oxford, 2006.

Stewart T. M., Riley M. S., Report from Delaware, European Company Law, issue 4, 2004, str. 175-178.

Storm P., Cross-border Mergers, The Rule of Reason and Employee Participation, European Company Law, June 2006, volume 3, issue 3, str. 130-138, www.kluwerlawonline.com.

Surga O., Obchodní rejstřík bez dechu, Právní rádce 1/2006.

Štenglová I., Plíva S., Tomsa M. a kol., Obchodní zákoník, Komentář, 11. vydání, C.H.Beck Praha 2006.

Teichmann Ch., European Parliament Calling for Legislative Action on the European Private Company, European Company Law, Vol. 4, issue 1, 2007, str. 122-124.

Teichmann Ch., The European Private Company, European Company Law, issue 4, 2004, str. 162-165.

Teichmann Ch., Report from Germany, European Company Law, Vol. 3, issue 1, 2006, str. 27-30.

Teichmann Ch., Report from Germany, European Company Law, Vol. 4, issue 1, 2007, str. 29-32.

Teichmann Ch., Text of the draft EC Regulation for a European Private Company (SPE), str. 279-284.

Tichý L., Rainer A., Svoboda P., Zemánek J., Král R., Evropské právo, 2. vydání, C.H.Beck Praha 2004.

Ugliano A., The New Cross-Border Merger Directive: Harmonisation of European Company Law and Free Movement, www.ssrn.com.

Vossestein G.-J., Companies' Freedom of Establishment after Sevic, European Company Law, 2006, volume 3, issue 4, str. 177-182, www.kluwerlawonline.com.

Ventorozzo M., „Cost-based“ and „Rules-based“ Regulatory Competition: Markets for Corporate Charters in the U.S. and in the E.U., NYU Journal of Law and Business, Vol. 3, 2006.

Wood J., Oxley A., Report from The UK, European Company Law, issue 4, 2004, str. 186-189.

Wymeersch E., Company Law in Europe and European Company Law, Financial Law Institute, 2001.

Wymeersch E., Is a Directive on Corporate Mobility needed?, Working Law Paper Series 11/2006.

Wymeersch E., The transfer of the Company's Seat in European Community, Common Market Law Review, 3/2003, vol. 40, str. 667 an.