

*Svoboda pohybu obchodních společností ve světle
modernizace evropského korporátního práva*

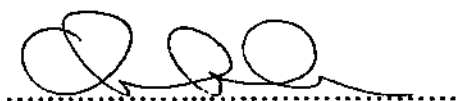
Směrem k uniformitě nebo volné soutěži?

Tomáš Chobola

Čestné prohlášení

Prohlašuji, že jsem rigorózní práci zpracoval sám s přispěním konzultanta a používal jsem pouze literaturu v práci uvedenou.

Datum: 19. 4. 2007

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke, positioned above a dotted line.

Tomáš Chobola

1. Úvodem	6
Část první: Přeshraniční změna sídla obchodních společností v právu ES a ČR	7
1. Vymezení pojmu „uznání“ společnosti	7
2. Teorie sídla Jak jsem již uvedla, osobně bych předřadila inkorporační princip principu sídla. Ale je to na Vás, máte svobodu se vyjádřit tak, jak uznáte za vhodné.	8
2.1 Problémy spojené se stanovením „skutečného“ sídla	9
2.2 Dopad teorie sídla na přesídlování společností	10
2.3 Účinky teorie sídla na přeshraniční přesídlování společností	12
2.4 Emigrační přesídlování společností v kontextu teorie sídla	13
2.5 Imigrační přesídlování společností v kontextu teorie sídla	14
2.6 Teorie sídla: shrnutí	16
3. Teorie inkorporační	17
3.1 Výhody inkorporační teorie	18
3.2 Nevýhody inkorporační teorie	18
3.3 Účinky teorie inkorporační na přeshraniční přesídlování společností	19
3.4 Princip inkorporační: shrnutí	20
4. Zlatá střední cesta?: Pokusy o smíření na úrovni mezinárodního práva soukromého	21
4.1 Diferenciační teorie	21
4.2 Teorie překrývání	22
5. Otázky přeshraničního přesídlování a uznávání společností na úrovni práva ES	23
5.1 Charakteristika primárního práva ES v oblasti svobody usazování společností	24
6. Přeshraniční přesídlování společností ve světle dotvářející judikatury ESD	27
6.1 Rozhodnutí ve věci Daily Mail	27
6.2 Daily Mail: podřízení tzv. emigračního přesídlování společností režimu národního práva	28
6.3 Rozhodnutí ve věci Centros	29

6.4 Centros: ESD vytváří evropské pravidlo uznání	30
6.5 Rozhodnutí ve věci Überseering	32
6.6 Überseering: základ doktríny nedělitelnosti rozhodného práva společností v rámci ES	33
6.7 K možnosti uznání právní subjektivity na základě práva cílového státu.	34
6.8 Povinnost uznání společnosti jako subjektu práva státu původu	35
6.9 Celkový význam rozhodnutí Überseering pro svobodu usazování společností	35
6.10 Rozhodnutí ve věci Inspire Art	37
6.11 Inspire Art: dotváření komunitárního principu uznání rozhodného práva společností	39
6.12 Podmínky omezení rozhodného práva ve prospěch práva cílového státu	40
6.13 Charakteristika dovolených opatření omezujících svobodu usazování společností	41
6.14 Tzv. emigrační přesídlení rozhodnutí ESD ve věci de Lasteyrie du Saillant	43
6.15 Platnost závěrů rozhodnutí de Lasteyrie du Saillant pro oblast svobody usazování společností	44
6.16 Příklad de Lasteyrie du Saillant - neomezená svoboda sekundárního usazování v právu ES?	45
6.16 Přesah principů svobody usazování do oblasti fúzí – případ SEVIC	46
7. Základní principy svobody přeshraničního přesídlování společností v právu ES	48
8. Svoboda usazování zahraničních společností v právu ČR: obchodní zákoník ve světle nejnovějšího vývoje práva ES	50
8.1 Obecně	51
8.2 Státní příslušnost a postavení právnických osob ve smyslu cizineckého práva	51
8.3 Vymezení pojmu „sídlo“ společnosti ve smyslu §21 odst.2 ObchZ	53
8.4 Rozsah podnikání zahraničních právnických osob na území ČR	55
8.5 Podmínky podnikání zahraničních právnických osob na území ČR	56
8.6 Kolizněprávní norma uznání dle §22 ObchZ: Inkorporační princip	57
8.7 Majetková účast zahraničních osob v českých právnických osobách	60
8.8 Problematika přeshraničního přemístění sídla v rámci českého práva	60

8.9 Omezenost osobního rozsahu ustanovení §26 ObchZ	61
8.10 Vymezení pojmu „sídlo“ dle §26 ObchZ	62
8.11 Možnost přemístění sídla ve světle současného českého práva	63
8.12 Prolomení principu inkorporace ve prospěch principu skutečného sídla: ustanovení §26 odst.3 ObchZ	64
9. Svoboda usazování společností v českém právu: shrnutí	65
Závěr první části	67
DRUHÁ ČÁST: STINNÁ STRÁNKA HARMONIZACE PRÁVA ES – DRUHÁ SMĚRNICE EVROPSKÉHO PRÁVA SPOLEČNOSTÍ	69
1. Charakteristika druhé směrnice a návrh na její změnu	69
1.1 Systematika druhé směrnice o právu obchodních společností. Vymezení rozsahu.	69
2. Dynamika evropského korporativního práva: cesta k reformě právní úpravy základního kapitálu	70
2.1. Zpráva o moderním regulačním rámci pro evropské právo společností: charakteristika	71
3. Odpověď Evropské komise: od akčního plánu k návrhu na změnu druhé směrnice	73
3.1. Charakteristika návrhu na změnu druhé směrnice	74
3.1.1 Pravidla pro tvorbu základního kapitálu	74
3.1.2. Pravidla pro udržování základního kapitálu	76
3.2. Kritické poznámky k návrhu	78
3.3. První fáze reformy – směrnice 2006/68/EC	80
4. Předběžný návrh vysoké skupiny na alternativní režim ochrany korporativních věřitelů	81
5. Test solventnosti: úvahy o jednotlivých elementech a o možné podobě	81
6. Důsledky alternativního režimu ochrany korporativních věřitelů	83
2. Specifický případ harmonizace zákazem: úprava tzv. finanční asistence akciových společností a návrh na její změnu	84
2.1 Úvod	84
2.2 Zákaz finanční asistence v komunitárním právu	85

2.3 Projev harmonizace zákazu v českém právu	86
2.4 Důvody zákazu finanční asistence	95
2.5 Vymezení základních principů budoucí úpravy finanční asistence	98
2.6 Reforma zákazu finanční asistence v komunitárním právu	99
2.7 Finanční asistence dle směrnice 2006/68/EC	102
Závěr	102
Seznam použité literatury:	104

1. Úvodem

Předmětem této práce je evropské právo obchodních společností a jeho výraz v právu České republiky. Ústředním tématem, které prostupuje obě hlavní části, je otázka, zda harmonizace evropského práva je s to zajistit více pozitiv než volná soutěž národních právních řádů.

Práce je obsahově strukturována směrem od obecného ke konkrétnímu. První část je obecnou ilustrací základní úvahy. Problematika přeshraniční změny sídla obchodních společností je pro zodpovězení otázky o relevanci nastoleného tématu stěžejní.

Právní úprava, podle které může společnost založená podle práva státu A přesunout své skutečné sídlo a hlavní podnikatelskou činnost do státu B, (i) aniž musela podstoupit likvidaci, (ii) reinkorporaci ve státu B a (iii) aniž muselo dojít ke změně jejího osobního statutu (rozhodného práva), podporuje volnou soutěž právních řádů členských států ES. Právní úprava, která způsobuje přerušování právní kontinuity přesídlující se společnosti a podřizuje tuto společnost právu cílového státu, vyjadřuje vůči principu volné soutěže právních řádů rezervovaný postoj.

První část této práce proto analyzuje vývoj a současný stav práva ES v oblasti svobody usazování a volného pohybu obchodních společností. Důraz se klade zejména na judikaturu Evropského soudního dvora („ESD“), který tuto právní oblast aktivně dotváří.

První část dokazuje, že ESD se aktivně podílí na odstraňování překážek svobodného pohybu společností a na prosazování autonomie vůle při výběru rozhodného práva společností. Tento trend vytváří prostor pro nastartování svobodné soutěže právních řádů v oblasti práva společností. Máme za to, že tento trend je správný, jeho další rozvoj však závisí na míře harmonizace evropského korporátního práva.

Výchozí tezí druhé části je tvrzení, že rozhodnutí o harmonizaci práva ES je politickou otázkou, která by se měla řídit především ekonomickými zřeteli. Máme za to, že příliš velká míra harmonizace evropského korporátního práva může snížit přínos liberalizačního úsilí v oblasti svobodného pohybu společností, nemusí vždy dosáhnout optimálních

výsledků a že lepším řešením by v některých případech mohlo být připuštění volné soutěže právních řádů.

Druhá část práce má dokázat platnost těchto hypotéz na konkrétním příkladu. Zabýváme se proto vybraným příkladem harmonizace práva ES, která je dle našeho názoru neefektivní a má za následek snížení konkurenceschopnosti evropských společností.

Jedná se o tzv. druhou směrnici evropského práva společností, která harmonizuje pravidla pro tvorbu, zachování a rozdělování základního kapitálu akciových společností. V druhé části předkládáme důkazy o tom, že harmonizační úsilí v této oblasti nevedlo k naplnění deklarovaných cílů.

Druhá část práce se proto zabývá rozbořem nedostatků druhé směrnice a předkládá návrhy na její změnu. Součástí této části je i specifická otázka tzv. finanční asistence, jejíž plošný zákaz je obzvláště nešťastným příkladem selhání harmonizačního úsilí v právu ES. Předmětem druhé části jsou i návrhy na změnu diskutovaných instrumentů evropského práva.

Část první: Přeshraniční změna sídla obchodních společností v právu ES a ČR

1. Vymezení pojmu „uznání“ společnosti

Pojem uznání vychází z tradice římského práva, které operuje s právnickou osobou jako fikcí, které je propůjčena existence výsostným aktem suveréna a která je omezena na území, jež je pod jeho mocenským područím¹.

Termín uznání má zásadní význam pro přesídlování společností z jednoho státu do druhého. Ústředním tématem je to, zda cílový stát uzná společnost, která byla založena podle práva jiného státu. Související otázkou je to, zda cílový stát uzná, že rozhodným právem dané společnosti je právo státu, kde byla založena a vznikla.

V tomto kontextu se rozlišují dvě varianty termínu uznání. O uznání v tzv. užším smyslu jde v případě, že cílový stát uznává kontinuitu právní

¹ Obdobně viz Pauknerová, M., Společnost v mezinárodním právu soukromém, Karolinum, Praha, 1998, str.52.

subjektivity zahraniční společnosti, avšak podřizuje tuto společnost svému právnímu řádu.²

O uznání v tzv. širším smyslu jde v případě, že cílový stát uznává právní kontinuitu přesídlující se společnosti a také to, že rozhodným právem je právo, kterým se společnost řídila před změnou sídla (nejčastěji právo státu vzniku).³

Z perspektivy kolizního práva jde o to, zda se pro určení právní subjektivity a rozhodného práva použije totožná kolizní norma. V mezinárodním právu soukromém se vyvinuly dvě dominantní teorie.

2. Teorie sídla⁴ Jak jsem již uvedla, osobně bych předřadila inkorporační principu principu sídla. Ale je to na Vás, máte svobodu se vyjádřit tak, jak uznáte za vhodné.

Teorie sídla je kolizněprávním institutem, který se zabývá problematikou uznání obchodních společností a určení rozhodného práva. Teorie sídla vychází z principu, podle kterého by společnost měla vykazovat reálné spojení (real link) se státem, jehož právnímu řádu podléhá.⁵ Dalším základním principem, který spoluvytváří konstrukci této doktríny je teze, dle níž kolizní ustanovení musí být strukturována tak, aby podporovala uplatnění důležité hodnoty (politiky) států vyjádřené v hmotněprávních normách daného státu.⁶

Teorie sídla používá pro zjišťování rozhodného práva společností tzv. objektivní test⁷, jehož důsledkem je popření autonomie při stanovení rozhodného práva.

Upřednostňování objektivního testu při určení rozhodného práva před

² Tzv. „recognition in narrow sense“. Tento termín je představen v díle Rammeloo, S., *Corporations in Private International Law. A European Perspective*, Oxford University Press, 2001, str. 10.; dále též např. Grossfeld, B., *Zur Geschichte der Anerkennungsproblematik bei Aktiengesellschaften*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1974, str.344.

³ O důsledcích, formách a konečně i slučitelnosti tohoto konceptu bude pojednáno v následující kapitole.

⁴ V cizojazyčných ekvivalentech se lze setkat s označením „real seat“ (ang.); „siede reel“ (fr.); nebo „Sitztheorie“ (něm.).

⁵ Wymeersch, E., *The Transfer of the Company's Seat in European Community*, *Common Market Law Review*, vol.40, 3/2003, str. 667.

⁶ Roth, W.H., *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, Tuebingen, Mohr, 1985, §5.

⁷ Rammeloo, S., č. 2, str.11 a násl.

subjektivním kritériem, které je naopak příznačné pro teorii inkorporační (viz níže), se obvykle zdůvodňuje potřebou zajistit přednostní použití ochranných kogentních ustanovení, která jsou zpravidla vyjádřením veřejného pořádku daného státu.⁸ Tato ustanovení se mohou týkat např. ochrany korporátních věřitelů a minoritních akcionářů. V německém právním systému jde především o velmi ožehavou problematiku tzv. spolupůsobení zaměstnanců na řízení společnosti (tzv. Arbeitnehmersmitbestimmung), tj. povinné členství zaměstnanců zejména v dozorčí radě obchodní společnosti.⁹

Ve vztahu k přesídlování obchodních společností je jednou z priorit teorie sídla snaha o zamezení vzniku tzv. Delaware efektu.¹⁰ Tento termín se vžil pro označování situací, kdy se statutární sídlo společnosti neshoduje s místem výkonu její faktické obchodní činnosti. Tyto společnosti tím využívají výhod vybraného právního řádu, usilují o vyhnutí se ochranným ustanovením práva státu, na jehož území vykonávají svou hlavní obchodní činnost. Dané společnosti se obvykle označují jako společnosti podle formy, resp. pseudokorporace.¹¹

2.1 Problémy spojené se stanovením „skutečného“ sídla

Rozhodným kolizněprávním kritériem pro určení rozhodného práva obchodní společnosti je tzv. skutečné sídlo. Aplikace tohoto kritéria může vyvolat problémy v případě rozvětvených multinacionálních společností, jejichž struktura není přísně centralizovaná či je více či méně založena na virtuálním základě. Problematickými se však tradičně jeví situace, kdy se

⁸ Roth, W.H., Recognition of Foreign Companies in Siege Reel Countries: A German Perspective, in: Wouters, J., Schneider, H. 1995, str.31.

⁹ Roth, W.H., From Centros to Überseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law, International and Comparative Law Quarterly, vol.52, 2/2003, str.181.

¹⁰ V literatuře je tento jev hojně komentován. Srov. např. Drury, R.R., The Regulation and Recognition of Foreign Corporations: Responses to the „Delaware Syndrome“, 1998, The Cambridge Law Journal, str.174; Cary, W.L., Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware, Yale Law Journal, 83/1974, str.663.

¹¹ pseudo-foreign corporations; Scheiniaslandschaften); srov. zejména nizozemský zákon proti pseudozahraničním společnostem (WFBV). Dále také viz např. obdobnou úpravu tzv. blue sky laws státu California a New York. Carney, W.J., The Political economy of Competition for Corporate Charters, in: Wouters, J., Schneider, (1995), str.259-260.

řídící centrum společnosti nenachází ve stejném státě jako místo výkonu hlavní obchodní činnosti (tj. jejich hlavní provozovna).¹²

V německém právu byla tato problematická záležitost vyřešena ve prospěch místa skutečného vedení a řízení společnosti (Verwaltungssitz).¹³ Definice skutečného sídla je obsažena pouze v judikatuře, což však v praxi nezpůsobuje obtíže.¹⁴ Pro ilustraci lze poukázat na rozhodnutí bavorského Nejvyššího soudu ve věci Landshuter Druckhaus¹⁵, kde se konstatuje, že skutečné sídlo společnosti se nachází tam, kde „je vyřčeno rozhodující slovo, kde je formována vůle managementu, (...) v obvyklých případech půjde o místo, kde se nachází řízení společnosti“.¹⁶

Specifickým způsobem je problematika určení skutečného sídla řešena v italském právu.¹⁷ Podle reformovaného zákoníku mezinárodního práva soukromého se za rozhodující kolizněprávní kritérium považuje místo, z něhož je společnost efektivně řízena (sede dell'amministrazione centrale).¹⁸ Společností uvedené fiktivní sídlo lze proto nahradit místem, kde dochází k realizaci převažujících aktivit společnosti (attività prevalenta).¹⁹

Francouzské právo obecně vychází z principu skutečného sídla s tím, že platí vyvratitelná domněnka, že toto skutečné sídlo je totožné se sídlem statutárním a není-li tomu tak, považuje se za rozhodné skutečné sídlo (siège social), tj. místo, kde dochází k řízení a správě společnosti bez ohledu na to, kde dochází k realizaci většiny obchodních aktivit společnosti.²⁰

2.2 Dopad teorie sídla na přesídlování společností

¹² Rammeloo, č. 2, str.12.

¹³ Viz von Bar, C., Internationales Privatrecht, C.H.Beck, Muenchen, vol.II, 1991, str.451.

¹⁴ Nutno poznamenat, že instituce obdobné kvality – ESD – nenechává v poslední době z těchto konstrukcí doslova kámen na kameni. Srov. zejména rozhodnutí ve věcech Überseering, Inspire Art, ale též Centros, Segers.

¹⁵ BayObLG (Bayerische Oberlandsgerecht), rozhodnutí z 18.7.1985, AG, 1986, 45,47.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Italské právo aplikuje v určitých případech teorii skutečného sídla a jiných situacích spíše teorii inkorporace. Srov. Rammeloo, č. 2, str.217-236.

¹⁸ Srov. např. rozhodnutí římského soudu z 2.5.1963, Gust Civ., 1964, I 698.

¹⁹ Tento názor, který je založen na rozhodnutí uvedené v poznámce č.102 ovšem nachází v novější literatuře i své odpůrce. Srov. Ebenroth, C.T., Kaiser, A., Die Reform des Internationalen Gesellschaftsrecht in Italien, Zeitschrift fuer vergleichende Rechtswissenschaft, 1992, str.241.

²⁰ Rammeloo, č. 2, str.203.

Rammeloo vhodnou metaforou poznamenává, že teorie sídla obecně funguje jako „*meč o dvou ostřích*“²¹. Jednak tato doktrína pokrývá situace, kdy (i) společnost se statutárním sídlem v jednom státě zamýšlí přesunout a následně provozovat své hlavní řídicí centrum ve státě uplatňujícím teorii skutečného sídla. Opačnou stranou mince jsou situace, kdy (ii) je společnost sice registrována na území státu teorie sídla, hodlá však své její řídicí centrum přemístit do zahraničí.²²

Zjevným problémem je za těchto okolností otázka uznání právní kontinuity přesídlovací se společnosti cílovým státem, resp. výchozím státem a s tím úzce související otázka určení rozhodného práva. Jinými slovy co do hmotněprávních důsledků diskutovaných postupu v obou scénářích hrozí, že společnost bude považována za entitu, která nesplňuje požadavky práva daného státu teorie sídla na to, aby jí mohla být přiznána plnohodnotná právní subjektivita.²³

Prvně uvedená situace může vyústit v téměř destruktivní variantu aplikace kolizních ustanovení z hlediska svobody usazování a přeshraniční mobility společnosti²⁴, v rovině mezinárodního práva soukromého ale nevyvolává zásadnější výkladové problémy.

Druhá situace, tj. přemístění řídicího centra společnosti ze státu uplatňujícího teorii sídla, je poměrně komplikovanější. Z hlediska norem mezinárodního práva soukromého výchozího státu dochází k aplikaci kolizního kritéria podle doktríny skutečného sídla, které v tomto případě odkazuje na cizí právní řád státu, kam daná společnost přemístí své hlavní řídicí centrum (případně centrum převažujících obchodních aktivit), čímž dojde k navázání právní řád cílového státu. V případě zahrnutí kolizních norem daného cílového státu závisí zdárný výsledek tohoto postupu na tom, zda zjištěný právní řád uplatňuje inkorporační teorii nebo teorii sídla.²⁵

Upřednostňuje-li právní řád zjištěný podle kolizních norem výchozího státu inkorporační kolizní kritérium, tj. za rozhodné právo považuje právní

²¹ Rammeloo, č. 2, str. 12.

²² *Ibidem*.

²³ Tato otázka je úzce sepjata s důsledky přeshraničního přesídlení společnosti. Její podrobnější rozbor bude proveden v kapitole 3.2. Se zřetelem na její konkrétní výraz v právních systémech některých členských států budou této otázce věnovány též kapitoly pojednávající o německém a italském právu.

²⁴ Podrobněji viz. Kap. 3.2.3.

²⁵ Srov. Roth, W.H., č. 8, str. 32.

řád, podle kterého byla společnost založena a vznikla, setkáváme se s jevem označovaným jako tzv. zpětný odkaz (renvoi; back-reference; Rueckverweisung).²⁶ Osobně bych užívala přehlásky dle německé abecedy, tedy Rückverweisung, viz také dále passim.

Přijetí zpětného odkazu právem výchozího státu, kde má dotyčná společnost nadále své zapsané sídlo může fungovat jako prostředek zmírňující ostré důsledky, které může mít za jiných okolností použití principu skutečného sídla výchozím státem na společnosti, které hodlají přemístit své hlavní řídicího centrum do zahraničí, v důsledku čehož jsou „domácím“ státem podrobeny nucené likvidaci. Jedná se o jev, který se v odborné literatuře označuje příznačně jako „zabíjení společností na hranicích“²⁷.

Ačkoliv převažuje názor, že většina států teorie sídla kolizněprávní účinky zpětného odkazu akceptuje²⁸, přínos tohoto prostředku ke zmírnění následků zmíněného destruktivního efektu je přinejmenším sporný. Problém je v tom, že zánik společnosti, která zamýšlí přesunout své skutečné sídlo do zahraničí bývá totiž důsledkem použití norem hmotného práva, které uvažovanou změnu zapovídají, a které se aplikují přednostně před zmíněnou kolizní metodou.²⁹

2.3 Účinky teorie sídla na přeshraniční přesídlování společností

Přesídlováním společností v kontextu teorie sídla uvažujeme, jak jest naznačeno shora, dvě typické situace. Za prvé jde o situaci, kdy společnost hodlá přesunout své skutečné sídlo do státu, který zastává teorii sídla (tzv. imigrační přesídlení). Za druhé se jedná o situaci, kdy společnost hodlá přemístit své skutečné sídlo ze státu uznávajícího princip sídla, v kterémžto státě má daná své registrované (statutární) sídlo (tzv. emigrační přesídlení).

Pro obchodní společnost je při těchto scénářích rozhodující, zda uvažované varianty přesídlení nenaruší kontinuitu její právní subjektivity.³⁰

²⁶ Rammeloo, č. 2, str.12.

²⁷ “killing at the borders”, srov. Wymeersch, E., č. 5, str.675.

²⁸ V německém právu srov. např. rozhodnutí Oberlandsgericht OLG Frankfurt/aM, 24.4.1990, RIW, 1990, 583, 585.

²⁹ Viz Staudingers, J., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Ebenroth, str.488, §217 a násl.

³⁰ Srov. Behrens, P., Identataetswaehrende Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft von

Státy uznávající doktrínu skutečného sídla zmíněné transakce mohou kvalifikovat coby změnu státní příslušnosti přesídlující se společnosti.³¹ Z perspektivy těchto států má tato okolnost zpravidla za následek změnu rozhodného práva,³² což může v závislosti na směru uvažované transakce být spojeno s nutností podrobit se opětovnému založení a proceduře vzniku v korporátní formě připuštěné cílovým státem (případ tzv. imigračního přesídlování).³³ Naproti tomu obchodní společnosti přemísťující své sídlo ze státu, který zastává princip skutečného sídla (tzv. emigrační přesídlování), může diskutovaný problém založit povinnost podstoupení nucené likvidace a výmazu z příslušného obchodního rejstříku, včetně souvisejícího daňového vypořádání.³⁴

2.4 Emigrační přesídlování společností v kontextu teorie sídla

Použití teorie sídla v souvislosti s tzv. emigračním přesídlováním může z perspektivy státu uplatňujícího teorii sídla vést ke změně rozhodného práva přemísťující se společnosti, a sice v důsledku změny v umístění skutečného sídla coby rozhodného kolizního kritéria.

Z hlediska výchozího státu představuje tato okolnost ztrátu kontroly nad přemísťující se společností. Optikou teorie sídla se právní kontinuita dané společnosti dostává do rozporu se zásadou, že společnost může existovat toliko v mezích práva státu, kde byla založena a vznikla.³⁵ Logickým vyústěním použití tohoto pravidla je likvidace a zánik společnosti, což se označuje jako shora zmíněné „*zabíjení společností na hranicích*“.³⁶

K tomu je vhodné podotknout, že zmíněný účinek emigračního přesídlení, tj. změnu rozhodného práva, lze překlenout prostřednictvím přijetí zpětného odkazu na právo výchozího státu, kterýžto kolizněprávní instrument má

Luxemburg in die Bundesrepublik Deutschland, RIW, 1986, str.590.

³¹ Typicky např. Francie; srov. Rammeloo (2001), str.195-217.

³² Srov. Roth, W.H., č. 8, str.33.

³³ V podrobnostech viz Roth, W.H., From Centros to Überseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law, International and Comparative Law Quarterly, vol.52, 2/2003, str. 183.

³⁴ Pauknerová, M., č. 1, str.87.

³⁵ Srov. Staudinger, J. Kommentar zum BGB, Internationales Gesellschaftsrecht, (1998), Grossfeld, P., Internationales Gesellschaftsrecht, §557 a násl.

³⁶ „killing at the borders“, srov. Wymeersch, E., č. 5, str.675.

sloužit coby svého druhu obezlička umožňující využití inkorporačního principu ve prospěch zachování konzistence teorie sídla.³⁷ Tento postup však v žádném případě nelze použít, uplatňuje-li teorii sídla i cílový stát.³⁸

Z hlediska mezinárodního srovnání lze zmínit, že např. tradiční (německé) pojetí doktríny sídla se k možnosti částečného vyřešení problému přesídlování společností prostřednictvím „únikového mechanismu“ zpětného odkazu stavělo spíše negativně.³⁹

Naopak italské právo v případech tzv. emigračního přesídlení umožňuje prolomení účinků teorie sídla tím, že se přemísťující se společnosti dovoluje zachování jak právní subjektivity, tak rozhodného práva (za předpokladu, že to akceptuje cílový stát).⁴⁰

Obdobně francouzské právo umožňuje tzv. emigrační přemístění skutečného sídla u kapitálových společností.⁴¹ Podmínkou však je, aby změnu sídla akceptoval cílový stát. Pochybnosti potom přetrvávají zejména ohledně možnosti tzv. emigračního přesídlení jiných typů společností a co do velikosti kvora potřebného pro schválení dané varianty přesídlení ze strany akcionářů kapitálových společností.⁴² Možnost tzv. emigračního přesídlení připouští i právo belgické.⁴³

2.5 Imigrační přesídlování společností v kontextu teorie sídla

Použití teorie sídla na tzv. imigrační přesídlování vede z hlediska cílového státu zpravidla ke změně rozhodného práva dané společnosti, a sice proto, že přesídlení má za následek změnu skutečného sídla coby rozhodujícího kolizního kritéria. Platnost uvedeného principu byla v kontextu evropského paradigmatu svobody usazování vážně zpochybněn inovační judikaturou

³⁷ Srov. Roth, W.H., č. 8, str. 32.

³⁸ Rammeloo, č. 2, str.12. Názorně tedy kolizní normy státu A (výchozí stát zastávající princip skutečného sídla) referují na stát B (cílový stát zastávající princip inkorporace), jehož kolizní normy odkazují zpět na stát A.

³⁹ Ibidem. Paragraf 856.

⁴⁰ Z judikatury např. rozhodnutí turínského soudu Trib.Torino ze 16.12.1991, Gust.Civ., 1992, str.811. V teorii viz Portale,C.,Trattato delle societa par azioni, svazek 9, Turin, 1993, str.107.

⁴¹ Mayer,P., Droit International Prive, šesté vydání, Montchrestien, 1998, str.1066.

⁴² Srov. Rammeloo, č. 2, str.216.

⁴³ Conseil d'Etat 29.6.1987, č.28.267, 1989, viz Časopis pro právnické osoby a společnosti (Tijdschrift voor Rechtspersoon en vennootschap), str.110 a násl.

ESD zejména ve věcech Centros, Überseering⁴⁴ a Inspire Art⁴⁵, které budou podrobněji analyzovány v další části této kapitoly.

Obdobně jako v předchozím v případě „emigračním“ může být tzv. imigrační přesídlení spojenou s hrozbou přerušení právní kontinuity přemísťující se obchodní společnosti. Z hlediska práva cílového státu tak může dojít ke zpochybnění právní existence společnosti nebo může dojít k podstatnému omezení některých atributů její právní subjektivity.⁴⁶

Ohrožení právní subjektivity společnosti lze ilustrovat na případu Carl Zeiss,⁴⁷ jehož předmětem byly spory o užívání ochranné známky a obchodní jméno dané společnosti vzniklé z důvodu přerušení její právní kontinuity v souvislosti s přeshraniční změnou sídla

V jiných případech jsou důsledky použití teorie sídla méně drastické. Přesídlovací se společnost může být v cílovém státě považována za entitu vyznačující se toliko některými atributy právní subjektivity, tedy např. za neregistrované sdružení či určitý typ soukromé společnosti zbavené výhody omezeného ručení společníků.⁴⁸

Zejména německé právo v těchto případech buď považovalo přesídlovací se subjekt za toliko vznikající společnost (Vorgesellschaft)⁴⁹, anebo mu upřelo právní subjektivitu zcela, a to včetně procesní legitimace.⁵⁰

Striktní použití principu skutečného sídla vyžaduje v případě tzv. imigračního přesídlování, aby byla společnost opětovně založena a vznikla v některé z připuštěných korporátních forem podle práva cílového státu.

Z tohoto pojetí však platí některé výjimky. Francouzské právo tzv. imigrační přesídlení bez nutnosti reinkorporaci připouští, neodporuje-li tato transakce právu výchozího státu.⁵¹ Obdobnou možností korekce disponuje

⁴⁴ Case C-208/00, Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH, 2002, ECR I-9919.

⁴⁵ Case C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd, ECR, 2003.

⁴⁶ Situace není hypotetická. Srov. nechvalně známé rozhodnutí německého soudu OLG Zweibruecken.

⁴⁷ Rozhodnutí švýcarského Federálního soudu z 30.3.1965, VEB Carl Zeiss, Jena c/Firma Carl Zeiss Heidenheim. Považují za vhodné podotknout, že současné švýcarské kolizní právo se k doktríně sídla nepřiklání a je naopak považováno za jednu z nejvíce liberálních úprav.

⁴⁸ Viz Kuebler, F., Gesellschaftsrecht, 4. vydání, C.F. Mueller Juristischer Verlag, 1994, str. 420.

⁴⁹ Srov. Oberlandsgerecht OLG Nuernberg 7.6.1984, RIW 1985, str. 494.

⁵⁰ Srov. rozhodnutí druhého senátu Nejvyššího spolkového soudního dvora BGH 1.7.2002 (druhý senát), Zeitschrift fuer Internationales Privatrecht (ZIP), 2002, str. 1763, kterým byla pseudozahraniční společnosti procesní způsobilost přiznána.

⁵¹ Viz Batiffol, H., Lagarde, P., Traité de droit international privé, Librairie generale de droit et

italské právo, v jehož rámci se toliko vyžaduje konverze společnosti do některé z forem připuštěných italským právem, aniž by tím muselo dojít k přerušení právní kontinuity dané společnosti.⁵²

Za stěžejní rozhodnutí, které je výrazem úsilí o přizpůsobení teorie sídla principu volného pohybu osob, lze považovat rozhodnutí belgického soudu ve věci Lamot.⁵³ V důsledku předmětného rozhodnutí se připouští tzv. imigrační přesídlení se zachováním právní kontinuity při splnění pěti podmínek: (i) primárním účelem transakce nesmí být porušení nebo obcházení zákona; (ii) a (iii) transakce musí být v souladu s právem výchozího i cílového státu; (iv) právo cílového státu musí obecně připustit zachování právní kontinuity společnosti (což je vesměs tautologická podmínka), (v) jejíž struktura a forma se musí přizpůsobit korporátnímu právu cílového státu.

2.6 Teorie sídla: shrnutí

Značné množství evropských států vychází při určení rozhodného práva společností z určité podoby kolizního principu sídla. K těmto státům se řadí např. Německo, Rakousko, Francie, Itálie, Španělsko, Portugalsko, Belgie a Lucembursko.⁵⁴

Předností principu skutečného sídla se spatřují nejčastěji v tom, že nejlépe zachycuje faktickou realitu, když se za klíčové kritérium pro určení rozhodného práva společností považuje její skutečné sídlo, tj. místo, s nímž je předmětná společnost nejvíce spjata. V praxi je princip sídla zaměřen převážně na ochranu minoritních akcionářů, věřitelů a zaměstnanců obchodních společností.

Skutečný ekonomický přínos aplikace daného principu však není příliš patrný. K výrazným nevýhodám principu sídla patří obtíže spojené s identifikací skutečného sídla společnosti. Výrazným negativem je uplatňování tohoto principu je omezování přeshraniční mobility obchodních

de jurisprudence, Paris, (1993), str.345.

⁵² Wymeersch, E., č. 5, str.673.

⁵³ Nejvyšší soud Belgie ve věci Lamot, 12.11.1966.

⁵⁴ Pro přehled viz např. Wymeersch., č. 5; Pauknerová, č. 1, Rammeloo, č. 2; Vlas, P., *Rechtspersonen*, Kluwer Law International, Deventer, 1999

společností.

3. Teorie inkorporační⁵⁵

Teorie inkorporační se zabývá problematikou uznávání společností a určením rozhodného práva, přičemž za rozhodné kolizní kritérium se považuje tzv. inkorporační princip, dle něhož se společnost řídí právním řádem státu, kde má své zapsané (registrované) sídlo.⁵⁶ Inkorporační princip používá pro stanovení rozhodného práva subjektivního testu, tj. respektuje právo zakladatelů společnosti uskutečnit výběr rozhodného práva nezávisle na tom, ve kterých státech společnost následně bude působit.⁵⁷

Teorie inkorporační vychází z teze, dle níž se právní řád státu inkorporace společnosti vztahuje na celou existenci takové společnosti včetně jejího zániku bez ohledu na umístění jejího řídicího centra, resp. hlavní podnikatelské činnosti. Platí tak pravidlo, že uznání společnosti v jednom státě vede z perspektivy státu inkorporační teorie k automatickému uznání společnosti nezávisle na eventuálním následném přemístění jejího řídicího centra nebo rozšiřování podnikatelských aktivit mimo stát inkorporace.⁵⁸

Společnost, která je platně založena a vznikne v jednom státě, je dle premisy teorie inkorporační oprávněna rozšířit své aktivity i do ostatních států, aniž by přesídlení vedlo k přerušení kontinuity její právní subjektivity.⁵⁹ Základem pro použití inkorporační teorie je splnění podmínky, že statutární sídlo společnosti zůstává i po přemístění sídla skutečného sídla nezměněno.

Z inkorporačního principu dále plyne, že právo státu inkorporace reguluje vznik, trvání, likvidaci, úpadek, zrušení a zánik společnosti.⁶⁰ Dále platí, že

⁵⁵ Obecně je tato teorie označována anglickým termínem „Incorporation theory“; německým „Gruendungstheorie“; francouzským „teorie du siege statutaire“; italským „teoria della sede statutaria“ a např. holandským „leer van de statutaire zetel“ nebo „incorporatieleer“.

⁵⁶ Rammeloo, č. 2, str.16 a násl.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Tzv. princip „jednou uznáno – všude uznáno“ Knobe-Keuk, B., Umzug von Gesellschaften in Europa, Zeitschrift fuer das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, 1990, str.327; in Pauknerová č. 1, str. 71 a tam uvedený odkaz na Wiedermann, Gesellschaftsrecht, Bd.I.Grundlagen, Mnichov, 1980, str.783.

⁵⁹ Srov. Rammeloo,S., Recognition of Foreign Companies in „Incorporation“ Countries: A Dutch Perspective, in:Wouters,J.,Schneider,H. (eds.), 1995, str.47.

⁶⁰ Z historické anglické judikatury viz např. Lazard Bros and Co. V. Midland Bank Ltd. (1933), AC 289, str.297.

statutární sídlo společnosti je spolu s jejím vznikem jednou provždy určeno a není změnitelné rozhodnutím společníků či vedení společnosti.⁶¹

3.1 Výhody inkorporační teorie

Významnou výhodou teorie inkorporační je relativní jednoduchost při identifikaci rozhodného kolizního kritéria. Formální kritérium zapsaného sídla a praktická nemožnost jeho změny v průběhu existence společnosti zaručují právní jistotu při určování rozhodného práva společnosti.⁶²

Ve světle inkorporačního principu se snižuje význam „skutečnosti“ skutečného sídla. Někteří autoři proto vyslovili názor, že inkorporační princip dovoluje výkon řízení společnosti na ryze virtuálním základě. Centrum řízení společnosti se dle těchto názorů může nacházet zcela mimo fyzicky uchopitelnou realitu skutečného světa.⁶³

Další podstatnou výhodou inkorporačního principu je jeho ekonomický přínos tím, že neklade překážky uznávání obchodních společností v souvislosti s jejich přeshraničním přesuny přispívá proto k vyšší míře flexibility v této oblasti.

Lze proto souhlasit se stanoviskem, že inkorporační princip je v zásadě slučitelný s principem jednotného vnitřního trhu ES⁶⁴, a to zejména tím, že zrovnoprávňuje domácí a zahraniční společnosti.⁶⁵

3.2 Nevýhody inkorporační teorie

Kritici teorie inkorporační namítají, že její uplatňování v může v praxi vyvolat jev obvykle označovaný „závody ke dnu“ (*races to the bottom*).⁶⁶ Tímto termínem, jehož méně korektní verze zní „*kryší závody*“ (*rat races*)⁶⁷,

⁶¹ Gasque v. IRC (1940) 2 KB 80, str.84.

⁶² Drury, č. 10, str.168 a násl

⁶³ Vlas, č. 54, str 8.

⁶⁴ Edwards, V., č. 64, str.335.

⁶⁵ Timmerman, L., Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften nach niederlaendischem Recht und die 14.EU-Richtlinie, Zeitschrift fuer Unternehmens und Gesellschaftsrecht, 1999, str.154.

⁶⁶ Poprvé byl tento termín zřejmě použit v oslavované stati Cary, W.L., Federalism and Corporate Law: Reflection upon Delaware, 83, Yale Law Journal, 1974, str.663.

⁶⁷ Louis K. Ligget Co. v. J.M.Lee, 288 US 517 (1933), 77 L ed.3, str. 558 a násl.. Soudce Justice Brandeis zde uvedl „The race was not one of diligence but of laxity“.

se označují situace, kdy zákonodárce, motivován snahou o zvýšení atraktivity svého legislativního prostředí, postupně inklinuje ku stále benevolentnější úpravě. Tento fenomén má údajně za následek erozi standardů ochrany korporátních věřitelů, minoritních akcionářů a zaměstnanců společností. Jinými slovy, intenzita závodů ke dnu je tak přímo úměrná míře zplanění korporátního práva.⁶⁸

Jako příklad se uvádí americký stát Delaware, který je proslulý atraktivitou korporátního práva. Korporátní právo státu Delaware neklade téměř žádné bariéry pro přemístování sídla společností a obsahuje převážně dispozitivní ustanovení.⁶⁹ Primární motivací státu Delaware pro nastavení svého právního rámce na tuto benevolentní úroveň jsou daňové výnosy, které tento stát čerpá od společností inkorporovaných na jeho území. Obecně se tento trend označuje jako tzv. Delaware efekt.⁷⁰

Dlouhodobější analýzy a pozorování však neopodstatňují závěr o snižování úrovně ochrany výše uvedených skupin. Četné studie dokazují, že společnosti inkorporované ve státě se shovívavější právní úpravou dosahují lepších ekonomických výsledků.⁷¹ Dále se uvádí, že reinkorporace do států s obdobně volnou úpravou jako Delaware má převážně za následek nadprůměrný ekonomický přínos pro akcionáře společností.⁷² Syndrom Delaware lze proto hodnotit spíše jako závod k vrcholu než ke dnu.⁷³

3.3 Účinky teorie inkorporační na přeshraniční přesídlování společností

Lze konstatovat, že inkorporační princip je v zásadě slučitelný s myšlenkou přeshraničního přemístění skutečného sídla společnosti. Přeshraniční přesídlení centra hlavního řízení společností se považuje za tzv. řádný přesun (normal transfer).⁷⁴ Při této operaci nedochází k přetržení

⁶⁸ Obdobně srov. Cary, W.L. (1974), str.663.

⁶⁹ Rammeloo, č. 2, str.18.

⁷⁰ Mimo již zmíněného Williama Caryho také např. Carney W.J. (1995), str.255 a násl.

⁷¹ Winter, K., State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation, 6 Journal of Legal Studies, 1977, str.258.

⁷² Romano, R., Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle, Journal of Legal and Economic Organization, 1/1980, str.225.

⁷³ Holst, C., European Company Law After Centros: Is the EU on the Road to Delaware?, Columbia Journal of European Law, svazek 8, 2002, str. 334.

⁷⁴ Srov. Rammeloo, č. 2, str. 170-173.

právní kontinuity společnosti a přesídlovací se společnost si zachovává svůj osobní statut (rozhodné právo).⁷⁵

Praktickou výhodou v případě tzv. emigračního přesídlení je absence nutnosti podrobit se a projít formalitami likvidace a zániku. Přesídlovací společnost musí obvykle splnit pouze minimum podmínek (zejména notifikační či registrační).⁷⁶

Inkorporační princip v zásadě nestojí v cestě ani tzv. imigračnímu přesídlení. Vzhledem k tomu, že u tohoto druhu přemístění sídla může jít z hlediska cílového státu o politicky citlivější téma, obvykle se vyžaduje splnění více podmínek. Například švýcarské právo vyžaduje konverzi společnosti do některé z připuštěných korporátních forem s tím, že právní kontinuita dané společnosti není narušena.⁷⁷ Dále např. holandské právo až donedávna podřizovalo přesídlovací se společnosti tzv. testu opravdovosti, tj. zjišťovalo se, zda je společnost ve výchozím státě i nadále jakýmkoli způsobem aktivní.⁷⁸

Teorie inkorporační naopak v zásadě nepřipouští možnost přemístění statutárního sídla (v anglosaském pojetí tzv. domicilu).⁷⁹ Typickým příkladem je v tomto směru holandské⁸⁰ a švýcarské⁸¹ právo; obě však stanoví výjimku z tohoto pravidla pro úzký okruh specifických situací.

3.4 Princip inkorporační: shrnutí

Teorie inkorporační používá při identifikaci rozhodného práva obchodních společností coby kolizního kritéria statutárního sídla a zdůrazňuje tak princip autonomie vůle zakladatelů společnosti.

Přemístění řídicího centra společnosti nezpůsobuje přetržení právní

⁷⁵ Srov. North, P., Fawcett, J.J., Cheshire and North's Private International Law, Thirteenth edition, London, 1999, str.175.

⁷⁶ Srov. paragraf 163 švýcarského všeobecného zákona o mezinárodním právu soukromém. Srov. Rammeloo, č. 2, str.172.

⁷⁷ Srov. ustanovení §161 švýcarského všeobecného zákona o mezinárodním právu soukromém; Srov. Rammeloo, č. 2, str.172.

⁷⁸ Timmerman, L., Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften nach niederlaendischem Recht und die 14. EU-Richtlinie, ZGR, 1999, str.152 s drobnými výhradami tam uvedenými.

⁷⁹ North, P., Fawcett, J.J., č. 75, 175.

⁸⁰ Rammeloo, č. 2, str.124-125.

⁸¹ Srov. §164 švýcarského všeobecného zákona o mezinárodním právu soukromém. Srov. Rammeloo, č. 2, str.172.

kontinuity společnosti a nevede ani k nahrazení rozhodného práva právem cílového státu. Inkorporační princip tudíž přispívá k odstranění bariér svobodnému pohybu osob v rámci vnitřního trhu ES a vyznívá proto jako poměrně slučitelnější se základními principy práva ES.⁸²

Kritici inkorporační teorie nicméně varují před tím, že použití této teorie usnadňuje či přímo legalizuje zneužívající jednání společností, které využijí inkorporační princip výlučně za účelem vyhýbání se kogentním ustanovení práva státu, kde potom skutečně podnikají.

Dále se proti této teorii namítá, že podporuje fenomén známý jako tzv. závody ke dnu, tj. úsilí zákonodárců o vytvoření co možná nejshovívavějšího právního režimu bez ohledu na hrozící negativní důsledky s těmito opatřeními spojenými. Opodstatněnost obav před negativními důsledky tohoto trendu – v odborné literatuře označovaného jako tzv. Delaware efekt - se ovšem v praxi jednoznačně neprokázala.⁸³

Inkorporační princip je příznivě nakloněn přeshraničním přesunům hlavního (skutečného) sídla společnosti, a to ve vztahu k oběma shora diskutovaným subvariantám. Je však třeba mít v patrnosti, že inkorporační princip až na výjimky nedovoluje přemístění statutárního sídla při zachování právní kontinuity společnosti.

4. Zlatá střední cesta?: Pokusy o smíření na úrovni mezinárodního práva soukromého

Stýkání a potýkání zastánců dvou hlavních doktrín vedlo ke vzniku několika teoretických odnoží, které mají představovat více či méně kompromisní alternativu vůči dvěma hlavním myšlenkovým proudům a jež ostatně jejich prvky vždy určitým způsobem kombinují.

4.1 Diferenciační teorie

K jedné z významnějších teorií vzniklých „*kombinací nejlepšího z obou*

⁸² Rammeloo, č. 2, str. 16-20.

⁸³ Srov. Carney, W.J., The Political economy of Competition for Corporate Charters, in: Wouters, J., Schneider, H. (1995)

světu“, patří tzv. diferenciační teorie.⁸⁴ Četl jste skutečně Grassmanna? Pokud jste pasáže převzal z mé publikace, je třeba to poctivě uvést. Platí to i na jiných místech. Vřele vám to doporučuji, abyste si to ještě promyslel, citace z druhé ruky nejsou zase takovým prohřeškem a je to fér. Myslím, že se to týká i řady jiných prací v němčině, které citujete. Tyto práce se jen velmi obtížně shánějí, věřte mi, někdy i v Německu.

Jádrem této teorie je vytvoření tříprvkového kolizního pravidla pro určování rozhodného práva, přičemž se žádnému jednotlivému prvku *a priori* nepřisuzuje rozhodující váha.⁸⁵ Konkrétní problém určení rozhodného práva se má vyřešit po zvážení všech okolností konkrétního případu.⁸⁶

Podle této teorie by se měl inkorporační princip použít na vnitřní záležitosti společnosti.⁸⁷ Vnější vztahy společnosti (její vnější statut)⁸⁸ by se řídily buď podle *lex loci actus*, tj. podle práva státu, kde společnost uskutečňuje své aktivity, nebo podle *lex causae*, tj. podle práva rozhodného pro konkrétní transakci nebo vztah, jehož je společnost účastníkem (typicky smluvní vztahy).⁸⁹

Ohledně kritiky diferenciační teorie lze poukázat zejména na umělé a nejasné rozlišování mezi vnitřní a vnější sférou společnosti.⁹⁰ Za podstatnou slabinu se dále považuje právní nejistota a nepředvídatelnost spojené s nalézáním rozhodného práva.⁹¹

4.2 Teorie překrývání

Teorie překrývání vychází z inkorporačního principu s tím, že zpracovává do svého schématu i některé ochranné prvky teorie sídla, tj.

⁸⁴ Grassmann, G., System des Internationalen Gesellschaftsrechts. Aussehn- und Innenstatut der Gesellschaften im Internationalen Privatrecht, Verlag neue Wirtschaftsbriefe, Herne/Berlin, 1970.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Srov. také Ebenroth, C.T., Bippus, B., Die Sitztheorie als Theorie effektiver Verknuepfungen der Gesellschaft, Juristenzeitung (JZ), 1988, str.677 a násl.

⁸⁷ Viz Rammeloo, č. 2, str.21.

⁸⁸ Tento termín v českém prostředí používá Pauknerová, č. 1, str.105.

⁸⁹ Grassmann, G., System des Internationalen Gesellschaftsrechts. Aussehn- und Innenstatut der Gesellschaften im Internationalen Privatrecht, Verlag neue Wirtschaftsbriefe, Herne/Berlin, 1970.

⁹⁰ Rammeloo, č. 2, str.22.

⁹¹ Wiedermann, str.788 a násl. cit.z Pauknerová, č. 1, str 126, poz.č.24.

zejména zájem na ochraně věřitelů, akcionářů a zaměstnanců.⁹² Teorie překrývání preferuje autonomii vůle při určení rozhodného práva společnosti, z důvodu ochrany uvedených skupin nicméně připouští tzv. nahrazení (překrytí) norem rozhodného práva kogentními ustanoveními práva státu, kde má společnost své hlavní sídlo.⁹³

Teorie překrývání vznikla v reakci na výskyt tzv. pseudo-zahraněních společností.⁹⁴ Za určitou subvariantu této odnože lze proto označit používání tzv. testu pravosti, kterýžto instrument má sloužit k „odhalování“ pseudo-zahraněních společností za účelem zvýšení efektivity ochranných ustanovení státu skutečného sídla.⁹⁵

Nevýhoda teorie překrývání spočívá zejména ve štěpení osobního statutu společnosti zvyšující právní nejistotu. Obtížně určitelná jsou i ta kogentní ustanovení, která svou povahou opodstatňují „překrytí“ jinak rozhodného práva dané společnosti.⁹⁶

5. Otázky přeshraničního přesídlování a uznávání společností na úrovni práva ES

Problematika přeshraničního přesídlování a souvisejícího uznávání společností v právu ES spadá do oblasti svobody usazování.⁹⁷ Z obsahového hlediska je svoboda (právo) usazování⁹⁸ vymezena jako svoboda (právo) zahájit a samostatně provádět výdělečnou činnost, kterážto svoboda je stanovena všem příslušníkům členských států ES.⁹⁹

⁹²Sandrock, O., Ein amerikanisches Lehrstueck fuer das Kollisionrecht der Kapitalgesellschaften, *RabelsZ*, 42/1978, str.227 a násl.

⁹³Ibidem. To je spíše z mé publikace.

⁹⁴Termín snad poprvé užívá slavná stať Latty,E.R., „Pseudo Foreign Corporations“, *Yale Law Journal*, 1955, str.137.

⁹⁵Tak např. kalifornský zákoník společností §2115 stanoví aplikaci některých svých částí na společnosti inkorporované v jiném unijním státě za předpokladu, že obecně více než 50 procent jejich aktivit je situovaných ve státě California. Kritéria uvedeného testu jsou samozřejmě podrobnější. Srov. Carney, W.J., *The Political economy of Competition for Corporate Charters*, in: Wouters, J., Schneider,H. (1995), str.260.

⁹⁶Grossfeld, P., Koenig,T., *Das Internationale Gesellschaftsrecht in der Europaeischen Gemeinschaft*, *RIW*, 1992, str.436.

⁹⁷Srov. obecně Edwards, V., č. 64, zejména kapitola XVII.

⁹⁸V souvislosti s usazováním se termín „právo“ i „svoboda“ používá v dostupné literatuře promískue. Srov. např. Pauknerová,M., *Svoboda usazování v právu ES – vybrané otázky*, *Časopis Evropské a mezinárodní právo soukromé*, 6/1998, str.19.

⁹⁹Pauknerová, M., č. 98, str.19.

Svoboda usazování¹⁰⁰ je dále jedním z projevů širší koncepce svobody pohybu osob a v kontextu evropského vnitřního trhu je proto nezbytné klást ji do souvislosti s dalšími svobodami, tj. svobodou pohybu služeb, zboží a kapitálu.¹⁰¹

5.1 Charakteristika primárního práva ES v oblasti svobody usazování společností

Zakotvení ustanovení o svobodě usazování v rámci primárního práva ES je výrazem dynamického procesu směřujícího k vytvoření jednotného vnitřního trhu Společenství.¹⁰² Postavení fyzických a právnických osob je v tomto ohledu upraveno článkem 43 (ex 52) SES, dle něhož platí, že „(...) omezení svobody podnikání pro příslušníky jednoho členského státu jsou na území státu druhého zakázána. Rovněž jsou zakázána omezení při zřizování zastoupení, poboček nebo dceřiných společností jednoho členského státu na území státu druhého. Svoboda podnikání zahrnuje právo zahajovat a provozovat samostatnou výdělečnou činnost, jakož i zřizovat a řídit podniky, zejména společnosti ve smyslu článku 48 pododstavce 2 za podmínek stanovených pro vlastní příslušníky právem států, kde dochází k podnikání, pokud ustanovení kapitoly o pohybu kapitálu nestanoví jinak“.

Další ustanovení zásadního významu pro oblast svobody usazování obchodních společností představuje článek 48 SES, který někteří autoři považují za svého druhu syntézu obou diskutovaných teorií uznání v právu ES.¹⁰³ Článek 48 obsahuje komunitární pravidlo rovného zacházení se společnostmi a stanoví, že „Se společnostmi založenými podle práva některého členského státu, které mají své statutární sídlo, svou ústřední správu nebo hlavní místo své podnikatelské činnosti uvnitř Společenství, se

¹⁰⁰ Termín usazování je ekvivalentem anglického „establishment“; německého „Niederlassung“; a francouzského „établissement“; do českého jazyka překládán nejednotně. Někdy se používá termínu „podnikání“ (Tichý, L. a kol., Dokumenty ke studiu evropského práva, Karolinum Praha 1996, str.27 a násl. Sdílim stanovisko vyjádřené v Pauknerová, č. 98, str.19, že totiž termín usazování věrněji vyjadřuje obsah tohoto termínu zakotvený v příslušných ustanoveních SES.

¹⁰¹ Pro kvalitní analýzu souvztažnosti těchto svobod srov. Kaldellis, E.I., Freedom of Establishment versus Freedom to Provide Services: An Evaluation of Case-law Developments in the Area of Indistinctly Applicable Rules, Legal Issues of Economic Integration, 28/2001, str.23-55.

¹⁰² Rammeloo, č. 2, str.27.

¹⁰³ Ibidem. Str.26.

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 společností družstevních, jakož i jiné právnické osoby veřejného nebo soukromého práva s výjimkou nevýdělečných“.

Někteří autoři vyslovili názor, že citovaný článek obsahuje skrytou „evropskou kolizní normu“.¹⁰⁴ Interpretace citovaných ustanovení je poměrně obtížná a vede k nejednoznačným výsledkům. Je zřejmé, že článek 48 SES obsahuje tři kritéria pro identifikaci společností spadajících pod jeho věcný rozsah. Statutární sídlo je výrazem teorie inkorporační; ústřední správa je reflexí teorie sídla a hlavní místo podnikatelské činnosti reaguje na modifikaci teorie sídla obsaženou v italském právu.¹⁰⁵

V odborných právních pramenech se uvádí, že část článku 43 upravuje tzv. primární usazování společností.¹⁰⁶ Tímto termínem se rozumí oprávnění „*zřizovat a řídit podniky, zejména společnosti ve smyslu článku 48 pododstavec 2 za podmínek stanovených pro vlastní příslušníky právem států, kde dochází k podnikání*“. Další část článku 43 se vztahuje na tzv. sekundární usazování, tj. na právo „*zřizovat zastoupení, pobočky nebo dceřiné společnosti na území druhého členského státu bez omezení*“.

Zásadní spor se týká otázky, zda článek 48 obsahuje skrytou kolizní normu v tom smyslu, že (i) dává členským státům na výběr, které ze tří kolizních kritérií do svého práva zakotví, přičemž pokud se tak stane, (ii) ostatní členské státy mají povinnost tuto volbu respektovat, tj. určit rozhodné právo dle kolizní teorie zvolené právem státu, kde společnost vznikla (kompromisní pojetí).¹⁰⁷

Odlišná výkladová linie potom klade důraz na primát komunitárního práva a ve zmíněném ustanovení spatřuje výraz kolizní orientace evropského práva, které má přednost před právem národním (dynamické pojetí).¹⁰⁸ Nutno podotknout, že zastánci tohoto názoru nicméně nedosahují shody

¹⁰⁴ Sandrock, O., Austmann, A., Das Internationale Gesellschaftsrecht nach der Daily Mail-Entscheidung des Europäeischen Gerichtshofs: Quo vadis?, RIW, 1989, str.250.

¹⁰⁵ Rammeloo, , č. 2, str.224-227.

¹⁰⁶ Rammeloo, č. 2, str.31 a násl.

¹⁰⁷ Ebenroth, C.T., Neuere Entwicklungen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht, JZ, 18/1988, str.13.

¹⁰⁸ Rammeloo, č. 2, str.26.

v tom, jaké konkrétní normativní důsledky by se z uvedeného závěru měly vyvozovat. Někteří autoři se domnívají, že článek 48 je zakotvením principu inkorporace v právu ES.¹⁰⁹ Podle jiných vyžaduje kolizní orientace článku 48 uznání právní subjektivity společností všemi státy ES.¹¹⁰

Pozoruhodný je názor, podle něhož se diskutovaná ustanovení na primární usazování společností nevztahují vůbec, neboť článek 293 (ex 220) SES vyhrazuje tuto problematiku budoucí harmonizaci.¹¹¹

Máme za to, při použití obvyklých výkladových metod nelze dospět k jednoznačnému závěru o normativním významu článků 43 a 48 pro přeshraniční změnu sídla společností. Předmětná ustanovení se přímo nezabývají situací, kdy společnost zvažuje přemístění svého hlavního sídla do jiného členského státu. Závěr o tom, že se obchodním společností dovoluje přemístit své skutečné sídlo z členského státu A do členského státu B při zachování právní kontinuity, proto neplyne přímo z práva ES; právo ES však tento závěr přímo nevyklučuje, nýbrž je v této věci nejednoznačné.

Problematiku přesídlování společností v právu ES lze proto vyřešit legislativně, anebo prostřednictvím tzv. judičiálního dotváření práva. Posléze uvedené je výrazem popisujícím činnost soudního orgánu, který svou rozhodovací činností právo nalézá a do jisté míry i dotváří. Nejobvyklejším prostředkem dotváření práva je tzv. teleologický výklad, tj. výklad zdůrazňující smysl a účel normy. Máme za to, že výsledek této výkladové varianty je vždy odrazem preferovaného politického postoje jeho autorů. Současná podoba a obsah svobody usazování společností v právu ES je výsledkem judičiálního dotváření práva a to výsledkem významným. Tomuto tématu se proto věnují následující kapitoly této části.

¹⁰⁹ Částečně viz Behrens, P., *Niederlassungsrecht und Internationales Gesellschaftsrecht*, RabelsZ, 1988, str.498 a násl.

¹¹⁰ Eyles, U., *Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos, Baden-Baden, str. 96, 1990

¹¹¹ Ebke, W.F., *Unternehmensrecht und Binnenmarkt – E pluribus unum?*, RabelsZ, 1998, str.208. Znění článku 293 je následující: „Členské státy zahájí mezi sebou v případě potřeby (so far as is necessary) jednání s cílem zajistit ve prospěch svých státních příslušníků (...) vzájemné uznávání společností ve smyslu druhého pododstavce článku 48, zachování jejich právní subjektivity v případě přenesení sídla z jedné země do druhé a možnost slučování či splynutí společností, které se řídí právem různých členských států“.

6. Přeshraniční přesídlování společností ve světle dotvářející judikatury ESD

Následující část se zaměřuje na analýzu rozhodovací praxe ESD z oblastí přeshraničního přesídlování společností, která se zásadním způsobem v pozoruhodné intenzitě podílí na přetváření obsahové náplně svobody usazování společností v právu ES.

6.1 Rozhodnutí ve věci *Daily Mail*

Rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věci *Daily Mail*¹¹² je prvním z řady klíčových rozhodnutí, jehož podstatou je otázka přípustnosti omezení přeshraničního přesídlování a uznávání právní subjektivity společností na komunitární úrovni.

Skutkové okolnosti případu *Daily Mail* spočívaly ve snaze stejnojmenné společnosti založené dle anglického práva přesunout za účelem daňové optimalizace svou ústřední správu do Holandska.¹¹³ Britské ministerstvo financí zamýšlené přemístění zamítlo a společnost *Daily Mail* se obrátila na anglický soud s návrhem na určení, že je na základě článku 52 (nyní 43) SES oprávněna přenést své daňové sídlo do jiného členského státu. Britský nejvyšší soud následně postoupil věc ESD coby předběžnou otázku.

ESD v rozhodnutí konstatoval, že články 52 a 58 SES (nyní 43 a 48) zakazují členským státům nepřiměřeně omezovat možnost svých státních příslušníků (tj. i společností) usazovat se v jiném členském státě. Současně ESD konstatoval, že britské právo nezakazuje přesun sídla společnosti do zahraničí; britské právo toliko podmiňuje transakce, při nichž „se společnost

¹¹² Case C-81/87, 1988, ECR I-5483.

¹¹³ Hlavním smyslem této transakce byla snaha společnosti prodat podstatnou část svého majetku a současně se vyhnout povinnosti platit britskou kapitálovou daň. Pro účely zdaňování společností tehdejší verze britských daňových zákonů¹¹³ stanovila, že daňová rezidence společností se posuzuje podle místa jejich ústřední správy. V podrobnostech Wouters, J., Schneider, H., *Current Issues of Cross-Border Establishment of Companies in the European Union*, 1995, University of Antwerpen Ziegel, J.S., (ed.) *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*, str. 125.

*snaží přenést svou ústřední správu a kontrolu ze Spojeného království při zachování právní subjektivity a statutu brüské společnosti*¹¹⁴ souhlasem příslušného ministerstva.

Při posuzování dané věci se ESD přiklonil v závěru, že obchodní „společnosti, na rozdíl od fyzických osob, jsou výtvorem vnitrostátního práva a existují tudíž výlučně z moci národního zákonodárství, které je rozhodné pro jejich založení (vznik) a fungování“.¹¹⁵

Ve světle zmíněného závěru byla proto odpověď na otázku, zda lze články 52 a 58 (nyní 43 a 48) SES vykládat tak, že se společností založeným podle práva jednoho členského státu poskytuje právo přenést svou ústřední správu a kontrolu do jiného členského státu při současném zachování právní subjektivity z perspektivy výchozího státu, jednoznačně záporná.¹¹⁶

6.2 Daily Mail: podřízení tzv. emigračního přesídlování společností režimu národního práva

Rozhodnutí ve věci Daily Mail vzedmulo velké množství reakcí co do interpretace vesměs reflektujících právní prostředí jejich jednotlivých autorů. Jablkem sváru byla otázka, zda rozhodnutí Daily Mail nějak ovlivňuje platnost některé z kolizněprávních teorií v kontextu práva ES.

S ohledem na shora uvedené se domníváme, že závěry obsažené v předmětném rozhodnutí nevyžadují revizi kolizní úpravy obou dotčených států, nota bene relevantním způsobem neovlivňují ani otázky uznávání přesídlovajících se společností tím či oním státem.¹¹⁷ Situace, kterou ESD ve věci Daily Mail posuzoval, představuje zrcadlový obraz problému, o němž bude pojednáno níže, tj. uznání přemísťující se společnosti v cílovém (hostitelském) státě.¹¹⁸

Rozhodnutí Daily Mail se týká výlučně svobody tzv. emigračního přesídlování společností,¹¹⁹ která se někdy, jak jest uvedeno výše, označuje

¹¹⁴ Daily Mail, para.18.

¹¹⁵ Daily Mail, para.19.

¹¹⁶ Ibidem, para.23.

¹¹⁷ Obdobně Clarke, M.G, The Conflict of Laws Dimension, in: A.Celia Treuting (ed.), Corporate Law. The European Dimension (Butterwords, London/Dublin/Edinburgh/Munich, 1991), str.167.

¹¹⁸ Srov. situace v případech Centros, Überseering a Inspire Art. Viz infra. Kap.5.3.;5.5.;5.7.

¹¹⁹ „freedom of departure“, srov. Rammeloo, č. 2, str.54.

jako tzv. destrukce na hranicích (killing at the borders).¹²⁰ Z tohoto pozorování plyne, že rozhodnutí Daily Mail nepředstavuje klasický scénář přesunu sídla společnosti, kde je největší překážkou jeho zdárného uskutečnění právní řád cílového státu. Ve věci Daily Mail primárně nenastal problém s (nucenou) změnou rozhodného práva společnosti ani zde nebyla nastolena otázka jejího uznání coby subjektu práva v cílovém státě.¹²¹

Pokud tedy ESD vyslovil závěr, že je za současného stavu komunitárního práva třeba společnost považovat za výtvořitele národního zákonodárství¹²², je toto sdělení třeba vykládat pouze v tom smyslu, že právo ES uznává výlučnou kompetenci členských států rozhodovat o právní existenci „svých“ společností.

V rámci diskuze o slučitelnosti teorie sídla s právem ES z toho lze spolehlivě vyvodit pouze to, že otázka, (i) zda určitá společnost platně vznikla a existuje dle práva státu, kde je registrována, resp. (ii) zda si svou právní existenci zachová v návaznosti na přemístění svého sídla do zahraničí, spadá do výhradní kompetence členských států.

6.3 Rozhodnutí ve věci Centros¹²³

Dalším rozhodnutím Evropského soudního dvora, které tvoří jeden ze zásadních mezníků vývoje práva ES v oblasti přeshraničního přesídlování obchodních společností, je rozhodnutí ve věci Centros.¹²⁴

Skutkové okolnosti případu se týkaly anglické společnosti Centros, kterážto společnost naplňovala všechny typické znaky pseudozahraniční společnosti, a sice zejména tím, že její registrace v britském rejstříku byla pouze strategickým krokem k získání výhod britského obchodního práva. Zakladatelům společnosti Centros – dánskými občany – šlo především o to vyhnout se požadavku splacení základního kapitálu, který je ve většině

¹²⁰ Wymeersch, E., č. 5, str.675.

¹²¹ Wymeersch, E., č. 5, str.676.

¹²² Daily Mail, para.19.

¹²³ Case C-212/97, Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, 1999, ECR I-1459.

¹²⁴ Wymeersch, E., Centros: A Landmark Decision in European Company Law, in: Baums, T., Hopt, K.J., Horn, N. (eds.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, Liber Amicorum Richard M. Buxbaum, 2000, str.629.

ostatních právních řádů zakotven. Následně společnost Centros přemístila své sídlo do Dánska, a to prostřednictvím založení tamní dceřiné společnosti. Registraci dánské společnosti však dánské úřady zamítly s poukazem na to, že se tím společnost Centros pokouší obejít dánská pravidla o minimálním základním kapitálu.

ESD v meritorní části odůvodnění svého rozhodnutí konstatoval, že pro přiznání komunitárního práva usazování „*je bezpředmětné, že společnost byla založena v jednom členském státě pouze za účelem usazení se v jiném členském státě, kde také dochází k provozování hlavních, nebo veškerých podnikatelských aktivit.*“¹²⁵ Dále s odkazem na svou předchozí judikaturu uvedl, že členské státy jsou nicméně „*(...) oprávněny přijmout opatření, která mají zabránit, aby jejich občané pod záminkou výkonu práv přiznaných SES obcházeli jeho vlastní zákony (...)*“¹²⁶

Rozhodný přínos rozsudku Centros spočívá v tom, že ESD aplikoval na daný případ proslulý čtyřprvkový test vyvinutý původně pro oblast svobody usazování fyzických osob v rozhodnutí *Gebhard*¹²⁷ a s výslovným odkazem na toto rozhodnutí¹²⁸ konstatoval, že „*opatření členských států, která jsou způsobilá ztížit výkon základní svobod zaručených SES nebo tento výkon učinit méně atraktivním, musí splňovat následující podmínky: musí být (i) použita nerozlišujícím způsobem; (ii) zdůvodněna imperativními požadavky vyplývajícími z obecného zájmu; (iii) vhodná pro dosažení sledovaného cíle; a (iv) nesmí omezovat více, než je k dosažení těchto cílů nezbytně nutné*“. K tomu lze s mírou nadsázky podotknout, že použitím plně rozvinutého pravidla rozumu (rule of reason) se z rozhodnutí Centros stává „*Cassis de Dijon*“ pro oblast svobody usazování společností.

6.4 Centros: ESD vytváří evropské pravidlo uznání

¹²⁵ Centros, para.17.

¹²⁶ Centros, para.24.

¹²⁷ Case C-55/94, *Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, 1995, ECR I-4165

¹²⁸ Case C-19/92, *Kraus v. Land Baden-Wuerttemberg*, 1993, ECR I-1663, para.32; *Gebhard*, para.37.

Podstatu rozhodnutí ve věci Centros ve vztahu k problematice uznávání obchodních společností lze spatřovat ve vytvoření principu, dle něhož je společnost založená dle práva některého členského státu se statutárním sídlem, ústřední správou nebo hlavním místem podnikatelské činnosti uvnitř ES (článek 48 SES) oprávněna k výkonu komunitárního práva usazování.

To, zda je daná společnost oprávněna dovolávat se práva usazování, je třeba posuzovat výhradně dle předpisů komunitárního práva, konkrétně na základě článků 43 a 48. Z toho plyne, že před použitím předmětného ustanovení SES by neměla vyvstat „předběžná“ otázka kolizního práva dle norem dotčených členských států. Problematika možnosti dovolat se práva usazování se řídí výlučně komunitárním právem.¹²⁹ V uvedeném smyslu má tedy článek 48 povahu komunitárního „pravidla uznání“ (rule of recognition) a ukládá členským státům respektovat volbu kolizních norem provedenou jinými členskými státy.¹³⁰

ESD nezůstal v rovině abstrakce a naznačil, jaká „vhodná opatření přijatá za účelem předcházení či postihu podvodného jednání“¹³¹ jsou členské státy oprávněny přijmout. Mělo by se jednat o opatření, která jsou ve srovnání s těmi, které použila dánská strana „méně omezující, nebo která méně zasahují do základních svobod, spočívající např. v možnosti veřejnoprávních věřitelů získat nezbytné jistoty (guarantees)“.¹³² Dále se v mezích těchto parametrů nabízí diskuze o přípustnosti omezení z oblasti veřejného, jmenovitě trestního práva.

V neposlední řadě je vhodné zmínit, že rozhodnutí ve věci Centros lze oprávněně pokládat za východisko pro diskuzi o tom, do jaké míry je „osekávání“ osobního statutu pseudozahraniční společnosti, např. v podobě prolomení autonomie společnosti (*tzv. piercing of corporate veil*)¹³³

¹²⁹ Holst, C., European Company Law After Centros: Is the EU on the Road to Delaware?, Columbia Journal of European Law, svazek 8, 2002, str.341

¹³⁰ Behrens, P., International Company Law in View of the Centros Decision of the ECJ, European Business Organization's Law Review, 1/2000, str.125-130.

¹³¹ Centros, para.38.

¹³² Centros, para.37.

¹³³ Srov. např. Presser, S.B., Piercing the Corporate Veil, Clark Boardman Callaghan, 1994.

s následkem např. neomezeného ručení společníků, slučitelné s komunitárním právem.¹³⁴

6.5 Rozhodnutí ve věci *Überseering*¹³⁵

Vzhledem k mizivé legislativní aktivitě v návaznosti na přijetí rozhodnutí ve věci *Centros* a též tomu, že probíhající diskuze týkající se přijetí, resp. formulačního upřesnění návrhu čtrnácté směrnice,¹³⁶ nedosáhly jednoznačného vyústění, byl další kámen do mozaiky komplexního řešení obecně očekáván v podobě „lucemburské intervence“. Lze předeslat, že už v době před vydáním rozhodnutí ve věci *Centros* byla k ESD vznesena ze strany německého soudu¹³⁷ předběžná otázka ve věci týkající se holandské společnosti *Überseering, B.V.*¹³⁸

Daná byla vznesena v rámci sporu společnosti *Überseering* se svým obchodním partnerem. Německý soud v průběhu řízení dospěl k závěru, že vlastnické podíly na jmenované společnosti byly převedeny na německé občany, kteroužto skutkovou okolnost posoudil coby přemístění skutečného sídla společnosti do Německa. V návaznosti na tento závěr příslušný soud dovodil, že společnost *Überseering* nespĺňuje zákonné podmínky pro vznik právnické osoby dle německého práva, a odmítl této společnosti přiznat procesní způsobilost.

ESD při zdůvodnění svého rozhodnutí vyšel ze zjištění, že německé právo společnosti *Überseering* neposkytlo jinou alternativu než reinkorporaci do některé z korporátních forem připuštěných německým právem.¹³⁹ V tomto omezení však spatřoval porušení práva ES a konstatoval, že „*Überseering coby společnost platně založená v Nizozemsku, kde má své statutární sídlo,*

¹³⁴ Vlas, P., Comment to ECJ C-212/97 (*Centros*), National Journal, 2000, str.340.

¹³⁵ Case C-208/00, *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, 2002, ECR I-9919.

¹³⁶ Návrh čtrnácté směrnice Rady o přesunu statutárního nebo skutečného sídla společnosti z jednoho členského státu do druhého, Doc. XV/6002/97-EN of 20 April 1997.

¹³⁷ BGH 30.březen 2000, VII ZR 370/98, 45 Die Aktiengesellschaft (2000), str.437 a násl.

¹³⁸ Obdoba omezeně ručící společnosti, jejíž podíly nejsou veřejně obchodovatelné. Podrobněji Rammeloo, S., č. 2, str.96, 127.

¹³⁹ Velice důrazným způsobem platnost tohoto závěru zpochybňuje Kindler, P., Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft? – die *Überseering* – Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht, Neue Juristische Wochenschrift, 15/2003, str.1075.

je na základě článků 43 a 48 SES oprávněna k výkonu práva usazování v Německu, a sice jako společnost založená podle holandského práva".¹⁴⁰

V následujícím bodě ESD jakoby paradoxně využil principů vyvinutých v rozhodnutí ve věci Daily Mail ve prospěch společnosti Überseering, ježto konstatoval, že „skutečná existence (této) společnosti je neoddělitelná od jejího statutu společnosti založené podle holandského práva, jelikož (...) společnost může existovat pouze z moci národního zákonodárství, které rozhoduje o jejím vzniku a fungování“.¹⁴¹ Tvůrčí použití principu, dle něhož si právní kontrolu nad obchodními společnostmi má primárně zachovávat stát, dle jehož práva tato společnost vznikla, umožnilo ESD vyslovit závěr, že požadavek cílového státu spočívající v nutnosti reinkorporace přemísťující se společnosti představuje naprostou negaci svobody usazování.¹⁴² To plyne z toho, že ustanovení článků 43 a 48 SES vyžadují, aby kterýkoli členský stát uznal právní subjektivitu a na základě toho i její způsobilost být účastníkem řízení, kterých určitá společnost požívá na základě práva státu, kde má své zapsané sídlo (ve vztahu ke společnosti, u nichž jsou dány podmínky ve smyslu článku 48 SES).¹⁴³

6.6 Überseering: základ doktríny nedělitelnosti rozhodného práva společností v rámci ES

Výrazná odlišnost rozhodnutí Überseering a Centros spočívá v tom, že prvně zmíněné rozhodnutí se stalo kolbištěm pro přímý střet dvou kolizních teorií – na jedné straně figurovala právní úprava Německa, vycházejícího v dané době ze striktní verze teorie sídla,¹⁴⁴ na straně druhé holandské

¹⁴⁰ Überseering, para.80.

¹⁴¹ Ibidem. para.81 s výslovným odkazem na rozhodnutí Daily Mail, para.19.

¹⁴² Ibidem. „The requirement of reincorporation of the same company in Germany is therefore tantamount to outright negation of freedom of establishment“.

¹⁴³ Ibidem. para.96, závěrečná odpověď.

¹⁴⁴ Teorie sídla je z praktického hlediska značně nevyhovující potřebám rozpínajícího se globálního trhu Společenství. Jeho důsledné uplatňování by vedlo k neustálým změnám osobního statutu společnosti v závislosti na tom, kde by konkrétně probíhalo zasedání jejího managementu. V případě, že by každodenní rozhodování bylo realizováno prostřednictvím např. videokonferencí, lze si jen těžko představit, jakým způsobem by se soud státu principu skutečného sídla se situací vypořádal. Především však jeho uplatňování vede ke vzniku vysoké míry právní nejistoty, neboť jednoznačné určení osobního statutu může být provedeno pouze *ex post* rozhodnutím soudu

právo, až donedávna pokládané za evropský Delaware,¹⁴⁵ zastávající důsledně inkorporační princip.¹⁴⁶

Jak jest uvedeno shora, ESD označil postup německých soudů za přímou negaci svobody usazování. Jaký je však obecný význam klíčových pasáží rozhodnutí? Lze je interpretovat tak, že ESD vynesl odsuzující rozsudek nejen ve vztahu ke konkrétnímu případu, ale též i k teorii sídla?

První otázkou je to, zda v návaznosti na rozhodnutí Überseering má cílový stát povinnost uznat přesídlující se společnost coby subjekt práva, jenž navíc i po uskutečnění přesídlení podléhá, až na velmi úzce pojímané výjimky, právnímu řádu státu, kde je registrován, anebo platí spíše subvarianta téhož principu, a sice, že cílový stát přesídlující se společnost sice uzná jakožto právní subjekt, avšak podřídí ji svému právnímu řádu.¹⁴⁷

6.7 K možnosti uznání právní subjektivity na základě práva cílového státu.

V první řadě lze v naznačeném kontextu posuzovat možnost přiznání procesní způsobilosti přesídlující se společnosti na základě práva cílového (zde německého) státu.¹⁴⁸ Přímým důsledkem přijetí této úvahy by byl závěr, že články 43 a 48 SES nemají povahu tzv. pravidla uznání a neukládají tak členským státům povinnost respektovat volbu některého z v článku 48 zmíněných kritérií stran jiného členského státu. Z této perspektivy tedy uznání právní subjektivity přesídlující se společnosti nevyžaduje nutně, aby tohoto výsledku bylo dosaženo za použití práva, kde má tato společnost své zapsané sídlo (zde Nizozemí).¹⁴⁹

¹⁴⁵ Podrobněji viz Rammeloo, č. 2, str.96-127.

¹⁴⁶ Na druhé straně důsledky principu inkorporace jsou právě opačné. Je-li pro stanovení osobního statutu společnosti rozhodná registrace (inkorporace), představuje tento prvek lehce čitelné vodítko pro nalezení „správného“ práva a právní jistota je ještě zvýšena tím, že tato skutečnost v naprosté většině případů podléhá povinnosti publicity.

¹⁴⁷ Zimmer, D., *Wie es Euch Gefaellt? Offene Fragen nach dem Überseering-Urteil des EuGH*, Betriebsberater, 1/2003, str.3

¹⁴⁸ Kindler, P., *Inspire Art – Aus Luxemburg nichts neues zum Internationalen Gesellschaftsrecht*, Neue Zeitschrift fuer Gesellschaftsrecht, (NZG), 23/2, 2003, str.1077.

¹⁴⁹ Knapp, A., *Zwingende Anerkennung von auslaendischen Gesellschaften? – Zugleich Anmerkungen zum Urt. Des EuGH v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 (Überseering)*, Deutschen Notar Zeitschrift, 2/2003, str.88.

Vyústěním takto pojatého výkladu je závěr, že rozhodnutí ve věci *Überseering* neplatí pro ostatní právní poměry společností, které je možno posuzovat dle tradičního pojetí doktríny sídla. Jinými slovy se na otázky týkající se organizační struktury, členských práv a povinností, postavení vedení společnosti, odpovědnost či ručení rozhodnutí ve věci *Überseering* nevztahuje a tyto se proto mohou i nadále řídit práva cílového státu (zde německého práva).¹⁵⁰

6.8 Povinnost uznání společnosti jako subjektu práva státu původu

Alternativním výkladem rozhodnutí ve věci *Überseering* je vyvození povinnosti cílového státu zaručit přesídlující se společnosti uznání v širším smyslu dle parametrů práva státu, kde má daná společnost své registrované sídlo (Nizozemí).

Na podporu této výkladové varianty lze argumentovat zejména výslovným zněním rozhodnutí ESD v části zdůrazňující, že není dostatečné, uzná-li cílový stát právní subjektivitu, resp. procesní způsobilost přesídlující se společnosti, ale že je povinen uznat tento status v kvalitě a formě dle práva státu inkorporace.¹⁵¹ Souladu s tímto principem lze tedy dle našeho mínění dosáhnout pouze a jen tehdy, bude-li uznáno, že právní existence společnosti je dána jen potud, pokud zůstane definována právem státu, kde tato společnost vznikla a nikoli právem cílového státu, byť by jednotlivých případech výsledek nemusel být nutně odlišný.¹⁵²

6.9 Celkový význam rozhodnutí *Überseering* pro svobodu usazování společností

Rozhodnutí ve věci *Überseering* se, tak jako ve věci *Centros*, vztahuje i na problematiku kolizního práva. Máme za to, že záměrem ESD nebylo stanovit přednostní použití některého z hraničních určovatелů uvedených

¹⁵⁰ Zimmer, D., *Wie es Euch Gefällt? Offene Fragen nach dem Überseering-Urteil des EuGH*, BB, 1/2003, (2003), str.4.

¹⁵¹ *Überseering*, para.95, závěrečná odpověď.

¹⁵² *Überseering*, para.81.

v článku 48 SES, nota bene ESD neměl v úmyslu nastolit dominanci inkorporačního principu.¹⁵³

Díkce doposud komentovaných rozhodnutí ESD spíše odůvodňuje závěr, že článek 48 SES v sobě obsahuje **komunitární pravidlo uznání**. Jednotlivá kolizní kritéria jsou formulována alternativně¹⁵⁴, protože závisí na volbě členských států, které kritérium upřednostní. Jestliže však členský stát určitou volbu provede, ostatní členské státy jsou povinny nastavit svůj právní řád tak, aby zamezily vzniku důsledků, jež by s touto volbou nebyly slučitelné nebo by ji přímo negovaly. Praktické použití tohoto principu je proto podmíněno tím, v jakém konkrétním kontextu má dojít k jeho uplatnění. Pokud se společnost přemísťuje ze státu zastávajícího princip sídla a neumožňující zachování právní kontinuity přemísťující se společnosti do státu zastávajícího tentýž princip, žádné interpretační ani praktické obtíže pochopitelně nevystanou. Dále uvažujeme-li kontext přemístění ze státu teorie sídla do státu inkorporační teorie, lze rovněž argumentovat, že nevznikne kolizní situace a princip nedělitelnosti rozhodného práva dle rozhodnutí ve věci *Überseering* sice nenajde své uplatnění, ale ani nebude porušen. Krystalickou situací, na níž daný princip přímo dopadá a kde vyvolává důsledky odlišné od tradiční interpretace, je přesun společnosti ze státu inkorporačního principu do státu principu sídla. Pouze a jen v tomto kontextu platí, že princip komunitárního uznání diktuje cílovému státu povinnost uznání právní subjektivity včetně rozhodného práva přemísťující se společnosti, kterýmžto způsobem je zároveň vyjádřeno uznání volby kolizního kritéria inkorporace výchozím státem.¹⁵⁵

Souhrnně řečeno plyne pro státy teorie sídla z rozhodnutí ve věci *Überseering* povinnost zajistit společnostem přemísťujícím se na jeho území (i) uznání právní kontinuity a (ii) zachování rozhodného práva.¹⁵⁶ Uvedený princip lze zrcadlově vyjádřit tak, že společnost má právo „exportovat“ své

¹⁵³ Opačně viz např. Kindler, č. 163, str.1075-1077.

¹⁵⁴ Shodně Rammeloo, č. 2, str.254-256.

¹⁵⁵ Jinými slovy obsahuje článek 48 SES tzv. pravidlo uznání (rule of recognition), srov. už k rozhodnutí *Centros* Behrens, P., Reaktionen mitgliedstaatlicher Gerichte auf das *Centros-Urteil* des EuGH, IPRax, 2000, str.385.

¹⁵⁶ Shodně Stoller, A., Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften – EuGH, NJW, 9/2003, str.848

rozhodné právo i právní existenci v rámci ES v rozsahu, v jakém to připouští právo výchozího státu (princip Daily Mail).¹⁵⁷ Výhradně v těchto mantinelech je třeba chápat aplikační význam komunitárního pravidla uznání v tzv. plném smyslu.¹⁵⁸

Konečně se přikláníme k tomu, že názory, dle nichž má být nerozhodné, jakým způsobem cílový stát dostojí povinnosti vyjádřené v rozhodnutí Überseering, je třeba odmítnout jako účelové.¹⁵⁹ Máme za nepochybné, že cílový stát má ve shora rozvedeném kontextu povinnost aplikovat právní řád státu inkorporace dané společnosti.

V této souvislosti je proto třeba odmítnout jako zcela neopodstatněnou a účelově motivovanou i další alternativu - tzv. *smooth conversion*¹⁶⁰, tj. změnu právní formy v návaznosti na přeshraniční změnu sídla společnosti. Tato varianta v sobě obnáší v zásadě dva podstatné důsledky, a sice (i) zachování právní kontinuity společnosti, což je však „vykoupeno“ její (ii) konverzí do některé z právních forem připuštěných právem cílového státu. S ohledem na shora uvedenou argumentaci nelze než poznamenat, že byt' by tato varianta mohla v určitých případech fungovat, její plošné použití by nevyhnutelně vedlo k omezenému použití komunitárního principu uznání a porušovalo svobodu usazování společností v rámci ES.

6.10 Rozhodnutí ve věci Inspire Art¹⁶¹

Z rozhodnutí ESD ve věci Überseering plyne, že autonomie členských států v oblasti mezinárodního práva soukromého je se zřetelem na korporátní právo omezena komunitárním principem uznání dle článku 48

¹⁵⁷ Srov. Geyrhalter, V., Gaenssler, P., Perspektiven nach Überseering – wie geht es weiter?, Neue Zeitschrift fuer Gesellschaftsrecht, 9/2003, str.409.

¹⁵⁸ Shodně Forsthoff, U., Abschied von der Sitztheorie. Anmerkung zu den Schlussanträgen des GA Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer in der Rs. Überseering, BB, 7/2002, str.321; opačně Rammeloo, S., The Long and Winding Road towards Freedom of Establishment for Legal Persons in Europe, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 10/2003, str.193 a násl.

¹⁵⁹ Obecně Zimmer, D., č. 165, (2003), str.5.

¹⁶⁰ Roth, W.H., č. 33, str.196.

¹⁶¹ Case C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd, ECR, 2003.

SES.¹⁶²

Být má rozsudek *Überseering* značně obecnou platnost, nelze v této souvislosti opominout, že ESD se meritorně zabýval pouze otázkou právní subjektivity a z ní vycházejícího práva být účastníkem soudního řízení. Nevyřešená tak zůstala otázka, v jakém rozsahu tzv. jsou pseudozahraniční společnosti oprávněny čerpat výhod komunitární svobody usazování. Připouští tedy evropské právo usazování volnou soutěž právních řádů členských států v této oblasti bez omezení?¹⁶³

Jinými slovy, lze se i po rozhodnutí *Überseering* opodstatněně ptát: Mají členské státy stále šanci uchránit obchodní prostředí před oportunními, zneužívajícími či přímo podvodnými snahami o obcházení vlastních ochranných norem? ESD se těmito aspekty blíže zabýval v rozhodnutí ve věci *Inspire Art*.

Ve věci *Inspire Art* šlo o jmenovanou britskou společnost registrovanou ve Velké Británii. Bezprostředně po jejím vzniku došlo k přesunutí všech obchodních aktivit do Nizozemí, kde byla zřízena její pobočka.

V reakci na tento krok holandský soud společnosti *Inspire Art* nařídil, aby ve své složce v obchodním rejstříku uvedla, že má povahu tzv. formálně zahraniční společnosti. Tato povinnost plynula z holandského zákona proti formálně zahraničním společnostem¹⁶⁴, kterýžto zákon do této kategorie řadil kapitálové obchodní společnosti založené podle jiného než holandského práva a vykonávající převážnou část svých obchodních aktivit v Nizozemí. Formálně zahraniční společnost měla se státem, dle jehož práva vznikla, tedy pouze fiktivní spojení.¹⁶⁵

Navzdory tomu, že holandský zákon o mezinárodním právu soukromém vychází z inkorporačního principu, zákon proti pseudozahraničním společnostem měl povahu speciálního zákona, tj. jeho použití předcházelo

¹⁶² Weller, M.P., *Inspire Art: Weitgehende Freiheiten beim Einsatz auslaendischer Briefkastengesellschaften*, *Deutsches Steuerrecht*, 42/2003, str.1800.; Leible,S., Hoffmann,J., *Wie inspiriert ist Inspire Art?*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 22/2003, str.681.

¹⁶³ Srov. Stanovisko generálního advokáta Albera, in: *Der Betrieb*, 2003, str.377.

¹⁶⁴ Zákon proti formálně zahraničním společnostem (*Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschap*). V podrobnostech viz Rammeloo, č. 2, str.96-127.

¹⁶⁵ Článek 1 zákona proti formálně zahraničním společnostem.

aplikaci příslušné kolizní normy pro výběr rozhodného práva.¹⁶⁶ Zákon o formálně zahraničních společnostech měl tudíž povahu hmotněprávní normy mezinárodního práva soukromého.¹⁶⁷

Daný případ byl posléze notifikován ESD v rámci řízení o předběžné otázce. Jádrem rozhodnutí ve věci *Inspire Art* spočívá v posouzení ustanovení zákona o formálně zahraničních společnostech, ukládající těmto společnostem povinnosti jdoucí nad rámec sekundárního práva ES.¹⁶⁸

Konkrétně se jednalo o ustanovení ukládající pseudozahraničním společnostem povinnost splatit minimální základní kapitál v době registrace a udržovat alespoň tuto minimální výši po celou dobu její existence; za další šlo o uložení sankce společné a nerozdílné odpovědnosti vedení společnosti za porušení zmíněné povinnosti.

ESD se nejprve zabýval tím, zda předmětná opatření představují překážku pro výkon práva usazování. V této souvislosti zopakoval, že založení společnosti v jednom členském státě za účelem získání výhody příznivějšího zákonodárství nepředstavuje zneužití práva ES.¹⁶⁹ Z toho plyne, že uložení dodatečné povinnosti splacení minimálního základního kapitálu musí být charakterizováno coby omezení svobody usazování ze strany cílového státu (Nizozemí).

6.11 Inspire Art: dotváření komunitárního principu uznání rozhodného práva společnosti

Rozsudek *Inspire Art* úzce souvisí s rozhodnutími ve věcech *Centros* a *Überseering* v tom, že se týká shora diskutovaných otázek svobody usazování společností. Obdobně i tímto rozhodnutím dochází k upřesnění

¹⁶⁶ *Wet Conflictenrecht Corporaties*; Rammeloo, č. 2, str.101.

¹⁶⁷ K pojmu viz např. Kučera, Z., *Mezinárodní právo soukromé*, Doplněk, 4. vydání, 1999, str.40.

¹⁶⁸ Několik ustanovení předmětného zákona představovalo implementaci jedenácté směrnice Rady ES z 21. prosince 1989 týkající se požadavků na zveřejnění určitých údajů týkajících se poboček zřízených v jednom členském státě určitými druhy společností podléhajících právu jiného členského státu, (86/666/EEC), OJ 1989 L 395/36. ESD dospěl k závěru, že s výhradou předpisů soc. zabezpečení a daňových je výčet směrnice taxativní. Uvádění dodatku, že jde o formálně zahraniční společnost proto ESD označil za neslučitelné s právem ES. Podrobnosti této části rozsudku se zde není možné zabývat.

¹⁶⁹ *Case C-79/85 Segers v. Bedrijfsvereniging Voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, 1986, ECR I-2375, para.16; *Centros*, para.18.

komunitárního rozměru této svobody, z čehož někteří autoři dovozují pokračující omezování manévrovacího prostoru pro národní zákonodárce.¹⁷⁰

ESD ve věci *Inspire Art* výrazně upřesňuje obsah svobody usazování v souvislosti s tzv. imigračním tím, že stvrzuje povinnost cílových států respektovat rozhodné právo přemísťujících se společností, je-li to v souladu s právem výchozího státu.¹⁷¹ V tomto směru ESD dále legitimizuje komunitární platnost inkorporačního principu tím, že jej nelze svévolně popřít použitím principu sídla cílovým státem (princip slučitelnosti).¹⁷²

Navzdory tomu, že diskutované pravidlo uznání nelze omezovat toliko na uznání právní subjektivity přemísťujících se společností, členské státy nezůstávají ani v návaznosti na rozhodnutí *Inspire Art* zcela bez prostředků, kterými lze eliminovat či alespoň zmírnit nepříznivé dopady účelových přeshraničních přesunů.

6.12 Podmínky omezení rozhodného práva ve prospěch práva cílového státu

V rozsudku *Centros* ESD připustil, že omezující ustanovení v právu členských států, která jsou způsobilá omezit nebo znesnadnit výkon práva usazování, musí splňovat podmínky čtyřprvkového testu, tj. nesmějí mít diskriminační povahu, musí být ve veřejném zájmu, musí být vhodná pro dosažení deklarovaného cíle a přiměřená co do omezení garantovaného práva.¹⁷³ V rozhodnutí *Überseering* ESD obecně konstatoval, že mezi tyto kategorické požadavky může patřit např. ochrana věřitelů, minoritních akcionářů či zaměstnanců.¹⁷⁴

Rozhodnutím *Inspire Art* se upřesňuje, že prolomení principu nedělitelnosti rozhodného práva se nadále připouští výhradně v případech

¹⁷⁰ Geyrhalter, V., Gaenssler, P., *Inspire Art – Briefkastengesellschaften „on the Move“*, DStR, 50/2003, str.2169. Podobně Maul, S., Schmidt, C., *Inspire Art – Quo vadis Sitztheorie?*, BB, 44/2003, str.2297. (Geyrhalter/Gaenssler 2003b)

¹⁷¹ Kersting, Ch., Schindler, C.P., *The ECJ's Inspire Art Decision of 30 September 2003 and its Effects on Practice*, *Recht der Wirtschaft*, 2003, str.621.

¹⁷² Weller, M.P., *Inspire Art: Weitgehende Freiheiten beim Einsatz auslaendischer Briefkastengesellschaften*, *Deutsches Steuerrecht*, 42/2003, str.1801.

¹⁷³ *Centros*, para.34, *Gebhard*, para.37, *Kraus*, para.32; *Inspire Art*, para.133.

¹⁷⁴ *Überseering*, para.92.

takového podvodného či zneužívajícího jednání, které je dokázáno se **zřetelem na okolnosti konkrétního případu.**¹⁷⁵

Z toho lze odvodit, že obecná právní úprava, která je nastavena tak, aby tzv. (pseudo)zahraničním společností udělovala „preventivní úder“,¹⁷⁶ ve světle rozhodnutí Inspire Art neobstojí.¹⁷⁷ Vzhledem k tomu, že založení formálně zahraniční společnosti není porušením ani zneužitím komunitární svobody usazování, lze o možnosti nahradit osobní statut společností uvažovat jediné v reakci na skutečné (protiprávní) jednání, které tyto společnosti vyvíjejí na území hostitelského státu.¹⁷⁸

Metaforicky lze rozhodnutí Inspire Art přirovnat ke kladivu¹⁷⁹, které přibíjí ke společnostem jejich osobní statut tak pevně, že se cizímu právnímu řádu může podařit narušit tuto sounáležitost jen za výjimečných okolností. V této souvislosti ovšem nezbytně vyvstává otázka, zda a jakým způsobem lze parametry konkrétnosti omezujícího opatření naplnit. Má se jednat toliko o akty výkonu soudní či administrativní pravomoci? Plyne z toho, že např. ustanovení obchodního práva nelze za tímto účelem použít vůbec? Máme za to, že ESD nechává tyto otázky nevyřešené.¹⁸⁰

6.13 Charakteristika dovolených opatření omezujících svobodu usazování společností

Vzhledem k tomu, že komunitárně konformní omezení svobody usazování musí být „šitá na míru“ konkrétním případům zneužití, nabízí se možnost využití právních institutů, které nespádají přímo do korporátního práva a jejich přímým důsledkem by proto nebylo narušení principu nedělitelnosti

¹⁷⁵ Inspire Art, para.105; souhlasně Kersting,Ch., Schindler,C., The ECJ's Inspire Art Decision of 30 September 2003 and its Effects on Practice, Recht der Wirtschaft (RdW) 2003, str.621 a násl

¹⁷⁶ Srov Inspire Art, para 98.

¹⁷⁷ Srov i stanovisko generálního advokáta Siegberta Albera, Opinion, C-167/01, para.115 a násl.

¹⁷⁸ Geyrhalter,V, Gaenssler,P, Perspektiven nach Überseering – wie geht es weiter?, NZG, 9/2003, str 2169

¹⁷⁹ Toto přirovnání používá Peter Ulmer, cit z Weller, M.P., Scheinauslands-gesellschaften nach Centros, Überseering und Inspire Art: Ein neues Anwendungsfeld für die Existenzvernichtungshaftung, IPRax 2003, str 1804.

¹⁸⁰ Vzhledem k jeho obecné platnosti a tudíž i obecnému omezení osobního statutu společností nesplní takový předpis podmínku konkrétnosti.

rozhodného práva společností, ale toliko jeho „odstavení“ v případě porušení práva cílového státu.¹⁸¹

Je třeba zdůraznit, že pokud jde o oblast obchodního práva, vede princip nedělitelnosti rozhodného práva k tomu, že jednání společnosti může být posuzováno výlučně dle rozhodného práva.¹⁸² Současně také platí, že společnost může být sankcionována pouze a jen v souladu s normami právního řádu *legis societatis* a že tuto úlohu nelze přenechat obchodnímu právu cílového státu.¹⁸³

Situace však může být odlišná, uvažujeme-li o podvodném či zneužívajícím jednání, na něž se obchodní právo přímo nevztahuje. Protiprávnost by v těchto případech plynula např. norem veřejného práva, jmenovitě z oblasti správní či trestní, jejichž použití princip nedělitelnosti osobního statutu rozhodně nevylučuje a z povahy věci ani vyloučit nemůže.

Z hlediska teorie mezinárodního práva soukromého lze diskutovat i situaci, kdy určitá hmotněprávní ustanovení sledují vícero cílů a mohou tak být teoreticky předmětem více kolizněprávních norem. Tento jev se označuje jako tzv. vícenásobná kvalifikace (*Mehrfachqualifikation*).¹⁸⁴ V této souvislosti se lze setkat s názory, podle kterých některé situace z oblasti společností, které jsou obvykle posuzovány dle osobního statutu společnosti, mohou prostřednictvím této metody získat například deliktněprávní, resp. konkurzněprávní rozměr a být tak posouzeny dle práva cílového státu.¹⁸⁵ Rozsáhlejší použitelnost tohoto pravidla je však s ohledem na její nezastíranou účelovost spíše pochybná.

Dalším palčivým problémem, který rozděluje evropské korporátní právo je otázka spoluúčasti zaměstnanců na řízení společnosti

¹⁸¹ Weller, M.P., Scheinauslands-gesellschaften nach Centros, Überseering und Inspire Art: Ein neues Anwendungsfeld für die Existenzvernichtungshaftung, IPRax 2003, str.1804.

¹⁸² Opačně viz Schulz, M., (Schein-)Auslandsgesellschaften in Europa - Ein Schein-Problem?, NJW 2003, 2705, 2706.

¹⁸³ Kersting, Ch., Schindler, C., The ECJ's Inspire Art Decision of 30 September 2003 and its Effects on Practice, Recht der Wirtschaft (RdW) 2003, str.621 a násl.

¹⁸⁴ Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin : Sellier-de Gruyter, 1998., Sonnenberger, §481.

¹⁸⁵ Jayme/Hausmann, Textausgabe Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Beck; Sartorius II, Loseblatt, 11.vydání, 2002, str.260. K situacím, které obsahují komponenty deliktního práva, lze podle některých názorů řadit případy tzv. směšování majetku (*Vermögensvermischung*); Za další se může jednat o zásahy společníků, které vedou ke vzniku platební neschopnosti; Další možností, jak pseudozahraniční společnost „stáhnout z oběhu“, mohou být prostředky práva konkurzního;

(Arbeitnehmermitbestimmung; worker codetermination).¹⁸⁶ Navzdory rozhodnutí ve věci Inspire Art zůstávají nevyjasněné daňové aspekty problematiky přeshraničního přesídlování společností. I v této souvislosti zaznívají obavy, vytvoření principu nedělitelnosti rozhodného práva založeném de facto na inkorporačním principu může mít za následek postupný vznik tzv. *regulatory competition* (tedy evropské soutěže právních ráďů), resp. jevu označovanému pejorativně jako tzv. závody ke dnu (*race to the bottom*), a to i v jiných oblastech než jen v rámci obchodního práva.¹⁸⁷

6.14 Tzv. emigrační přesídlení rozhodnutí ESD ve věci de Lasteyrie du Saillant¹⁸⁸

Ježto ani rozhodnutí ve věcech Centros, Überseering a Inspire Art nevyjasnila otázku, zda komunitární právo ukládá členským státům povinnost umožnit vlastní společnosti přesun sídla do jiného členského státu při zachování právní kontinuity (tzv. emigrační přesídlení).¹⁸⁹

Pravděpodobný vývoj svobody usazování společností se zřetelem na tzv. emigračního přesídlování naznačilo rozhodnutí ESD ve věci de Lasteyrie du Saillant. V daném případě se jednalo o francouzského občana Hughes de Lasteyrie du Saillant, který vlastnil akcie společnosti daňově rezidentní ve Francii a následně se přestěhoval do Belgie. Dle francouzských daňových zákonů mu vznikla povinnost podrobit se v souvislosti s přeshraničním přesunem zdanění kapitálového výnosu, které se vztahovalo na tzv. latentní nárůst hodnoty předmětných cenných papírů.¹⁹⁰ Ustanovení této daně mělo za účel zabránit daňově motivovaným přesunům do zahraničí.

Evropský ESD v této věci dospěl k pozoruhodnému závěru, že předmětná daňová legislativa je způsobilá ztížit výkon práva usazování. Je-li občan členského státu v souvislosti s přesunem do jiného členského státu podroben

¹⁸⁶ K tomu viz Rammeloo, č. 2, str.186.

¹⁸⁷ Maul, S., Schmidt,C., Inspire Art – Quo vadis Sitztheorie?, Betriebsberater, 44/2003, str.2298.

¹⁸⁸ Case C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant v Ministere de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, 2004, ECR doposud nepublikováno.

¹⁸⁹ Shodně Tribel, V., Hase, K., Wegzug und grenzüberschreitende Umwandlungen deutscher Gesellschaften nach Überseering und Inspire Art, BB, 46/2003, str. 2410.

¹⁹⁰ Lasteyrie du Saillant, paras.12-14.

byť i minimálnímu zdanění, je tato okolnost způsobila odradit jej od jeho původního úmyslu a konstruktivně tak omezit jeho právo usazování v jiném členském státě.¹⁹¹

ESD dospěl k závěru, že „přesun daňové rezidence fyzické osoby mimo území určitého členského státu sám o sobě nepředstavuje vyhýbání se daňovým povinnostem (tax avoidance). Daňový únik (evasion) nebo podvod (fraud) nelze obecně dovodit pouze ze skutečnosti, že daňová rezidence fyzické osoby se přesunula do jiného členského státu, tato skutečnost současně nemůže ospravedlnit daňové opatření, které omezuje výkon práva usazování zaručeného Smlouvou“.¹⁹²

V souvislosti s rozhodnutím de Lasteyrie du Saillant se nabízí několik naléhavých otázek. Především jde o to, zda jsou zde uvedené závěry použitelné v oblasti korporátního práva.

6.15 Platnost závěrů rozhodnutí de Lasteyrie du Saillant pro oblast svobody usazování společností

V odborné diskuzi na dané téma lze podle očekávání zaznamenat protichůdné názory. Na jedné straně stojí stanovisko, že základní principy předmětného rozhodnutí jsou plně převoditelné do oblasti korporátního práva.¹⁹³ Opačnou stranou mince jsou závěry, podle kterých právnické osoby představují toliko výtvar právních řádů a tudíž navzdory znění článku 48 SES nelze závěry platné pro oblast fyzických osob mechanicky přenášet na osoby právnické.¹⁹⁴ Na podporu posléze zmíněného stanoviska se uvádí, že ESD ve věci Lasteyrie du Saillant ani jednou neodkázal na rozhodnutí ve věci Daily Mail, které představuje pro oblast tzv. emigračního přesídlení zásadní rozhodnutí.

Domníváme se, že možnost přenesení stanoviska soudního dvora

¹⁹¹ Ibidem, paras.45-48.

¹⁹² Lasteyrie du Saillant, para.51, Commission v. Belgium, para 45; X a Y, para.62.

¹⁹³ Kleinert/Probst, Der Betrieb, 2003, str.2217-2218. Cit. z Triebel, V., Hase, K., Wegzug und grenzüberschreitende Umwandlungen deutscher Gesellschaften nach Überseering und Inspire Art, BB, 46/2003, str.2410.

¹⁹⁴ Triebel, V., Hase, K., Wegzug und grenzüberschreitende Umwandlungen deutscher Gesellschaften nach Überseering und Inspire Art, BB, 46/2003, str.2409.

z případu *Lasteyrie du Saillant* na případy přesídlování společností je spíše pochybná. Na tomto místě nelze poskytnout uspokojivou ani definitivní odpověď – lze však především uvést argumenty pro i proti tomuto závěru.

K podpoře zamítavého stanoviska lze uvést to, že závěry vtělené do rozsudku *Daily Mail*, od nichž se ESD doposud neodchýlil, zcela jasně konstatují, že kolizní normy uvedené v článku 48 SES jsou postaveny naroveň. Vzhledem k tomu, že komunitární zákonodárce vycházel při tvorbě SES z rozdílů panujících v právních řádech členských států, SES samotná tyto rozdíly respektuje.¹⁹⁵ Za další je třeba zdůraznit, že ESD se k problematice emigračního přesídlení opakovaně vyjádřil a vždy konstatoval, že z hlediska výchozího státu jde výhradně o vztah mezi tímto státem a společností, která zamýšlí přemístění svého sídla.

Na druhé straně nelze odhlédnout od toho, že situace, v níž jde *prima facie* o vztah mezi členským státem a „jeho“ společností, není dle některých názorů zcela zbavena komunitárního rozměru.¹⁹⁶ Při omezení práva společnosti přesunout své sídlo do zahraničí jde současně i o omezení práv jejich společníků, resp. managementu, vykonávat právo usazování v plném rozsahu a ve všech jeho formách.¹⁹⁷

Dále je vhodné zdůraznit, že případy tzv. likvidace společností na hranicích představují mnohem výraznější zásah do svobody usazování (podnikání), než je tomu v případech, kdy společnost odmítá uznat cílový stát.¹⁹⁸ Účelový a kontextuální výklad této situace se proto zdá do jisté míry opodstatňovat závěr, že důsledky aplikace principů *Daily Mail* na společnosti zamýšlející přesunout své sídlo ze svého domovského státu jsou převážně neslučitelné s principy zakotvenými v článcích 43 a 48 SES.¹⁹⁹

6.16 Případ de Lasteyrie du Saillant - neomezená svoboda sekundárního usazování v právu ES?

Je nezbytné si položit otázku, zda a za jakých podmínek má výchozí stát

¹⁹⁵ *Daily Mail*, para.21.

¹⁹⁶ Triebel/Hase, č. 209, (2003), str.2410.

¹⁹⁷ *Ibidem*.str.2411.

¹⁹⁸ Zimmer, č. 165, str.3.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

právo zabránit tomu, aby společnost založená podle jeho práva a registrovaná na jeho území přesunula své skutečné sídlo do jiného členského státu prostřednictvím „zadních dveří“ tzv. sekundárního usazování.²⁰⁰

Uvedená situace může nastat, zřídí-li společnost své zastoupení, organizační složku nebo dceřinou společnost v zahraničí a následně tam přesune své skutečné sídlo, včetně svých obchodních aktivit.

Lze se odůvodněně ptát, zda se doktrína Daily Mail vztahuje i na tento případ. Má tedy členský stát možnost sankcionovat zřizování tzv. sekundárního zastoupení společnosti v jiném členském státě likvidací a zrušením společnosti?

Proti tomuto závěru lze vznést zcela zásadní námitku. V rozhodnutí Daily Mail ESD konstatuje, že současný stav komunitárního práva nezaručuje společnostem právo přesunout své sídlo na území jiného členského státu při současném zachování právní kontinuity z pohledu práva výchozího státu. Z rozhodnutí Segers, Centros a Inspire Art však plyne, že zřizování poboček, zastoupení a dceřiných společností ESD se nepovažuje za *přesun skutečného sídla* společnosti, tj. za primární usazování, byť se tento závěr jeví značně formalistickým bez jakéhokoli smysluplného ekonomického zdůvodnění.²⁰¹

Se zřetelem na tento předpoklad lze argumentovat, že zákaz členských států omezovat výkon práva zřizování poboček, zastoupení nebo dceřiných společností na území jiných členských států je možné vztáhnout jak na stát, kde se tzv. sekundární zastoupení zřizuje, tak na výchozí stát, kde je společnost registrována. Ač by přijetí tohoto výkladu umožnilo efektivně překlenout negativní důsledky rozhodnutí ve věci Daily Mail, je třeba upozornit, že tato argumentace obsahuje významný rizikový faktor.

6.16 Přesah principů svobody usazování do oblasti fúzí – případ SEVIC

²⁰⁰ Sonnenberger, H.J., Grosserichter, H., *Konfliktlinien zwischen internationalen Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit, Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, 10/1999, str.731.

²⁰¹ Leible, S., Hoffmann, J., *Wie inspiriert ist Inspire Art?*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 22/2003, str.680;

Další markantní krok ESD v oblasti komunitární svobody usazování představuje rozhodnutí ve věci SEVIC Systems.²⁰² V daném případě se jednalo o spojení lucemburské (Security Vision Concept SA) a německé (SEVIC Systems AG) společnosti formou sloučení do poslední jmenované společnosti. Německý rejstříkový soud však odmítl spojení zapsat s odůvodněním, že německý zákon o transformaci obchodních společností (Umwandlungsgesetz) výslovně neumožňuje, aby účastníkem spojení byla zahraniční společnost.

ESD tento postup označil za neslučitelný v principem svobody usazování společností a odmítl jej s odkazem na nepřipustnost zjevné diskriminace zahraničních společností. Ač se rozhodnutí ve věci SEVIC nezabývá přímo přesídlováním společností a otázek spojených s aplikací jednotného korporálního statutu se týká jen nepřímo, jeho význam lze dle mého názoru spatřovat ve dvou základních skutečnostech.

Prvním významným aspektem rozhodnutí je rozšíření použitelnosti principů vytvořených Evropským soudním dvorem v oblasti svobodného pohybu zboží a služeb a přesídlování společností na přeměny obchodních společností. Podstatné je zejména to, že ESD odmítl posuzovat obsah principu svobody usazování formalistickou optikou a připustil jeho rozšíření i na situace, kdy k faktickému přesunu společnosti dochází, byť při tom společnost z formálně-právní perspektivy zaniká.²⁰³

Dále potom nelze přehlédnout důležitý odkaz v jinak poměrně stručném odůvodnění rozhodnutí na rozsudky ve věcech Überseering a Inspire Art, a sice ve vazbě na odmítnutí námitek předkládaných zúčastněnými vládami Německa a Holandska. ESD výslovně potvrdil, že omezení svobody usazování prostřednictvím obecných právních nástrojů při absenci podrobného zdůvodnění konkrétní hrozby veřejnému zájmu dotčeného státu je třeba považovat za neslučitelné s komunitárním právem.

Do budoucna lze vyjádřit naději, že diskutovaná rozhodnutí neuzavírají

²⁰² Case C- 411/03 SEVIC Systems ze dne 13.12.2005, dosud nepublikováno.

²⁰³ K tomu srov. rezolutní stanovisko generálního advokáta Tizzana, zejm. para. 30, kde se uvádí, že „svoboda usazování se vztahuje na všechna opatření, která umožňují nebo byl i jen usnadňují přístup do jiného členského státu“. Nutno podotknout, že navzdory zániku právní subjektivity lucemburské společnosti by se K tomu srov. Bříza, P. *SEVIC Systems AG: přeshraniční fúze spadají do režimu svobody usazování dle čl. 43 SES*, *Jurisprudence* 1/2006, str. 50.

sérii rozhodnutí, která zásadním způsobem formují podobu a rozsah komunitární svobody usazování, ale že jde jen o zasazení dalšího kamene do mozaiky, kterou Evropský ESD svou přínosnou aktivitou dotváří.

7. Základní principy svobody přeshraničního přesídlování společností v právu ES

- Základní komunitární princip svobody usazování dle rozhodnutí ve věci Centros zní: společnost, která je založena v souladu s právem některého členského státu a která má své statutární sídlo, svou ústřední správu nebo hlavní místo své podnikatelské činnosti uvnitř Společenství (článek 48 SES), je oprávněna k výkonu komunitárního práva usazování.²⁰⁴ Založení společnosti ve státě s nejméně omezující právní úpravou pouze za účelem následného zřízení pobočky této společnosti v jiném členském státě není samo o sobě dostatečným důkazem o existenci zneužívajícího či podvodného jednání. Článek 48 SES obsahuje komunitární princip uznání, kterým se členským státům ukládá povinnost respektovat volbu kolizního kritéria provedenou jiným členským státem a nastavit svůj právní řád tak, aby bylo zamezeno důsledkům, jež by s touto volbou byly neslučitelné nebo ji přímo negovaly. To má kritický význam pro státy zastávající tradiční podobu teorie sídla, které nadále nesmějí tuto teorii používat jako štít proti zahraničním společnostem a ztěžovat jim výkon práva usazování zejména popřením právní kontinuity a neměnnosti rozhodného práva.

- Základní a nezbytnou podmínkou praktické využitelnosti doktríny komunitárního uznání ve prospěch přemísťujících se společností je skutečnost, že výchozí stát registrace společnosti umožňuje zachování právní kontinuity v návaznosti na přemístění sídla do zahraničí (princip Daily Mail). Za situace, kdy výchozí stát danou transakci zakazuje, jsou principy ESD vyvinuté v rozhodnutích Centros, Überseering a Inspire Art zbaveny jakéhokoli smysluplného významu a společnost je nemůže efektivně využít vůči státu své registrace, aby tím své přemístění do zahraničí legalizovala.

²⁰⁴ Centros, paras 27,39

• Pokud jde o určení rozhodného práva společností, vyplývá z judikatury ESD princip nedělitelnosti rozhodného práva společností. Právní subjektivita a rozhodné právo tudíž tvoří jednotný statut společnost, který nesmí být narušen obecnými ustanoveními práva cílového státu. Tento závěr je podstatný zejména v situaci, kdy dochází k přemístění společnosti registrované ve státu inkorporačního principu do státu principu sídla.²⁰⁵

• V souvislosti s přemístěním sídla nepostačí, uzná-li cílový stát její právní subjektivitu (včetně kupř. procesní způsobilosti). Cílový stát je povinen zaručit přemísťující se společnosti uznání v tzv. širším (plném) smyslu, tj. ve formě a kvalitě podle práva státu její registrace, je-li tento výsledek slučitelný s právem výchozího státu. Jinými slovy připouští-li stát registrace společnosti přesun jejího sídla do zahraničí, cílový stát tomuto přesunu včetně „importu“ rozhodného práva nemůže až na zcela výjimečnou možnost ukládat dílčí omezení zabránit.

• Princip nedělitelnosti rozhodného práva může být výjimečně prolomen ve prospěch ochranných ustanovení práva cílového státu. Členské státy si zachovávají právo přijmout opatření, která mají zabránit obcházení či zneužívání práv pod záminkou výkonu komunitární svobody usazování. Tato opatření však musejí vycházet z důsledného zvážení konkrétního protiprávního či zneužívajícího jednání a účelu, který je omezovanými pravidly sledován. Dále musí být omezující opatření (i) použita nerozlišujícím způsobem, (ii) zdůvodněna imperativními požadavky vyplývajícími z veřejného zájmu, (iii) vhodná a (iv) nezbytně nutná pro dosažení sledovaného cíle.²⁰⁶

• Prolomení principu nedělitelnosti rozhodného práva společností je proto možné výhradně v případech podvodného či zneužívajícího jednání, které je dokázáno se zřetelem na okolnosti konkrétního případu. Tomuto požadavku zásadně neodpovídá použití obecně a abstraktně formulovaných právních předpisů. Nevyřešenou otázkou zůstává, která opatření by shora uvedený test splnila.

²⁰⁵ Überseering, para.81.

²⁰⁶ Centros, para.34.

- Rozhodnutí ve věci Centros, Überseering ani Inspire Art se přímo nevyjadřují k povinnosti výchozího státu umožnit „svým“ společnostem přesun sídla do zahraničí při současném zachování právní kontinuity (tzv. emigrační přesídlování). Ve vztahu k této oblasti zatím nebyl výslovně zpochybněn princip Daily Mail, a sice, že rozhodování o osudu společnosti coby právnické osoby zůstává doménou států jejich registrace a že mimo jejich dosah nemají automaticky zaručeno právo na nepřetrženou právní existenci. Vzhledem k tomu, že tato otázka nebyla doposud předmětem jednoznačné interpretace stran ESD, lze stále poměrně legitimně namítat, že členské státy mají právo podrobit své společnosti v souvislosti s přesunem sídla do zahraničí nucené likvidaci a zrušení.

- Dále jsme dospěli k závěru, že je spíše sporné a rozhodně nelze považovat za definitivně uzavřené, zda lze negativní důsledky spojené s aplikací principu Daily Mail obejít prostřednictvím práva tzv. sekundárního usazování, tedy zřizování poboček, zastoupení, dceřiných společností atd.. Náznaky zdárného uplatnění této argumentace lze nalézt v rozhodnutí Lasteyrie du Saillant, v němž se však ESD zabýval toliko situací fyzických osob a závěry v něm obsažené proto s velkou pravděpodobností nejsou zcela mechanicky přenositelné do oblasti práva společností. Poznáváme, že tato otázka nebyla vyřešena ani v rozhodnutí ve věci SEVIC Systems.

- Odpověď na otázku, zda je členský stát coby stát výchozí oprávněn postihnout určitou společnost v souvislosti se zřízením pobočky nebo dceřiné společnosti v zahraničí např. likvidací, není zcela zřejmá. Z principiálního hlediska máme nicméně za to, že takové jednání by znamenalo efektivní popření komunitární svobody usazování obchodních společností, přičemž tento názor zastáváme obecně ve vztahu k jakémukoli postihu společnosti ze strany výchozího státu v souvislosti s jejím přesunem do zahraničí.

8. Svoboda usazování zahraničních společností v právu ČR: obchodní zákoník ve světle nejnovějšího vývoje práva ES

8.1 Obecně

Právní úprava podnikání (usazování) zahraničních osob se nachází v §21-26 obchodního zákoníku („ObchZ). Pokud jde o otázky přesídlování a uznávání společností, vychází české právo z inkorporačního principu, který je v několika poměrně zásadních momentech prolomen ve prospěch principu sídla.²⁰⁷ Tato část práce se věnuje některým problematickým aspektům dané úpravy.

Otázkou, které je věnována zvláštní pozornost, je úprava přemístění sídla společností z a do České republiky ve světle nejnovějšího vývoje práva ES.²⁰⁸

8.2 Státní příslušnost a postavení právnických osob ve smyslu cizineckého práva

České právo zachovává v úpravě postavení zahraničních společností rozlišení mezi rovinou cizineckého práva a mezinárodního práva soukromého. První pojem představuje hledisko pro rozlišení mezi tuzemskou (českou) a zahraniční osobou. Druhý termín obsahuje úpravu kolizních norem, které určují rozhodné právo společnosti (osobní statut).²⁰⁹

Základní normou cizineckého práva je ustanovení §21 odst.2 ObchZ,²¹⁰ které stanoví, že zahraniční osobou se rozumí právnická osoba se sídlem mimo území České republiky. Za českou právnickou osobu se naopak považuje právnická osoba se sídlem na území České republiky. Zmíněné ustanovení určuje státní příslušnost právnické osoby, přičemž je nezbytné odlišovat tento pojem od „státní příslušnosti“ v kolizněprávním smyslu, což je přenesené označení osobního statutu, tedy rozhodného práva určité společnosti.²¹¹

Hlavním účelem rozlišování subjektů na tuzemské a zahraniční je nutnost

²⁰⁷ Viz Pauknerová, M., č. 1, str.143 a násl.

²⁰⁸ Srov. též Pauknerová, M., Společnosti v mezinárodním právu soukromém – k novému vývoji v českém právu a v právu Evropských společenství, Právník 3/2002, str.329-330.

²⁰⁹ Pelikánová, I., Komentář k obchodnímu zákoníku, 1.část, 3.aktualizované a doplněné vydání podle právního stavu k 1.4.2003, Linde Praha, a.s.,2003,str.232-33.

²¹⁰ Zákon č.513/1991 Sb., ve znění zákona č.370/2000 Sb.

²¹¹ Pauknerová, č. 1, str.34 a násl.

podrobení zahraničních společností v některých oblastech speciálnímu právnímu režimu. V praktické rovině to znamená, že být inkorporační princip dovoluje zahraničním osobám „importovat“ své právo, některé kogentní předpisy převážně z oblasti veřejného práva se použijí tomuto právu navzdory.²¹²

Obecná úprava postavení cizinců na našem území je obsažena v ustanovení §32 Zákona o mezinárodním právu soukromém a procesním („ZMPS“),²¹³ která obsahuje tzv. asimilační režim, tj. staví cizince naroveň občanům České republiky. Ačkoliv zmíněné ustanovení pojednává o právech osobních i majetkových, pro právnické osoby platí pouze v oblasti majetkových vztahů. Podle této úpravy je možno narušit asimilační režim principem materiální vzájemnosti ve smyslu §32 odst.3 ZMPS.

Speciální úprava pro právnické osoby je obsažena v obchodním zákoníku. Klíčový význam má ustanovení §21 odst.1, které stanoví, že „(...) zahraniční osoby mohou podnikat na území České republiky za stejných podmínek a ve stejném rozsahu jako české osoby, pokud ze zákona nevyplývá něco jiného.“ Ohledně vztahu uvedených právních předpisů platí, že pokud jde o vymezení asimilačního režimu v ZMPS, jedná se v obou případech o úpravu obecnou, která může být podrobněji rozvedena zvláštními předpisy.

Možnost korekce postavení cizinců prostřednictvím principu materiální reciprocity lze však podle převažujícího názoru vztáhnout i na úpravu obchodního zákoníku, a to navzdory tomu, že se vůči ZMPS jedná o právní úpravu zvláštní.²¹⁴

Rozdíl mezi oběma zákony spočívá i v předmětu úpravy. Zatímco ZMPS pokrývá především sféru práva soukromého, podmínky podnikání ve smyslu ustanovení §21 ObchZ zahrnují také oblast práva veřejného.²¹⁵ Totožnost obou předpisů naopak spočívá v tom, že umožňují prolomení asimilačního režimu při zacházení se zahraničními společnostmi prostřednictvím

²¹² Doktrinálně se jedná o tzv. převrstvení, resp. prolomení osobního statutu. Srov. Pauknerová, č. 1; Rammeloo, S., č. 2.; Sandrock, O., Ein amerikanisches Lehrstueck fuer das Kollisionrecht der Kapitalgesellschaften, RabelsZeitschrift, 42/1978.

²¹³ Zákon č.97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním, ve znění pozdějších předpisů.

²¹⁴ Srov. Pelikánová, č. 229, str.237.

²¹⁵ Ibidem.

některých speciálních předpisů.

Odlišné požadavky na zahraniční právnické osoby klade např. živnostenský zákon nebo zákon devizový (např. §17). Speciální požadavky mohou být na tento typ společností kladeny i v některých druzích správního řízení, a to zejména pokud jde o nutné náležitosti správních podání či žádostí (např. o licenci).²¹⁶

Typickým příkladem odlišného zacházení s cizinci ve srovnání s tuzemci může být například odepření některých daňových výhod na základě státní příslušnosti, stanovení odlišných požadavků týkajících se zveřejnění určitých údajů, podrobení zahraničních společností povinnosti jmenovat odpovědného zástupce pro podnikání²¹⁷ nebo úprava vzniku oprávnění podnikat na našem území (§21 odst.4 ObchZ). Tato právní úprava se použije bez ohledu na to, kterým právním řádem se jinak společnost řídí, přičemž však nelze zcela vyloučit, že praktická použitelnost těchto ustanovení by mohla být v jednotlivých případech prolomena obecným imperativem rovného zacházení dle práva ES.

Otázku zacházení se zahraničními subjekty ve srovnání s tuzemci je nezbytné odlišovat od situace, kdy dochází k prolomení principu nedělitelnosti rozhodného práva zahraniční společnosti ve prospěch použití norem právního řádu státu, kde je společnost usazena (podniká).²¹⁸

Příkladem tohoto druhu může být aplikace tuzemských předpisů ohledně minimální výše základního kapitálu, ručení společníků, resp. společenstevních forem. Prolomení osobního statutu zahraniční společnosti spočívá v tom, že právo pro společnost rozhodné je zčásti nahrazeno normami českého práva.

8.3 Vymezení pojmu „sídlo“ společnosti ve smyslu §21 odst.2 ObchZ

Státní příslušnost právnických osob je dle ustanovení § 21 odst.2 ObchZ vymezena sídlem společnosti. V souvislosti s interpretací zmíněného odstavce nutně vyvstává otázka, zda má zákonodárce na mysli sídlo

²¹⁶ Pelikánová, č. 229, str.237-238

²¹⁷ Srov. zákon č.455/1991 Sb., živnostenský zákon, §11 odst.4. písm.b) a d).

²¹⁸ Srov. Pauknerová, č. 1, str 34-36.

statutární či skutečné.

Ačkoliv je předmětné ustanovení terminologicky neutrální, nedomnívám se, že by odhalení úmyslu zákonodárce mělo činit výraznější obtíže. K závěru, že pod pojmem sídlo se rozumí sídlo skutečné, směřuje za prvé hledisko historické. Směrodatná je například judikatura Nejvyššího soudu ČSR, který se uvedeným rozlišením zabýval v rozhodnutí ze dne 11.11.1930.²¹⁹ Značnou historickou váhu má i rezoluce II.sjezdu československých právníků, která se konala roku 1925 v Brně²²⁰ a která přímo vyhlásila, že „*národnost společností se určuje jejich sídlem, skutečným a seriózním (...)*“²²¹

Naproti tomu původní znění obchodního zákoníku obsahovalo čistě formální vymezení sídla společnosti. Znění ObchZ před novelou provedenou zákonem č.370/2000 Sb. považovalo za sídlo společnosti adresu, která byla jako sídlo zapsána v příslušném registru.²²²

Současná definice sídla společnosti opodstatňuje závěr, že zákonodárce upřednostnil pro určení státní příslušnosti společnosti ve smyslu cizineckého práva sídlo skutečné před statutárním. Zákonem č.501/2001 Sb., resp. z.č.88/2003 Sb. byl s účinností k 1.1.2002, resp. 1.4.2003 novelizován obchodní, resp. občanský zákoník tak, že definice sídla společnosti byla jednak pozměněna a jednak přesunuta do občanského zákoníku.²²³

Ustanovení §19c ObčZ tak stanoví, že „*Sídlo musí být určeno adresou, kde právnická osoba sídlí skutečně, tedy místem, kde je umístěna její správa (...)*. Domnívám se, že zákonodárce zde nepochybně vyjadřuje preferenci sídla skutečného před statutárním, a to navzdory tomu, že z důvodu ochrany dobré víry třetích osob zůstává zachována možnost dovolat se pouze

²¹⁹ Vážený 11.11.1930, Rv II 728/29, č.10320. Nejvyšší soud posuzoval otázku státní příslušnosti společnosti založené podle rakouského práva a dospěl k závěru, že „*žalující společnost měla a má sídlo ve Vídni, jest také zapsána v tamějším obchodním rejstříku a jest tedy příslušnicí Rakouska*“.²¹⁹ Nejvyšší soud zde zcela zřetelně rozlišuje mezi sídlem statutárním a sídlem skutečným, i když jej tak výslovně neoznačuje. V podobném smyslu Pauknerová, č. 1, str.42-43.

²²⁰ Pauknerová, č. 1, str.42.

²²¹ Cit. z Zimmermann, str.183, in: Pauknerová, č. 1, str.42, poz.č.36.

²²² Znění §2 odst.3 ObchZ před novelou provedenou zákonem č.370/2000 Sb.: „*Sídlem právnické osoby a místem podnikání fyzické osoby je adresa, která je jako sídlo nebo místo podnikání zapsána*“

²²³ Tento zákon byl zrušen nálezem Ústavního soudu č.476/2002 Sb., s účinností k 31.3.2003. Dne 1.4.2003 nabyl účinnosti zákon č.88/2003 Sb., který je obsahově totožný se zákonem č.501/2001 Sb.

fiktivního sídla, uvádí-li jej společnost nesprávně jako své sídlo skutečné. (srov. §19c odst.3).

8.4 Rozsah podnikání zahraničních právnických osob na území ČR

Pojem podnikání zahraniční osoby vymezuje ustanovení §21 odst.3 ObchZ. O podnikání zahraniční osoby se jedná, provozuje-li zde tato osoba soustavnou činnost prováděnou vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku prostřednictvím organizační složky nebo podniku (§21 odst.3 ve spojení s §2 odst.1 ObchZ).

Ve srovnání s pojetím svobody usazování (podnikání) v právu ES jsou v české úpravě patrné určité rozdíly. Právo Evropských společenství („ES“) rozlišuje mezi primárním a sekundárním usazováním. Usazení se na území členského státu prostřednictvím zřízení organizační složky, resp. lze podřadit do kategorie sekundárního usazování ve smyslu rozhodnutí ESD ve věcech Segers²²⁴ nebo Centros.²²⁵

Na druhé straně případy přesunutí místa ústřední správy společnosti, tedy situace klasifikována Evropským soudním dvorem jako usazování primární, nejsou v současném znění §21 odst.2 ObchZ výslovně charakterizovány jako podnikání. Podnikání tímto způsobem je proto nutné klasifikovat jako zřízení podniku, anebo jej podřadit pod obecnou definici dle §21 odst. 1.

Problematické je poměrně úzké vymezení možnosti sekundárního usazování. Podle výkladu Evropského soudního dvora je třeba k vymezení tohoto pojmu přistupovat flexibilně a za sekundární usazování tak lze považovat i např. pouhé soustavné působení zástupce zahraniční společnosti na území určitého členského státu.²²⁶ Tento problém lze opět řešit prostřednictvím podřazení tohoto druhu podnikání pod obecnou normu dle §21 odst. 1.

Zajímavý je výkladový problém, na který v této souvislosti poukazuje

²²⁴ Case 79/85 Segers v. Bedrijfsvereniging Voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen, 1986, ECR I-2375

²²⁵ Case C-212/97 Centros Ltd. V. Ehrverus- og Selskabsstyrelsen, 1999, ECR I-1459, para.30

²²⁶ Srov. Case 205/84, Commission v. Germany, 1986, ECR I-3755, para.21.

Pelikánová a který se vztahuje k vymezení podniku dle našeho práva. Vzhledem k tomu, že definice podniku podaná v ustanovení §5 ObchZ je všeobsažná, pokládá si zmíněná autorka otázku, „co ze zahraniční osoby zůstane v zahraničí, jestliže na našem území bude mít podnik.“²²⁷ Autorka následně vyjadřuje názor, že jelikož řídicí centrum společnosti lze považovat za součást podniku, v zahraničí by bylo možno zanechat toliko sídlo statutární (v tomto případě fiktivní). V opačném případě by totiž bylo nutné připustit, že podnik zahraniční společnosti vytvořený na našem území je pojmem užším, než jak jej vymezuje §5 ObchZ.²²⁸

Domnívám se, že tento problém není až tak palčivý, jak by se na první pohled mohlo zdát. Řešení spočívá v důsledné aplikaci pravidla teritoriality národních právních předpisů. Je třeba si uvědomit, že zahraniční společnost zůstává i z perspektivy českého práva cizím subjektem, který je podřízen výhradně právu státu, kde byl založen.²²⁹

Rozhodné právo společnosti upravuje otázky týkající se zřízení, existence, popřípadě zániku jejího „podniku“. Z hlediska českého práva dochází v případě sekundárního usazování ke zřízení subsidiárního zastoupení zahraniční společnosti na našem území. Regulaci českého práva ale nepodléhá existence dané společnosti za hranicemi našeho území. Druh usazení se na našem území tak bude kvalifikován podle norem *legis fori*, tj. zejména podle obchodního kodexu. Českému právnímu řádu však nepřísluší posuzovat, jaké další formy právní existence daná zahraniční společnost vykazuje v jiných státech a už vůbec nelze okolnost provozování podniku ve státě původu této společnosti pokládat za překážku zřízení podniku na našem území, resp. rozpor s tuzemským právem.

8.5 Podmínky podnikání zahraničních právnických osob na území ČR

I následující ustanovení je problematické. Podle §21 odst.4 ObchZ vzniká oprávnění zahraniční osoby podnikat na území České republiky ke dni

²²⁷ Pelikánová, š. 229, str.242.

²²⁸ Ibidem.

²²⁹ Srov. s ohledem na právo Společenství rozhodnutí ESD ve věci Case C-208/00, Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH, 2002, ECR I-9919

zápisu v rozsahu předmětu podnikání zapsaném do obchodního rejstříku. Zmíněný předpis, který je se zřetelem na fyzické osoby s bydlištěm v některém z členských států Evropské unie nebo v jiném státě tvořícím Evropský hospodářský prostor korigován ustanovením následujícího odstavce, vychází z předpokladu, že každá zahraniční osoba musí být zapsána do obchodního rejstříku.²³⁰

Z hlediska zajištění publicity zahraničních osob je tento požadavek možná legitimní, nicméně nelze odhlížet od skutečnosti, že vázání vzniku podnikatelského oprávnění na zápis v obchodním registru představuje omezující opatření, které se vůči zahraničním subjektům uplatňuje diskriminačním způsobem. Prvek odlišnosti spočívá v tom, že např. v případě ohlašovacích živností vznikne českým osobám oprávnění ohlášením, zatímco zahraničním teprve ke dni zápisu.²³¹

Navíc je jen stěží pochopitelné, proč se český zákonodárce při novelizaci diskutovaného paragrafu vložení korigujícího ustanovení odstavce pátého (z.č.370/2000 Sb.) neinspiroval v té době již bohatou judikaturou Evropského soudního dvora, zjejichž výsledků vyplývá nade vše pochybnost, že zákaz diskriminace se vztahuje nejen na osoby fyzické, ale i právnické.²³²

Je třeba přisvědčit i námitce²³³, podle níž i přes kategorické znění diskutovaného ustanovení je třeba počítat se zvláštní úpravou podmínek pro podnikatelskou činnost obsaženou v některých zvláštních zákonech.²³⁴

8.6 Kolizněprávní norma uznání dle §22 ObchZ: Inkorporační princip

Ustanovení §22 ObchZ vyjadřuje inkorporační princip, když stanoví *„Právní způsobilost, kterou má jiná než fyzická zahraniční osoba podle právního řádu, podle něhož byla založena, má rovněž v oblasti českého*

²³⁰ Pelikánová, č. 229, str.243.

²³¹ Ibidem.

²³² Přehled bohaté judikatury podává Edwards, V., Secondary Establishment of Companies – The Case Law of the Court of Justice, Yearbook of EU Law, 18/1998, Oxford University Press; Cerioni, L., The European Community: A re-reading of the case law, Journal of Business Law, 1/1999

²³³ Pelikánová, č. 229, str.244.

²³⁴ Např. zákon č.523/1992 Sb., o daňovém poradenství; s ohledem na podnikání fyzických osob také zákon o advokacii č.85/1996 Sb.

právního řádu. Právním řádem, podle něhož byla tato osoba založena, se řídí i její vnitřní právní poměry a ručení členu nebo společníku za její závazky.“ Rozhodným právem, kterým se zahraniční společnost na našem území řídí, je právo státu inkorporace bez ohledu na to, zda se v tomto státě nachází též skutečné sídlo společnosti.²³⁵

Citované ustanovení doplňuje obecné znění §3 ZMPS, podle kterého způsobilost osoby k právům a povinnostem se řídí právním řádem státu, jehož je příslušníkem. Toto ustanovení je formulováno terminologicky poněkud nešťastně. Za prvé z něj nelze vyčíst, zda je jeho použití zamýšleno i na osoby právnické. V literatuře se tento aspekt stal předmětem diskuze, která vyústila v protichůdná stanoviska.²³⁶

Ačkoliv lze poměrně přesvědčivě zastávat oba názory, domnívám se, že jde spíše o zanedbatelný spor. Ustanovení §3 ZMPS je formulováno jednak neutrálně a jednak používá v navázání neurčitý pojem státní příslušnosti, který blíže nevymezuje. Jak uvedeno shora, státní příslušnost právnické osoby ve smyslu cizineckého práva se neshoduje s totožným pojmem ve smyslu práva kolizního. Vzhledem k tomu, že k vymezení tohoto pojmu jak se zřetelem na fyzické, tak i právnické osoby dochází v jiných zákonech, lze souhlasit s názorem, že toto ustanovení neobsahuje vlastní kolizní normu.²³⁷

To je ovšem z perspektivy systematiky a terminologické soudržnosti právního řádu nešťastné. Obtíže by mohly vzniknout v případech, na které se obchodní zákoník nevztahuje. Jelikož na základě samotného ustanovení §3 odst.1 ZMPS rozhodné právo stanovit nelze, nezbyvá než se přiklonit k závěru Pauknerové o nutnosti použití §22 ObchZ *per analogiam*.²³⁸ Domnívám se však, že s ohledem na poměrně vyčerpávající formulaci daného ustanovení (srov. „jiná než fyzická zahraniční osoba“) lze o výskytu uvažované situace snad pochybovat.

Stručné pojednání vyžaduje i formulace, se kterou zákonodárce přistoupil k vymezení věcného rozsahu kolizní normy ustanovení §22 ObchZ. Klíčový

²³⁵ Stuna S. a kol., Komentář k obchodnímu zákoníku, TRIZONIA, Praha 1992, Kučera, Z., str.35.

²³⁶ Stanovisko, že se dané ustanovení vztahuje pouze na osoby fyzické zastává např. Kučera; Singer, Kopáč/Dědič. Opačně naproti tomu viz Eliáš; Valentovič. Cit z.Pauknerová, č. 1, str.154.

²³⁷ Shodně viz Pauknerová, č. 1, str.155.

²³⁸ Ibid. str.157.

je pojem „jiná než zahraniční fyzická osoba“. Zákonodárce se zde opět dopouští terminologické nejednotnosti, když se odchyluje od dikce §21 ObchZ. Toto ustanovení vymezuje definici pojmu „zahraniční osoba“ tak, že je jí buď fyzická osoba s bydlištěm nebo právnická osoba se sídlem mimo území České republiky. Spolu s vymezením tuzemských osob tyto zákonné definice představují uzavřený výčet, který nepřipouští existenci jiné formy (*tertium non datur*).²³⁹

Naproti tomu termín obsažený v ustanovení §22 ObchZ dovoluje určit osobní statut útvarů, které disponují pouze omezenou právní subjektivitou. Takové právní entity, které představují např. německá obdoba veřejné obchodní společnosti nebo anglické partnership, nejsou dle právního řádu inkorporace nadány právní osobností, avšak jsou subjekty některých práv a povinností, včetně např. způsobilosti být účastníkem soudního řízení.²⁴⁰

Je patrné, že rozšiřující pojetí §22 ObchZ není výsledkem legislativního nedopatření, nýbrž se jedná o poměrně zdařilý pokus reagovat na různorodost, se kterou jiné právní řády přistupují k vymezení právních subjektů.²⁴¹ Souhlasné stanovisko lze vyjádřit též k závěru, dle něhož se extenzivní pojetí zahraničních osob použije jak na situaci podnikání těchto útvarů ve smyslu §21 odst.1 ObchZ, tak i na oblast poskytování služeb podle §23 ObchZ.²⁴² Ve světle daného systematického a funkčního výkladu se tedy §21 odst.2 ObchZ jeví jako příliš tuzemsky orientovaný a nevyhovující požadavkům kladeným komunitárním právem.

Zbývá dodat, že osobním statutem (rozhodným právem) zahraniční společnosti se budou řídit zejména otázky jejího založení a vzniku, trvání, změn ve struktuře či společenské smlouvě, vnitřních poměrů mezi společníky, popř. mezi vedením společnosti a společníky, otázky související se zánikem a zrušením a procesní způsobilost.

V návaznosti na ustanovení §26 odst.3 ObchZ zákonodárce zdůrazňuje, že *lex societatis* je rozhodný i pro otázky ručení společníků. Situace je však odlišná, jde-li o společnost, která na naše území přesune své skutečné sídlo

²³⁹ Ibid. str.144.

²⁴⁰ Srov. z české literatury Štenglová/Plíva/Tomsa a kolektiv, Obchodní zákoník, Komentář, C.H.Beck, 8.vydání, 2003, Zunt, str.62-64.

²⁴¹ Obdobně Pelikánová, č. 229, str.248.

²⁴² Ibidem.

(viz dále).

8.7 Majetková účast zahraničních osob v českých právnických osobách

Důležitá z hlediska podnikání zahraničních osob na našem území je i úprava majetkové účasti těchto osob v českých právnických osobách obsažená v §24 ObchZ. Podrobný výčet možností, které dané ustanovení obsahuje, přesahuje rozsah této práce. Proto postačí zmínit, že jsou zde zahrnuty čtyři základní situace. Za prvé je zahraniční osoba (ve smyslu §22 ObchZ²⁴³) oprávněna podílet se na založení české právnické osoby, a to buď **a)** samostatně, anebo **b)** spolu s dalšími zakladateli. Za druhé může tato osoba figurovat jako společník nebo člen **c)** již existující české právnické osoby, anebo **d)** jako jediný společník existující osoby (připouští-li to české právo).

Je vhodné též upozornit na to, že majetková účast na právnické osobě není ve smyslu obchodního zákoníku považována za podnikání, ale spíše za investici.²⁴⁴

8.8 Problematika přeshraničního přemístění sídla v rámci českého práva

Problematika přemístění sídla společnosti je upravena v ustanovení §26 odst. 1 ObchZ, které stanoví, že „*Právnická osoba založená podle práva cizího státu za účelem podnikání, která má sídlo v zahraničí, může přemístit své sídlo na území České republiky, jestliže to umožňuje mezinárodní smlouva (...)* To platí i pro přemístění sídla české právnické osoby do zahraničí.“ Přemístění sídla je účinné ode dne jeho zápisu do obchodního rejstříku (odst.2).

Novela obchodního zákoníku provedená zákonem č. 360/2004 s účinností od 15.6.2004 doplnila do §26 čtvrtý odstavec, dle něhož platí, že „*přemístění sídla právnické osoby z České republiky do zahraničí nebo ze*

²⁴³ Pauknerová, č. 1, str.146-149.

²⁴⁴ Pelikánová, č. 229, str.254.

zahraničí do České republiky je přípustné také v případech a za podmínek stanovených právem Evropských společenství či zvláštním zákonem“.

České právo i v případě přeshraničního přesídlování společností zachovává inkorporační princip, který je vyjádřen v odstavci třetím diskutovaného ustanovení. Průlom do principu inkorporace ve prospěch tuzemského práva představuje právní úprava ručení společníků nebo členů přesídlující se společnosti, které nesmí být nižší, než stanoví české právo pro tutéž nebo obdobnou formu právnické osoby (§26 odst.3 ObchZ).

8.9 Omezenost osobního rozsahu ustanovení §26 ObchZ

Za prvé je třeba zaměřit se na osobní rozsah předmětného ustanovení. Při celkovém přehlednutí hlavy druhé ObchZ lze poukázat na očividný nedostatek systematického uvažování. Ačkoliv má tato hlava za úkol kompaktním způsobem upravit otázky podnikání zahraničních osob, terminologická nejednotnost neumožňuje tohoto cíle efektivně dosáhnout.

Diskutované ustanovení se podle své doslovné dikce vztahuje toliko na *právnické osoby* založené podle práva cizího státu se sídlem v zahraničí. Použitý termín se tak významově rozchází jak se zákonnou definicí obsaženou v §21 odst.2 ObchZ, tak zejména s rozšiřujícím pojetím §22 ObchZ.

Do jaké míry lze definici ustanovení §26 upřesnit ve prospěch *extenzivního výkladu*, zůstává sporné. Pelikánová možnost rozšíření definice §22 ObchZ také na otázky přemístění sídla nevylučuje.²⁴⁵ Předkládaná argumentace dle mého názoru postrádá výraznější přesvědčivost. Zmíněná autorka se domnívá, že ustanovení §22 ObchZ lze vztáhnout na všechna další ustanovení, která mluví o zahraničních právnických osobách.²⁴⁶

Domnívám se, že tato argumentační rovina přehlíží poměrně důležitou skutečnost, že pojetí právnické osoby ve smyslu §26 ObchZ se neshoduje ani se zákonnou definicí §21 odst.2 ObchZ. Na rozdíl od posléze zmíněného ustanovení jej nelze aplikovat na právnické osoby založené podle českého

²⁴⁵ Pelikánová, č. 229, str.265.

²⁴⁶ *ibidem*.

práva, které mají své sídlo v zahraničí.

Po důkladném zhodnocení rozdílů v úpravě zahraničních subjektů v předmětné části obchodního zákoníku nelze než kapitulovat před jednoznačným vyjádřením zákonodárce a konstatovat, že přemístění sídla do České republiky je dovolené jen pro právnické osoby (cizího práva).²⁴⁷ Tato možnost se tak nevztahuje na kvaziprávní osoby založené podle např. německého, rakouského (OHG), lucemburského (Anstalt) či anglického práva (Partnership).

Jelikož vymezení pojmu společnost v rovině komunitární je značně širší a zahrnuje i právě zmíněné útvary, je třeba upozornit, že z hlediska osobního rozsahu je ustanovení §26 ObchZ s právem ES neslučitelné.

8.10 Vymezení pojmu „sídlo“ dle §26 ObchZ

Protichůdné názory přetrvávají i ohledně toho, zda má ustanovení §26 ObchZ na mysli přesun sídla skutečného či statutárního (fiktivního). Pelikánová se ve svém komentáři poměrně překvapivě odchyluje od původního závěru, že zákonodárce upřednostnil sídlo skutečné a dospívá k závěru, že „*ustanovení §26 směřuje evidentně ke statutárnímu sídlu a vazbu na sídlo skutečné nevyjadřuje.*“²⁴⁸

Sdílím názor, který vyjádřil Z.Kučera, podle něhož v daném případě je sídlem třeba rozumět sídlo skutečné.²⁴⁹ Stejně jako v případě předcházejících ustanovení je nezbytné vykládat pojem sídla v souladu s koncepcí, kterou zákonodárce vtělil do novelizovaného znění občanského zákoníku v podobě ustanovení §19c. Na tom nic nemění ani skutečnost, že možnost dovolávat se sídla statutárního (fiktivního) zůstala také připuštěna.²⁵⁰

²⁴⁷ Souhlasně Pauknerová, M., č. 228, str.328.

²⁴⁸ Pelikánová, č. 229, str.264. Toto tvrzení je zajímavé, vezmeme-li v potaz komparativní hledisko. Pokud je mi známo, jen minimum členských států povoluje přeshraniční přemístění statutárního sídla za současného zachování právní osobnosti společnosti. I ve státech s liberální úpravou je tato možnost vyhrazena pro krizové či nouzové případy.

²⁴⁹ Stuna, S. a kol., (1992), Kučera, Z., str.40.

²⁵⁰ Obdobně Pauknerová (2002), str.328.

8.11 Možnost přemístění sídla ve světle současného českého práva

Vázanost přeshraniční změny sídla společnosti na požadavek mezinárodní smlouvy je oprávněně kritizován pro ohrožení přeshraniční mobility společnosti.²⁵¹ Požadavek mezinárodní smlouvy se ve vztahu k ES interpretoval převážně dvěma způsoby. Za prvé se dovozovalo, že zákonodárce při formulaci podmínky mezinárodní smlouvy vycházel ze znění článku 293 (ex 220) SES, který zakotvuje v případě potřeby možnost uzavření úmluvy mezi členskými státy ES týkající se zachování právní subjektivity společností v případě přemístění sídla z jednoho členského státu do druhého.²⁵² Druhý názor označoval Smlouvu o založení evropského společenství za mezinárodní smlouvu ve smyslu ustanovení §26 ObchZ.

Novela obchodního zákoníku, dle níž „*přemístění sídla právnické osoby z České republiky do zahraničí nebo ze zahraničí do České republiky je přípustné také v případech a za podmínek stanovených právem Evropských společenství či zvláštním zákonem*“, měla uvedené spory vyřešit.

Předmětná novela má za cíl harmonizovat české právo s evropským. Předchozím výkladem jsme však poukázali na to, že platné komunitární právo přeshraniční změnu sídla společností jednoznačně neupravuje. V tomto ohledu bude pro zachování komunitární konformity nezbytné považovat judikaturu ESD za součást práva Evropských společenství.

V praktické rovině to znamená, že Česká republika musí společností založeným podle práva některého členského státu, které mají své statutární sídlo, svou ústřední správu nebo hlavní místo své podnikatelské činnosti uvnitř Společenství umožnit přesun skutečného sídla na své území a rovněž jim umožnit zřízovat zde zastoupení, pobočky nebo dceřiné společnosti.²⁵³

V případě přemístění sídla z ČR do jiného členského státu (tzv. emigrační přesídlení) není jednoznačné, zda novelizované ustanovení přináší změnu. V právu ES stále platí doktrína Daily Mail, dle níž jsou právnické osoby produktem národního zákonodárství, které rozhoduje o jejich vzniku a existenci. Právní kontinuita společností po přemístění jejího sídla do

²⁵¹ Pelikánová, č. 229, str.263.

²⁵² Srov. Pauknerová (2002), str.339 s odkazem na rozhodnutí ESD ve věci Daily Mail.

²⁵³ Srov. rozhodnutí Überseering, Inspire Art a předchozí výklad viz kapitoly 5. a násl.

zahraničí je proto prozatím v kompetenci výchozího státu.²⁵⁴ V kontextu českého práva toto pozorování vede k závěru, že tzv. emigrační přesídlení je stále vázáno na podmínku mezinárodní smlouvy a české společnosti se tudíž nedovoluje přemístit své skutečné sídlo do cizích států, včetně států ES.

8.12 Prolomení principu inkorporace ve prospěch principu skutečného sídla: ustanovení §26 odst.3 ObchZ

Inkorporační princip je vyjádřen i v odstavci třetím §26 ObchZ, který stanoví, že vnitřní poměry právnické osoby se i po přemístění jejího sídla do tuzemska řídí právním řádem státu, podle něhož byla založena (vznikla). Uznání osobního statutu společnosti založené podle cizího práva podřizuje dané ustanovení **dvěma zásadním korekcím**.

Za prvé jde o vnější vztahy společnosti, které po změně sídla podléhají českému právu. Vzhledem k této skutečnosti se lze domnívat, že naše pojetí má blízko k tzv. diferenciacní teorii, která rozlišuje vnitřní a vnější statut společnosti.²⁵⁵ Uvedené rozlišování je však považováno za vysoce umělé a matoucí. Především se poukazuje na to, že společnost je podřízena vícero právních řádů, přičemž o žádném z nich nelze dopředu s jistotou tvrdit, pro které otázky je rozhodný.²⁵⁶

Za druhé jde o výslovné prolomení jednoty rozhodného práva zahraničních společností v otázkách ručení společníků nebo členů v případě, že by podle rozhodného práva mělo být nižší než podle práva českého. Podle některých názorů se daná otázka nevztahuje toliko na ručení společníků nebo členů ve vlastním smyslu, ale zahraniční společnost nesmí ani vykazovat nižší minimální základní kapitál, než předepisují české právní předpisy.²⁵⁷

Ve světle posledních rozhodnutí Evropského soudního dvora je zřejmé, že zmíněná část právní úpravy je způsobilá omezit, resp. učinit výkon práva

²⁵⁴ Daily Mail, para.19.

²⁵⁵ Srov. Grasmann, G., System des Internationalen Gesellschaftsrechts Aussen- und Innenstatut der Gesellschaften im Internationalen Privatrecht, Verlag neue Wirtschaftsbriefe, Herne/Berlin, 1970

²⁵⁶ Rammeloo, č. 2, str.22.

²⁵⁷ Štenglová/Plíva/Tomsa (2003), str.61, komentář k §26

usazování méně atraktivnějším. Pro dosažení slučitelnosti s právem ES by musela vyhovovat podmínkám čtyřprvkového testu stanoveného pro oblast společností v rozhodnutí Centros, tj. nediskriminace, vhodnosti, přiměřenosti a ospravedlnitelnosti.²⁵⁸

Rozsudek ESD ve věci Inspire Art navíc omezuje přípustnost nahrazení rozhodného práva zahraničních společností normami práva hostitelského státu pouze na případy podvodných a zneužívajících jednání. Existence protiprávnosti přitom musí být určena na základě okolností jednotlivého případu, což fakticky vylučuje možnost aplikace obecného a abstraktního předpisu hostitelského státu. Zmíněným rozhodnutím Evropského soudního dvora je navíc postaveno najisto, že obecné předpisy o minimální výši základního kapitálu, resp. o ručení společníků či členů společnosti požadavkům vhodnosti a přiměřenosti neodpovídají. Dané ustanovení je proto s ohledem na společnosti vymezené v článku 48 SES neslučitelné s komunitárním právem.

9. Svoboda usazování společností v českém právu: shrnutí

Český právní řád vychází při řešení otázek uznávání zahraničních společností tradičně z principu inkorporace, který je upraven v ustanovení §22 ObchZ. Naproti tomu státní příslušnost právnických osob ve smyslu cizineckého práva se řídí principem (skutečného) sídla. Tento aspekt je rozhodný pro stanovení, zda se na právnickou osobu uplatní zvláštní režim pro nakládání s cizinci.

Z hlediska systematiky právního řádu by bylo vhodné, aby úprava kolizněprávní problematiky určování osobního statutu společností byla obsažena v kodifikaci mezinárodního práva soukromého. Ustanovení §3 odst.1 ZMPS přitom vlastní kolizní normu neobsahuje a k odstranění tohoto nedostatku dochází až na úrovni zvláštních předpisů.

Zákonodárci lze též vytknout terminologickou nejednotnost, se kterou přistupuje k vymezení pojmu zahraniční osoba. Základní zákonná definice tohoto pojmu je příliš restriktivní a nebere do úvahy některé zahraniční

²⁵⁸ Centros, para.34.

utvary, které nedisponují plnou právní subjektivitou.

Vyhovující je naopak rozšířené pojetí obsažené v kolizněprávním ustanovení §22 ObchZ. Naopak, při stanovení osobního rozsahu ustanovení §26 ObchZ o přemístění sídla je třeba respektovat, že tato norma se vztahuje toliko na osoby právnické založené podle jiného práva než českého. Vzhledem k různorodosti právních útvarů, která se v předpisech některých zahraničních právních řádů vyskytuje, je přijaté řešení nedostačující.

Problematiku přeshraničního přemístování sídla řeší české právo v ustanovení §26 ObchZ. S účinností od 1.1.2001 byla tato možnost vázána na existenci závazné a řádně vyhlášené mezinárodní smlouvy. Bylo sporné, zda do kategorie těchto smluv spadala SES. S účinností od 15.6.2004 se přemístění sídla společností z a do ČR dovoluje za podmínek a v rozsahu podle práva ES.

S ohledem na rozhodnutí ESD ve věcech Centros, Überseering a Inspire Art je zapotřebí, aby české soudy uznaly, že odkaz na právo Evropských společenství zahrnuje i výklad zastávaný ESD. V opačném případě by se české právo mohlo dostat do rozporu s právem ES, v kterémžto případě by se články 43 a 48 SES a závěry zmíněné judikatury ESD použily namísto práva českého.

Judikatura ESD se však vztahuje toliko na tzv. imigrační přesídlení. Přemístění sídla právnické osoby z ČR do členských států není doposud právem ES regulováno, protože platí, že je českým právem dovoleno za podmínky, že tak stanoví mezinárodní smlouva. Žádná taková smlouva není součástí českého právního řádu. Toto řešení pokládám za ekonomicky nesmyslné, nicméně jediné správné do doby, než ESD dotvoří relevantní ustanovení SES do podoby připouštějící i tzv. emigrační přesídlení. Skutečného sídla společnosti.

Prolomení jednoty rozhodného práva zahraničních společností v souvislosti s přemístěním sídla, které zakotvuje §26 v odstavci třetím, se rovněž jeví neslučitelným se současným stavem práva ES. Lze se důvodně domnívat, že především požadavky o výši ručení a minimálním základním kapitálu by před ESD neuspěly. Zákonodárci je ovšem obtížné poradit, které české kogentní předpisy, v jaké formě a za jakých okolností lze aplikovat na

zahraniční společnosti mající své sídlo na našem území způsobem s komunitárním právem slučitelným. Pro zodpovězení této otázky je nutné vyčkat, jakým směrem se bude vyvíjet budoucí judikatura ESD v oblasti svobody usazování společností.

Závěr první části

První část práce dokazuje, že komunitární svoboda usazování se vyvíjí liberálním směrem. Z tohoto pozorování lze učinit dva závěry, které mají zásadní význam pro druhou část.

Za prvé platí, že judikatura ESD odstranila podstatnou část překážek přeshraničního přesídlování společností v právu ES. Za druhé je zřejmé, že princip zachování právní kontinuity a nedělitelnosti rozhodného práva společností otevírá prostor pro volnou soutěž právních řádů v rámci ES.

Považujeme tento trend za přínosný. Nesdílíme názor, že volná soutěž právních řádů povede k erozi ochranných ustanovení a ke snížení kvality práva. Většina empirických důkazů svědčí o opak.

Volná soutěž právních řádů je do jisté míry neslučitelná s ideou harmonizace práva ES. Předmětem druhé části práce však není útok proti koncepci harmonizace práva ES. Účelem je poukázat na negativní dopad přemíry harmonizačního úsilí vedoucího ke snížení konkurenceschopnosti evropských společností. V druhé části se na dvou příkladech harmonizace korporátního práva ES pokusíme dokázat, že harmonizace práva ES nemusí být vždy krokem vpřed.

Druhá část: Stinná stránka harmonizace práva ES – druhá směrnice evropského práva společností

1. Charakteristika druhé směrnice a návrh na její změnu

1.1 Systematika druhé směrnice o právu obchodních společností.

Vymezení rozsahu.

Členské státy EU jsou vázány právní úpravou tvorby a udržování základního kapitálu akciových společností obsaženou v druhé směrnici Rady o právu společností (dále jen „**druhá směrnice**“).²⁵⁹ Prvořadým cílem druhé směrnice je ochrana korporačních věřitelů. Za další významný cíl lze označit ochranu akcionářů, zejména minoritních.²⁶⁰ Směrnice se vztahuje na akciové společnosti. Z jejího působení jsou tedy vyloučeny společnosti soukromé (u nás s.r.o.) a osobní (u nás komanditní a v.o.s.).²⁶¹

Z hlediska systematiky lze ustanovení druhé směrnice rozčlenit do tří částí. První část se zabývá založením akciové společnosti a obsahuje většinu pravidel pro tvorbu základního kapitálu. Patří sem především požadavek minimálního základního kapitálu; dále vklady do základního kapitálu a jejich právní režim včetně znaleckého oceňování vkladů; úprava skrytých vkladů a úprava emise akcií, tj. zejména zákaz emitovat akcie pod nebo bez jmenovité hodnoty.

Druhá část obsahuje pravidla pro udržování základního kapitálu upravující podmínky rozdělení kapitálu společnosti. Tento pojem zahrnuje výplatu dividend, nabývání vlastních akcií a finanční asistenci. Dále se do této kategorie řadí úprava skrytého rozdělování kapitálu.

Třetí část se týká právní úpravy změn základního kapitálu a obsahuje tak pravidla pro jeho zvyšování a snižování.²⁶²

²⁵⁹ Druhá směrnice Rady z 13. prosince 1976 o koordinaci opatření týkající se zakládání akciových společností a udržování a změny jejich základního kapitálu, 77/91/EHS, Official Journal L 026, 31/01/1977 P. 0001 – 0013.

²⁶⁰ Srov. druhý a třetí odstavec preambule druhé směrnice.

²⁶¹ Důvodem byla silná kritika ze strany Velké Británie a Irska. Tyto státy se obávaly, že rozšíření druhé směrnice na všechny druhy společností by mělo nepřijatelný dopad obzvláště na menší podniky. Srov. Edwards, V., č. 64, str.53. Některé členské státy přesto rozšiřují úpravu směrnice i na soukromé společnosti.

²⁶² Podrobněji viz Edwards, V., č. 64, str.56-89.

Tato část práce se zaměřuje na probíhající diskuzi o reformě právní úpravy tvorby a udržování základního kapitálu. Pozornost věnujeme také úpravě snižování základního kapitálu, neboť vykazuje úzkou souvislost s principem udržování základního kapitálu a představuje klíčový nástroj ochrany korporálních věřitelů. Souběžným tématem je tedy otázka vývoje ochrany korporálních věřitelů prostředky obchodního práva.

Specifickou oblastí jsou ustanovení regulující zvyšování základního kapitálu a s tím spojené přednostní právo akcionářů na upisování čerstvých akcií. Tato část práce se jimi blíže nezabývá.

2. Dynamika evropského korporálního práva: cesta k reformě právní úpravy základního kapitálu

Druhá směrnice se oprávněně pokládá za neodmyslitelný pilíř evropského práva obchodních společností. Její ustanovení jsou však produktem uvažování přelomu šedesátých a sedmdesátých let minulého století, což nutně vyvolává otázky o jejich aktuálnosti. Stále více se poukazuje na to, že stávající podoba druhé směrnice není s to zajistit (umožnit) pružné přizpůsobování se vývoji na kapitálových trzích, a proto je zapotřebí některá ustanovení revidovat.

Předběžný návrh na změnu druhé směrnice byl vypracován v rámci Skupiny pro zjednodušení práva vnitřního trhu (*SLIM Group*).²⁶³ Výsledná zpráva z roku 1999 doporučuje podstatné zjednodušení vybraných ustanovení druhé směrnice.²⁶⁴

Evropská komise zřídila v září 2001 Vysokou skupinu odborníků na korporální právo, která měla za úkol připravit doporučení pro modernizaci evropského práva obchodních společností.²⁶⁵ Skupina odborníků se koncem

²⁶³ *Simpler Legislation for the Internal Market (SLIM)* (COM(1996)204), viz zejména výsledky čtvrté etapy SLIM, 4.2.2000, COM (2000) 56, *SLIM final proposal*, 1999, COM XV/6037/99. Dostupné na

http://europa.eu.int/comm/internal_market/simplification/index_en.htm#phases

²⁶⁴ Zpráva se zabývá následujícími tématy: vypuštění povinnosti znaleckého oceňování nepeněžitých vkladů; možností emise akcií bez jmenovité hodnoty; uvolněním zákazu finanční asistence; nabýváním vlastních akcií a zjednodušením úpravy přednostního práva akcionářů pro upisování akcií.

²⁶⁵ *High Level Group of Company Law Experts*, bližší informace jsou dostupné na http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/index.htm

roku 2002 prezentovala zprávou nazvanou „Moderní regulační rámec pro korporační právo v Evropě“²⁶⁶. Zpráva se zaměřuje na reformu institutu správy obchodních společností (*corporate governance*) a na modernizaci evropského práva obchodních společností.²⁶⁷

Zpráva se vyčerpávajícím způsobem zabývá nejdůležitějšími problémy evropského korporačního práva, a proto ji lze považovat za velice významný příspěvek probíhající reformě této oblasti. Závěry v ní obsažené rovněž dostatečně reflektují kritické připomínky veřejnosti vznesené během konzultačního období²⁶⁸ a jsou východiskem pro následný návrh Komise na revizi druhé směrnice (viz níže).

2.1. Zpráva o moderním regulačním rámci pro evropské právo společností: charakteristika

Zpráva o modernizaci evropského práva společností obecně konstatuje, že harmonizovaná úprava základního kapitálu představuje „*velice primitivní a nedostatečný ukazatel schopnosti společnosti hradit své dluhy.*“²⁶⁹ Zpráva pohlíží na základní kapitál jako na zdroj financování společností postrádající element pružnosti.

Doktrína základního kapitálu není podle zprávy způsobilá zajistit adekvátní kapitálovou vybavenost společností provozujících rozsáhlejší obchodní činnost.²⁷⁰ V důsledku tedy zmíněná právní úprava neposkytuje ochranu zamýšleným adresátům – vnějším věřitelům obchodních korporací – a nenaplnuje tak svůj primární účel.²⁷¹ Z průzkumů vyplývá, že korporační věřitelé daleko častěji než formální údaj o základním kapitálu prověřují

²⁶⁶ Závěrečná zpráva High Level Group of Company Law Experts, A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe (“Modern Regulatory Framework”), str.1. Dostupné na http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/consult/report_en.pdfModern .

²⁶⁷ Modern Regulatory Framework, str.4.

²⁶⁸ Shrnutí odpovědí veřejnosti na jednotlivé otázky položené Vysokou skupinou lze nalézt na http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/consult/l_en.htm

²⁶⁹ Modern Regulatory Framework, str.79.

²⁷⁰ Ibid

²⁷¹ K obdobnému závěru dospívají i jiní autoři. Pro podrobnější přehled relevantní literatury viz Chobola, T. *Mýtus základního kapitálu – alternativní pohled na jeden z pilířů práva obchodních společností*, 2005, v tisku.

skutečnou schopnost společnosti dostát svým závazkům.²⁷²

Uvádí se, že efektivita zmíněných pravidel je dále oslabena působením účetních standardů. Současné metody účetnictví prakticky znemožňují spolehlivě odhadnout, jaké prostředky může společnost rozdělit např. mezi akcionáře, aniž by tím byla nepřiměřeně dotčena její platební schopnost.²⁷³

Zpráva navazuje na doporučení vypracovaná skupinou SLIM a přetváří je do podoby konkrétních návrhů na změnu druhé směrnice. Navrhované změny jsou sice významné, základní podstata a stavební prvky stávajícího režimu se však změnit nemají.

Za prvé se konstatuje, že jedinou uznatelnou funkcí povinnosti vytvářet minimální základní kapitál je určitá schopnost odrazení od lehkomyšlného zakládání veřejných (akciových) společností.²⁷⁴ Autoři zprávy se neztotožňují s názorem, že by minimální základní kapitál představoval překážku zakládání společností a navrhují toto pravidlo zachovat.²⁷⁵

Za druhé se navrhuje přehodnotit význam akcií bez nominální hodnoty a uvažovat o případném začlenění tohoto institutu do stávajícího právního rámce. Za třetí se věnuje zvláštní pozornost pravidlům pro oceňování nepeněžitých vkladů do základního kapitálu. V této souvislosti se navrhuje vypustit požadavek znaleckého posudku v případech, kdy existují jiná nezpochybnitelná měřítká pro určení ceny vkladu. Podle zprávy je také vhodné posoudit možnost rozšíření pojmu nepeněžitý vklad o závazky spočívající v provádění prací a poskytování služeb.

Zpráva zastává názor, že je zapotřebí podstatně uvolnit úpravu nabývání vlastních akcií a finanční asistence. Obě transakce by měly být přípustné do výše rozdělitelných rezerv společnosti.²⁷⁶ Dále se navrhuje přepracovat úpravu zakotvující ochranu korporálních věřitelů v souvislosti se snížením základního kapitálu. Za běžných okolností by napříště věřitelé museli dokazovat, že mohou být v důsledku navrhovaného snížení nepříznivě dotčeni na svých právech.

²⁷² Modern Regulatory Framework, str. 79.

²⁷³ Modern Regulatory Framework, str. 80.

²⁷⁴ Modern Regulatory Framework, str. 82.

²⁷⁵ Pro kritiku daného závěru viz Rickford, J. (ed.), *Reforming Capital: Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance*, duben 2004, str. 931.

²⁷⁶ Rozdělitelné rezervy, tj. částka, kterou je společnost oprávněna rozdělit mezi akcionáře, jsou upraveny článkem 15 druhé směrnice, resp. ustanovením §178 Obchodního zákoníku.

Naopak se připouští, že právní režim snižování základního kapitálu za účelem uhrazení ztrát nebere zájmy věřitelů dostatečně v potaz. Nakonec se konstatuje, že ochrana korporačních věřitelů by měla být vyztužena prostřednictvím zakotvení osobní odpovědnosti členů vedení společnosti za některé případy úpadků a také posílením pravidla podřízenosti pohledávek akcionářů vůči společnosti.²⁷⁷

3. Odpověď Evropské komise: od akčního plánu k návrhu na změnu druhé směrnice

Evropská komise v květnu 2003 představila akční plán pro modernizaci evropského korporačního práva, v němž se ve značné míře přiklání k závěrům zprávy Vysoké skupiny.²⁷⁸

Akční plán potvrzuje odhodlání Komise přispět budováním dynamického a pružného práva obchodních společností kupeřování jednotného vnitřního trhu EU. Komise má v úmyslu zaujmout komplexní přístup směřující ke zvýšení efektivity a konkurenceschopnosti evropských podniků. Zároveň však navrhované změny nesmí znamenat snížení stávající úrovně ochrany akcionářů a korporačních věřitelů.²⁷⁹

Doposud posledním a nejvýznamnějším počinem Evropské komise v této oblasti je vypracování návrhu na změnu druhé směrnice o zakládání kapitálových společností a o udržování a změně jejich základního kapitálu ze září 2004.²⁸⁰ Návrh na změnu druhé směrnice (dále také „návrh“) si v duchu dosavadních prací klade za cíl zjednodušením vybraných ustanovení umožnit podnikům lepší přizpůsobení se vývoji na příslušných

²⁷⁷ Srov. Modern Regulatory Framework, str 81-86.

²⁷⁸ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – a Plan to Move Forward (“Action Plan”), Brussels, 21.5.2003, COM (2003) 284 final. Available at http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/cnc/2003/com2003_0284en01.pdf

²⁷⁹ Action plan, str 3-5.

²⁸⁰ Návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady na změnu směrnice Rady 77/91/EHS, pokud jde o zakládání akciových společností a udržování a změnu jejich základního kapitálu Dostupné na http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/docs/capital/2004-proposal/proposal_en.pdf

tržích.²⁸¹

Předmětem následující části je charakteristika návrhu. Zaměříme se také na to, co se podle nás v návrhu nesprávně opomíjí.

3.1. Charakteristika návrhu na změnu druhé směrnice

3.1.1 Pravidla pro tvorbu základního kapitálu

Návrh předpokládá tři situace, v nichž bude možné obejít se bez znalecké zprávy o oceňování nepeněžitých vkladů. První výjimka by měla pokrýt situaci, kdy jsou vkladem veřejně obchodované akcie. Cena nepeněžitého vkladu by měla představovat průměrnou cenu, za níž se předmětné akcie obchodovaly během tří měsíců předcházejících vklad.²⁸² Druhá navrhovaná výjimka se má vztahovat k nepeněžitým vkladům, které již byly oceněny nezávislým soudním znalcem²⁸³ v době nejpozději tři měsíce před provedením vkladu.²⁸⁴ Poslední výjimka by měla odstranit povinnost znaleckého posudku u nepeněžitých vkladů, jejichž hodnota se odvozuje z účetních údajů za poslední účetní období.²⁸⁵

Je třeba poznamenat, že poslední dvě výjimky mají podléhat významným omezením. Navrhuje se, aby představenstvo společnosti muselo aktivně zjišťovat, zda se v mezidobí nevyskytly okolnosti způsobilé podstatně ovlivnit cenu vkladu. V takových případech by se výjimky nepoužily. Návrh navíc zakotvuje významné právo pro minoritní akcionáře²⁸⁶ společnosti vyžádat si ocenění vkladu soudním znalcem.

Domníváme se, že zmíněnou záruku pro minoritní akcionáře lze shledávat opodstatněnou tam, kde by se hodnota vkladu jinak odvozovala pouze

²⁸¹ Návrh na změnu druhé směrnice, důvodová zpráva, str. 1, 6.

²⁸² Návrh na změnu druhé směrnice, čl. 1/1.

²⁸³ Návrh obsahuje podrobnou kvalifikaci znalce: musí se jednat o uznávaného, dostatečně odborně zdatného a zkušeného znalce. Ocenění by muselo proběhnout v souladu s pravidly pro oceňování platnými v daném členském státě.

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ *Ibid.* Účetnictví musí být připraveno v souladu se směrnicí 78/660/EHS a ověřeno auditorem v souladu se směrnicí 84/253/EHS.

²⁸⁶ Návrh je definuje jako akcionáře disponující nejméně pěti procentní účastí na společnosti.

z účetnictví.²⁸⁷ Je však obtížnější si představit její význam v případech, kdy byl předmět vkladu již nezávislým znalecem oceněn. Lze-li znaleckou zprávu považovat za spolehlivou, tj. nevyskytnou-li se v mezidobí žádné okolnosti, které zpochybnily její věrohodnost, není důvodné komukoli přiznávat plošné právo domáhat se dalšího ocenění vkladu. Za zmínku stojí, že zpráva o modernizaci evropského práva společností předpokládá přiznání daného minoritního práva pouze, odvozuje-li se hodnota vkladu z účetnictví.²⁸⁸

Významné je dále to, že návrh nepočítá s rozšířením definice nepeněžitého vkladu, tak aby zahrnovala závazky spočívající v provádění prací nebo poskytování služeb. Ve světle předsevzetí Komise usilovat o „*maximalizaci přínosu moderních technologií*“²⁸⁹ lze tento nedostatek považovat za mimořádně nešťastný. Na druhé straně je zapotřebí zmínit, že zmíněný návrh vyvolal i kritické reakce veřejnosti.²⁹⁰

Je pozoruhodné, že návrh počítá se zachováním povinnosti znaleckého ocenění nepeněžitých vkladů, jejichž hodnota připadá na uhrazení emisního ážia. Tento požadavek lze přitom pokládat za významnou chybu v systematickém uspořádání druhé směrnice.²⁹¹ Většina podstatných pravidel týkajících se tvorby základního kapitálu (povinnost splatit alespoň část upsaných akcií, zákaz provádění prací/poskytování služeb jako vkladů) se vztahuje toliko k nominální hodnotě upsaného kapitálu. V rámci logiky druhé směrnice je povinnost ocenění vkladů připadajících na emisní ážio pochopitelná v případech zvýšení základního kapitálu. Druhá směrnice zde vyžaduje plnou úhradu emisního ážia, což představuje ochranu akcionářů před rizikem rozměňování hodnoty jejich vkladů.

Návrh se také nezabývá možností uvolnění striktního zákazu emitovat akcie za kurz nižší než je jejich nominální hodnota. Z povahy věci vyplývá, že se také neuvažuje o zavedení akcií bez nominální hodnoty, jejichž cena by se odvíjela čistě od tržní hodnoty společnosti.

²⁸⁷ Modern Regulatory Framework, str.83.

²⁸⁸ Modern Regulatory Framework, str.83.

²⁸⁹ Modern Regulatory Framework, str.8. Tento druh vkladů může být obzvláště přínosný pro tzv. hi-tech společnosti (internetové, technologické, biotechnologické, konzultační apod.).

²⁹⁰ Srov. Synthesis of the responses to the Communication of the Commission to the Council and the European Parliament, str.18. Dostupné na http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/governance-consult-responses_en.pdf

²⁹¹ Srov. Rickford, J., č. 295, str.940-941.

3.1.2. Pravidla pro udržování základního kapitálu

Hlavním účelem zjednodušení pravidel pro udržování korporačního kapitálu je sjednocení právní úpravy transakcí, které vyvolávají totožné ekonomické důsledky. Podstatné změny se proto mají vztahovat k úpravě nabývání vlastních akcií a poskytování finanční asistence.

Navrhuje se proto, aby nabývání vlastních akcií bylo dovolené potud, pokud jím nedojde ke snížení čistého obchodního majetku (vlastního kapitálu) společnosti pod úroveň stanovenou pro rozdělování kapitálu mezi společníky (akcionáře).²⁹² Druhá směrnice obsahuje pravidlo, podle něhož rozdělení kapitálu nesmí znamenat snížení čistého majetku pod hodnotu upsaného základního kapitálu včetně nerozdělitelných rezerv.²⁹³

Návrh zdůrazňuje potřebu důsledně zachovávat pravidlo rovného zacházení s akcionáři v případech, kdy se s předmětnými akciemi neobchoduje na veřejných trzích. Maximální doba, po kterou by společnost byla oprávněna držet vlastní akcie by se měla prodloužit na pět let.²⁹⁴

Domníváme se, že návrh je přínosný především tím, že odstraňuje svévolnou a ekonomicky neodůvodnitelnou podmínku, že jmenovitá hodnota vlastních akcií v majetku společnosti nesmí přesáhnout deset procent základního kapitálu.²⁹⁵

Ačkoliv by tedy přijetí zmíněného návrhu představovalo nespornou inovaci, máme za to, že by jím nedošlo k odstranění stěžejního problému s pravidly pro rozdělováním kapitálu. Jak jsem uvedli, tato pravidla jsou závislá na účetním vyjádření stavu majetku a závazků společnosti. V dokumentech zabývajících se reformou evropského práva společností se však opakovaně zdůrazňuje, že účetní standardy nepředstavují spolehlivé

²⁹² Stejně podmínky by platily pro brání vlastních akcií do zástavy. Srov. Detailed Explanation to the Proposal for Amendment of the Second Directive, str.3. Dostupné na http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/docs/capital/2004-proposal/explanation_en.pdf.

²⁹³ Druhá směrnice, článek 15/1 a). České právo v této souvislosti operuje s účetním pojmem vlastního kapitálu, což představuje základní kapitál, emisní ážio, rezervní fondy a nerozdělený zisk. Srov. §178/2 Obch.zák.

²⁹⁴ Návrh na změnu druhé směrnice, čl.1/3 (a).

²⁹⁵ Druhá směrnice, čl.19.

měřítka pro vyhodnocení výše rozdělitelného kapitálu společnosti.²⁹⁶ Dále se konstatuje, že v důsledku probíhajících změn se účetní pravidla stávají ještě méně spolehlivým ukazatelem platební schopnosti společnosti.²⁹⁷ Máme za pravděpodobné, že tato skutečnost může podstatně omezit praktický dopad navrhované změny právní úpravy nabývání vlastních akcií.

Komise dále zamýšlí uvolnit striktní zákaz poskytování finanční asistence, tj. transakcí, kdy společnost poskytuje zálohy, půjčky nebo zajištění za účelem nabytí jejich akcií jiným subjektem.²⁹⁸ Finanční asistence má být povolena, avšak omezena několika podmínkami, které mají zajistit, že nedojde k poškození zájmů společnosti a jejich věřitelů. Především by v důsledku poskytnutí finanční asistence nesmělo dojít ke snížení čistého obchodního majetku (vlastního kapitálu) společnosti pod úroveň stanovenou pro rozdělování kapitálu mezi akcionáře (viz výše).²⁹⁹ Transakce by se musela provádět při zachování poctivých tržních podmínek s tím, že společnost by musela prověřovat úvěrovou bonitu příjemce.

Významnou inovaci představuje návrh na zavedení *testu platební schopnosti (solventnosti)*. Společnost poskytující finanční asistenci by tak musela důvěryhodně prokázat, že v následujících *pěti* letech nebude dotčena její schopnost plnit své splatné závazky. Test solventnosti by se prováděl důslednou analýzou předpokládaných finančních toků založenou na informacích dostupných v době schvalování poskytnutí finanční asistence.³⁰⁰

Máme za to, že navrhovaná podoba testu solventnosti je nevhodná. Za prvé, lze jen stěží porozumět motivaci tvůrců návrhu podrobit finanční asistenci přísnějším pravidlům ve srovnání s ostatními případy rozdělování korporálního kapitálu (výplata dividend, nabývání vlastních akcií). Finanční asistence je riziková operace, avšak nemusí nezbytně vést ke snížení majetku společnosti.³⁰¹ Z tohoto důvodu se závěr, podle něhož tento institut

²⁹⁶ Modern Regulatory Framework, str.79.

²⁹⁷ Modern Regulatory Framework, str.79; Synthesis of responses, str.19.

²⁹⁸ Návrh na změnu druhé směrnice, čl.1/4. K tomuto tématu se v souvislosti s připravovanou reformou českého obchodního práva blíže věnuje Havel, B., č. 316, str. 464-467.

²⁹⁹ Souhlasné stanovisko srov. Modern Regulatory Framework, str.85.

³⁰⁰ Návrh na změnu druhé směrnice, čl.1/4, alinea druhá.

³⁰¹ Samotné poskytnutí finanční asistence nevede z účetního hlediska ke snížení majetku společnosti. Srov. Wymeersch, E. *Article 23 of the second company law directive: the*

vyžaduje zakotvení dodatečné právní ochrany, jeví nepodloženým.

Lze namítnout, že požadavek dokládat platební schopnost společnosti směřuje především k regulaci tzv. *leveraged buy-outs*, tj. akvizic financovaných z vypůjčeného kapitálu, který je následně splacen z prostředků převzaté společnosti.³⁰² Vzhledem k tomu, že finanční asistenci nelze omezit na případy akvizic, představuje navrhovaný test solventnosti nesystematické opatření. Domníváme se, že jeho zavedení by mělo nezanedbatelný odrazující efekt. Společnosti by byly nuceny provádět složitou analýzu platební schopnosti pro období, které by v mnoha případech již ekonomicky nesouviselo s poskytnutím předmětné finanční asistence.

Dále se v návrhu uznává potřeba zajistit vyšší míru flexibility při snižování základního kapitálu. Připouští se, že současná úprava může zapříčinit zbytečné prodlevy tím, že zakotvuje bezvýjimečné právo korporálních věřitelů domáhat se, aby splnění jejich neuhrazených (nesplatných) pohledávek bylo dostatečně zajištěno.³⁰³ Právo korporálních věřitelů napadnout snížení základního kapitálu má zůstat zachováno. Důkazní břemeno o tom, že snížením dojde k ohrožení dobytosti pohledávek, se však má přesunout na věřitele společnosti.³⁰⁴

3.2. Kritické poznámky k návrhu

Návrh na změnu druhé směrnice lze vnímat jako velice příznivý signál toho, že Evropská komise hodlá reagovat na sílící tlak kapitálových trhů a na stále více pocíťovanou nedostatečnost stávající úpravy.

Je však třeba zdůraznit, že návrh představuje toliko první krok na cestě k zásadnější reformě evropského práva obchodních společností. Proto je pochopitelné, že zatím neobsahuje systémové změny. Jak jsme uvedli, navrhuje se sice změna vybraných elementů regulace rozdělování kapitálu,

prohibition on financial assistance to acquire shares of the company, Festschrift fuer Ulrich Drobnig, Hamburg, 1998, str. 741-742.

³⁰² Blíže k tomuto tématu srov. Rychlý, T. *Tzv. zákaz finanční asistence: česká úprava a evropské perspektivy*, Právní rozhledy, 4/2002, str. 141-142, 144.

³⁰³ Srov. Druhá směrnice, čl.32; Obchodní zákoník §215. Soudní spory ohledně podoby „dostatečného zajištění“ představují neakceptovatelné časové zatížení.

³⁰⁴ Návrh na změnu druhé směrnice, čl.1/8.

základní stavební kámen této části právní úpravy má nicméně zůstat nedotčen: článek 15 druhé směrnice stanovující základní test pro rozdělení kapitálu mezi akcionáře nedoznává změn.

Zachovat se má i princip, dle něhož vklady do základního kapitálu představují ukazatel výše podílu akcionářů a z toho plynoucích práv a povinností. To automaticky vylučuje možnost zakotvení práva emitovat akcie bez nominální hodnoty, které by představovaly podíl na tržní hodnotě společnosti. Principy udržování základního kapitálu a ochrany podílů akcionářů před rozmělněním jejich hodnoty dále znemožňují povolit emisi akcií za nižší než nominální hodnotu.³⁰⁵

Považujeme za překvapivé, že se návrh nezaměřuje na ustanovení týkající se snížení základního kapitálu za účelem uhrazení ztrát společnosti. Společnost tak není povinna opětovně zvýšit základní kapitál na původní úroveň (tj. před snížením) před tím, než rozhodne o výplatě dividend či o jiných formách rozdělení svého kapitálu. Tento nedostatek snižuje význam doktríny základního kapitálu pro ochranu věřitelů před úpadkem společnosti.³⁰⁶

Nezvažuje se ani upřesnění ustanovení, které upravuje postup společnost v případě vážné ztráty na základním kapitálu.³⁰⁷ Nejednoznačná norma společnosti v takové situaci neukládá, aby podnikla kroky vedoucí k napravení situace, společnost pouze musí procedurálně komplikovaným způsobem *zvažovat*, zda přijme příslušná opatření. Zastáváme názor, že toto ustanovení je nekonzistentní s podstatou tvrzené funkce základního kapitálu jako nástroje ochrany korporálních věřitelů.

V zásadě je pochybné, zda je návrh způsobilý přetvořit druhou směrnici v účinný právní nástroj vedoucí ke zvýšení konkurenceschopnosti evropských podniků. Rovněž se nedomníváme, že jeho zavedení přispěje ke zvýšení atraktivity akciového kapitálu, případně k rozvoji kapitálových trhů.

V návrhu se výraznější změna pravidel pro udržování základního kapitálu odmítá jako předčasná. Toto stanovisko je odůvodněno obavami, že by

³⁰⁵ Výjimku představuje tzv. kombinované zvýšení základního kapitálu, kdy investor upisuje pouze část emisního kurzu. Zbývající částka se hradí z vlastních zdrojů společnosti. Srov. §209a/1 Obch.zák.

³⁰⁶ Srov. Rickford, J., č. 295, str.943.

³⁰⁷ Druhá směrnice, čl.17; Obchodní zákoník, §193/1.

neuvážená intervence do jednoho ze základních pilířů práva společností mohla vést k oslabení ochrany minoritních akcionářů a věřitelů.³⁰⁸

V rámci diskuze o reformě evropského práva obchodních společností se otevřeně probírá i možnost vytvoření zcela nového režimu ochrany korporálních věřitelů. Uvažuje se, že k systémové změně by mohlo dojít vytvořením testu platební schopnosti (solventnosti) obchodních společností.³⁰⁹ Evropská komise se zavázala k vypracování hodnotící studie zvažující dopady uvedených změn. Přípravné práce by měly započít v roce 2006.³¹⁰

Základním východiskem pro úvahy o možné podobě alternativního režimu je výše zmíněná Zpráva o modernizaci evropského korporálního práva, která obsahuje hrubé rysy uvažovaného testu solventnosti. Jelikož by tato změna představovala klíčovou změnu evropského a potažmo českého korporálního práva, považujeme za vhodné o této problematice stručně pojednat.

3.3. První fáze reformy – směrnice 2006/68/EC

První fáze připravované reformy evropské právní úpravy základního kapitálu akciových společností se uskutečnila prostřednictvím směrnice č. 2006/68/EC, kterou byla s účinností od 15. října 2006 změněna druhá směrnice (dále jen „**směrnice 2006/68/EC**“). Směrnice 2006/68/EC vychází ze shora diskutovaného návrhu, přičemž však přejímá pouze jeho dílčí aspekty. Jmenovitě se jedná o následující pilíře: (i) odstranění povinnosti znaleckého ocenění nepeněžitých vkladů do základního kapitálu ve stanovených případech (srov. shora str. 73 – 74)³¹¹; (ii) rozvolnění pravidel pro nabývání vlastních akcií (srov. shora str. 75); (iii) zrušení zákazu

³⁰⁸ Návrh na změnu druhé směrnice, příloha I.

³⁰⁹ Základním materiálem je *Zpráva skupiny expertů na právo společností o modernizaci evropského práva společností* (Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, str.87-89.

³¹⁰ Action Plan, str.16-17.

³¹¹ Lze zmínit, že směrnice 2006/68/EC obsahuje menší odlišnosti oproti původnímu návrhu. Jde zejména o prodloužení doby maximálního „stáří“ znaleckého posudku, od něž se odvozuje hodnota nepeněžitého vkladu, z tří měsíců na šest. Stanovení doby pro výpočet průměrné ceny veřejně obchodovaných akcií se oproti původně navrhovaným třem měsícům ponechává na úpravě jednotlivých členských států s tím, že se musí jednat o dostatečnou (sufficient) dobu.

poskytování finanční asistence (srov. shora str. 76 a níže na str. 100 – 101); a (iv) úpravu práva věřitelů požadovat poskytnutí jistoty v souvislosti se snižováním základního kapitálu společnosti (srov. shora str. 77). Členské státy mají povinnost zajistit provedení směrnice 2006/68/EC do národní legislativy ve lhůtě do 15. dubna 2008.

4. Předběžný návrh vysoké skupiny na alternativní režim ochrany korporálních věřitelů

Návrh změnu evropského práva společností obsažený ve zprávě expertů o modernizaci evropského práva společností³¹² se přiklání k názoru, podle kterého by test platební schopnosti měl spočívat na dvou pilířích. Prvním z nich by měl být klasický test zjišťování stavu čistého obchodního majetku z účetní rozvahy (*test účetní rozvahou*). V důsledku rozdělení by se obchodní majetek společnosti musel nejméně rovnat hodnotě závazků. Inovací oproti stávajícímu pojetí by bylo to, že akciový kapitál by se pro účely testu nepovažoval za závazek a mohl by být dle potřeby rozdělen.³¹³

Vlastní *test solventnosti* by měl představovat druhý pilíř navrhované úpravy. Navrhuje se, aby společnost musela prokázat, že bude po dobu jednoho roku po rozdělení schopna plnit své splatné závazky.³¹⁴

Zmíněný návrh je nesporným krokem vřed k výraznějšímu přetvoření režimu ochrany korporálních věřitelů prostřednictvím obchodního práva. Máme však za to, že dvouprvková struktura zmíněného návrhu zavdává důvody k pochybnostem o případné efektivitě testu platební schopnosti

5. Test solventnosti: úvahy o jednotlivých elementech a o možné podobě

Domníváme se, že prohlášení o solventnosti by mělo vycházet z obezřetného hodnocení *peněžních toků*. Bylo by zapotřebí brát zřetel na *celkovou* finanční pozici dané obchodní společnosti. V této souvislosti lze opětovně vyjádřit pochybnost o užitečnosti testu založeném na informacích

³¹² Modern Regulatory Framework, str.87-88.

³¹³ Odpadl by tak zákaz snížení čistého obchodního majetku pod výši základního kapitálu včetně nerozdělitelných rezerv.

³¹⁴ Modern Regulatory Framework, str.87.

získaných z účetní rozvahy. Účetní rozvaha obsahuje výběrové a historické informace, které lze považovat za nedostatečné stran možnosti správně vyhodnotit stav majetku a závazků dané společnosti.

Jsme přesvědčeni, že *jediným* právně závazným pilířem ochrany korporálních věřitelů by mělo být měřítko solventnosti. Prohlášení o solventnosti by mělo představovat důvěryhodný dokument prokazující, že lze důvodně očekávat, že si daná společnost v rozumně předvídatelné budoucnosti zachová platební schopnost.³¹⁵ Daný dokument proto musí obsahovat vyčerpávající zhodnocení finančního postavení společnosti. Tento úkol by vyžadoval komplexní přístup zabývající se i majetkem či závazky, které se v účetnictví společnosti neobjevují. Klíčové by bylo provést realistické hodnocení vývoje stavu majetku a závazků ve stanoveném časovém horizontu, například během jednoho roku po rozdělení kapitálu.

Zastáváme názor, že návrh obsažený ve zprávě o modernizaci práva společností není příliš šťastně koncipován právě proto, že předpokládá zavedení duálního (účetní rozvaha, platební schopnost) pravidla pro rozdělování kapitálu obchodních společností. Lze předpokládat, že zavedení kombinovaného testu by vedlo k tendenci spoléhat se převážně na informace obsažené v účetní rozvaze.³¹⁶ Formální přístup by tedy tak jako tak převážil nad obsahově zaměřeným pojetím zjišťování skutečné a rozumně předvídatelné budoucí finanční situace společnosti. Obohacení právní úpravy o samotný test solventnosti by neznamenal nic jiného než instalaci další (nikoli alternativní) překážky rozdělování korporálního kapitálu.

Je pravděpodobné, že by jím došlo k podvázání schopnosti společností pružně organizovat svou kapitálovou skladbu. Zároveň je zapotřebí zdůraznit, že samotný test účetní rozvahou nepřispívá ke zvýšení ochrany korporálních věřitelů.

Má-li nová právní úprava přesáhnout toliko formální rovinu, měla by být její orientace jednoznačnější. Rozhodujícím ukazatelem by měla být výlučně *solventnost společnosti*. Je ovšem myslitelné doplňkové použití

³¹⁵ Rickford, J., č. 295, str.979.

³¹⁶ Ibid. str..976.

testu účetní rozvahou jako určitého standardu pro srovnání. Naznačovali by tento test nepřipustnost navrhovaného rozdělení, členové představenstva by musely důvěryhodně vysvětlit, co je opravňuje k závěru, že odchýlení se od účetních údajů nebude mít za následek ohrožení platební schopnosti společnosti.³¹⁷

6. Důsledky alternativního režimu ochrany korporálních věřitelů

Domníváme se, že navrhovaná *kultivace testu solventnosti* obchodních společností by byla s to zaručit výrazně vyšší úroveň ochrany korporálních věřitelů.

Zavedení uvažovaných změn by mělo zásadní vliv na strukturu právní úpravy tvorby a udržování korporálního kapitálu. Většinu ustanovení, která se v současnosti považují za klíčová, by bylo možno vypustit. Za obzvláště případné bychom považovali odstranění povinnosti kapitálových společností vytvářet minimální základní kapitál. Volba financování akciovým kapitálem by byla ponechána autonomnímu rozhodnutí dané společnosti.

Uvedený krok by měl dopad na opodstatněnost souvisejících ustanovení. Spletitá pravidla týkající se vkladů do základního kapitálu by ztratila význam. Z ekonomického pohledu by bylo přínosné zejména odstranění povinnosti znaleckého oceňování vkladů a zákaz vložení závazků spočívajících v provedení prací nebo poskytnutí služeb. Navrhované změny by dále odstranily požadavek zvláštní ochrany věřitelů při snižování základního kapitálu. Komplikované a často časově náročné procedury by ztratily svůj význam. Lze však konstatovat, že právo korporálních věřitelů napadnout u soudu důvěryhodnost prohlášení o solventnosti by nebylo dotčeno.

S ohledem na společnosti, jejichž akcie jsou veřejně obchodovány, by pozitivní krok vpřed představovalo zrušení zákazu emise akcií za nižší než nominální hodnotu. Otevřela by se možnost emise akcií bez nominále, jejichž hodnota by se odvíjela od celkové tržní ceny společnosti.

Navrhované změny by nesporně přinesly podstatné zjednodušení

³¹⁷ Ibid. str.980.

klíčových pravidel rozdělování korporálního kapitálu. Srovnatelná pravidla by se vztahovala na vyplácení dividend, koupi vlastních akcií a poskytování finanční asistence. Došlo by tak ke značné konvergenci právní úpravy s ekonomickou realitou, což by kromě již uvedených přínosů vedlo ke zvýšení srozumitelnosti práva.

Celkově vzato se domníváme, že zavedení kultivovaného testu solventnosti by přispělo ke zvýšení konkurenceschopnosti akciových společností v Evropě. Očekávaná efektivita navrhovaných změn spočívá zejména ve snížení nákladů a zamezení prodlevám na mnoha úrovních. V neposlední řadě lze též předpokládat, že navrhované změny by přispěly ke zvýšení atraktivity akciového kapitálu.

2. Specifický případ harmonizace zákazem: úprava tzv. finanční asistence akciových společností a návrh na její změnu

2.1 Úvod

Finanční asistencí se v korporálním právu obecně rozumí jednání, kdy obchodní společnost poskytuje někomu plnění či výhodu za účelem, resp. v souvislosti s nabytím jejích akcií. Současné právo EU pokládá finanční asistenci za nežádoucí, a proto ji se zřetelem na akciové společnosti až na výjimky zakazuje. Český a většina dalších právních řádů členských států ES rozšiřují zákaz také na uzavřené obchodní společnosti (u nás společnost s ručením omezeným).³¹⁸

Tato část práce se blíže zabývá analýzou účelů, k jejichž dosažení má zákaz finanční asistence přispívat. V této souvislosti se zvažuje kvalita současné právní úpravy a zmiňují se některé její nedostatky. Pozornost se dále zaměřuje na probíhající reformu evropského korporálního práva, jejíž součástí je i změna pravidel pro finanční asistenci. Závěrem se zamýšlíme nad možnou podobou budoucí úpravy finanční asistence.

³¹⁸ Uzavřená neboli soukromá obchodní společnost proto, že její podily nejsou veřejně obchodovatelné. Základní výčet a srovnání právní úpravy finanční asistence provádí Wymeersch, E., č. 319, *str.* 725-730

2.2 Zákaz finanční asistence v komunitárním právu

Na úrovni práva EU je zákaz finanční asistence zakotven v druhé směrnici Rady o právu obchodních společností.³¹⁹ Článek 23 stanoví, že „*Společnost nesmí poskytovat zálohy, půjčky ani záruky s cílem umožnit nabytí vlastních akcií třetí osobě*“. Článek 24a vztahuje zákaz i na osoby ovládané, jde-li o nabývání akcií ovládající společností, a zamezuje tak flagrantnímu obcházení zákazu. Směrnice připouští možnost vyjmout ze zákazu banky a jiné finanční instituce s ohledem na transakce prováděné v rámci běžného obchodního styku. Druhou výjimku tvoří finanční asistence poskytovaná zaměstnancům společnosti za účelem nabytí jejích akcií nebo akcií v rámci koncernu.

Smysl zákazu finanční asistence není ve směrnici přímo vyjádřen. Zákaz je však součástí právní úpravy udržování (zachování) základního kapitálu, a proto lze usuzovat, že se jím především sleduje upevnění ochrany korporálních věřitelů před vyplýváním kapitálových zdrojů, resp. před tvorbou fiktivního kapitálu.³²⁰ Dále se uvádí, že zákazem se má zabránit skrytému nabývání vlastních akcií společností.³²¹ Touto optikou na zákaz finanční asistence pohlíží některé členské státy včetně Česka, které jej zařazují mezi ustanovení o nabývání vlastních akcií.³²² Argumentuje se tvrzením, že obě transakce vyvolávají obdobné ekonomické důsledky a vykazují tudíž srovnatelnou míru rizika.³²³ Tento přístup může potom vést k závěru, že nedovolenou finanční asistenci představuje i poskytnutí zajištění pro nabývání vlastních akcií.³²⁴ Tímto zjevně nesprávným závěrem se zabýváme níže v diskuzi o smyslu zákazu finanční asistence.

³¹⁹ Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1977, on the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital (Second Company Law Directive)

³²⁰ Srov. Wymeersch E., č. 321, str.733.

³²¹ Souhlasné stanovisko viz Edwards, V, č. 64, str.73.

³²² Jedná se zejména o Německo a Rakousko. Podrobněji viz Wymeersch E., č. 319, str.733.

³²³ Lutter, *Koelner Kommentar*, §71, č.8.

³²⁴ Viz rozhodnutí německého zemského soudu v Gottingenu z 6.ledna 1992, in: *Die Aktiengesellschaft*, 1993, str.46.

2.3 Projev harmonizace zákazu v českém právu

Obecně

České právo jde v úpravě zákazu finanční asistence nad rámec druhé směrnice. Základ právní úpravy tvoří ustanovení §161e obchodního zákoníku stanovující, že „*Společnost nesmí při nabývání vlastních akcií poskytovat zálohy a nesmí poskytovat půjčky ani úvěry pro účely nabytí jejích akcií ani úvěry nebo půjčky poskytnuté na tyto účely nebo jiné závazky související s nabýváním jejích akcií zajišťovat*“. Stejně ustanovení obsahuje výjimku pro nabývání akcií pro zaměstnance společnosti. Finanční asistenci ovládané osoby poskytovanou na nabytí akcií osoby ovládající upravuje ustanovení §161f.

Po vzoru některých členských států, a to tradičně především Německa, se zákaz finanční asistence rozšiřuje na společnost s ručením omezeným. Příslušná úprava je obsažena v ustanovení §120, podle něhož se úprava pro akciovou společnost použije přiměřeně.

Je zákaz poskytování finanční asistence výlučný?

Se zřetelem na samotnou konstrukci zákazu finanční asistence dle §161e stojí za zmínku obrat „*(společnost nesmí) jiné závazky související s nabýváním (jejích) akcií zajišťovat*“. V literatuře toto neurčité vymezení okruhu relevantních závazků správně kritizuje Rychlý.³²⁵ Soudíme, že se uvedený termín vztahuje převážně na období *po* nabytí akcií cílové společnosti. Půjde například o zajištění refinancujícího úvěru pro nabyvatele akcií. V této souvislosti vychází najevo nejednoznačnost zmíněného termínu, neboť bude zapotřebí důsledně zvažovat, kdy strany sledují obcházení zákazu finanční asistence a kdy jde o legitimní obstarání dluhového kapitálu v rámci dalšího podnikání. Rozhodná bude zejména časová souvislost transakcí a obdobnost jejich výše. Rychlý srovnává

³²⁵ Srov. Rychlý, č. 322, str. 141.

českou úpravu s anglickou, kterou považuje za jasnější.³²⁶

Domníváme se, že anglická verze považující za nedovolenou finanční asistenci každé plnění poskytnuté za účelem alespoň částečného snížení závazku, který vznikl za účelem nabytí akcií, má i své zápory. Zákaz v podstatě pokrývá každé plnění či výhodu, kterou cílová společnost poskytne za účelem obnovení předchozí finanční situace nabyvatele.³²⁷

Český zákon je sice neurčitý v tom, že přesně nevymezuje okruh závazků, avšak společnosti se zakazuje toliko takové závazky zajišťovat. Souhlasíme s tím, že výraz zajištění je třeba chápat v jeho obvyklém významu, tj. ve smyslu občanského zákoníku.³²⁸ Výslovně se nezakazuje kupříkladu převzetí či přistoupení k dluhu nebo poskytnutí půjčky či úvěru *poté*, co nabytí akcií proběhlo. Za předpokladu, že tím nedojde poškození zájmů společnosti a uskutečnilo-li se takové jednání za podmínek běžných v obchodním styku, nepůjde o porušení obecného zákazu zvýhodňování akcionářů ve smyslu §178/13. To, zda by se posledně zmíněné jednání kvalifikovalo jako obcházení zákona, považujeme za diskutabilní.

Zákazu finanční asistence se nepřímo týkají i další ustanovení. Jmenovitě jde o pravidla omezující transakce vedoucí ke snížení majetku společnosti. Relevantní je ustanovení §196a, které upravuje konflikt zájmů, skryté poskytování nepeněžitých vkladů a skryté rozdělování kapitálu mezi akcionáře.³²⁹ Dále je třeba uvést již zmíněný zákaz zvýhodňování akcionářů na úkor společnosti nebo ostatních akcionářů (§178/13) a zákaz emitovat akcie za nižší než nominální hodnotu (§163a/1).

Primárním předmětem těchto ustanovení není zákaz finanční asistence, zamezují nicméně jeho zjevnému obcházení. Pro ilustraci lze zmínit transakce jako *darování, prominutí dluhu, prodej majetku za nepřiměřeně nízkou cenu, resp. koupi za cenu netržně vysokou*. Jsou-li tyto operace

³²⁶ Ibid. Příslušná část anglického Zákona o obchodních společnostech stanoví, že „pokud byla koupě akcií realizována, a kupujícímu nebo i jiné osobě tak vznikly určité závazky společnost nebo jí ovládané společnosti nesmějí poskytnout finanční asistenci přímo či nepřímo za účelem snížení nebo zániku těchto závazků“, The Companies Act 1985, section 151/2.

³²⁷ Ferran, E. *Company Law and Corporate Finance*, Oxford, 1999, str.385.

³²⁸ Shodně Rychlý, T., č. 322, str.141. K obdobnému závěru dospěla britská judikatura in *re Barclays Bank plc v British&Commonwealth Holdings plc, 1995, BCC 1059, CA*

³²⁹ Blíže k problematice ustanovení §196a. Rychlý, T. *Záhady ustanovení § 196a odst. 3 obchodního zákoníku*, Právní rozhledy, 2003; Kozel, R. *Je ustanovení § 196a odst. 3 obchodního zákoníku záhadné?*, Právní rozhledy, 2004, č. 1, s. 27 a násl.

prováděny za účelem usnadnění nabytí akcií společnosti nebo za účelem obnovení finanční situace nabyvatele bezprostředně po nabytí, jde nesporně o finanční asistenci.³³⁰

Otázkou zůstává, zda se jedná vždy o *zakázanou* finanční asistenci. Je-li příjemcem výhody akcionář společnosti, je situace jasná. Obtížněji kvalifikovatelná jsou plnění, která společnost poskytne za účelem usnadnit (budoucí) nabytí akcií. Společnost doposud nejedná se svým akcionářem a nejedná-li se o poskytnutí zálohy, půjčky, úvěru nebo zajištění posledních dvou, výslovné znění zákazu finanční asistence se na tato jednání nevztahuje. Kromě již uvedených příkladů je možné poukázat také na klasickou situaci, kdy společnost v financuje náklady spojené s přípravou vlastního převzetí.³³¹ Posouzení situace je o to obtížnější, jestliže se plánovaná akvizice nakonec neuskuteční.³³²

Na tyto a obdobné případy téměř doslovná implementace článku 23 druhé směrnice v podobě §§161e a 161f nepamatuje. Jsme přesvědčeni, že zákonná omezení smluvní autonomie musí respektovat zásadu legální licence, tj. omezení jsou namístě pouze a jen tehdy, jestliže je zákon výslovně připouští. Máme tudíž za to, že výlučným kritériem pro posouzení těchto jednání by měla být otázka splnění povinnosti představenstva jednat s péčí řádného hospodáře. Bude-li mít transakce likvidační dopad na stav čistého obchodního majetku společnosti, bude její odsouhlasení stěžejí obhajitelné.

Na druhé straně je zapotřebí počítat s tím, že po vzoru německé doktríny by se i případy finanční asistence v zákoně přímo nezmíněné považovaly nedovolené s odkazem na obecný zákaz obcházení zákona.³³³ Posouzení

³³⁰ Darování, novace, slib odškodnění, prominutí dluhu nebo postoupení pohledávky považuje anglické právo za typové příklady finanční asistence. Srov. *The Companies Act 1985, 152/1*. Účelové stanovení kupní ceny majetku, který společnost získává či převádí, náleží k judikatorním skutkovým podstatám. Srov. zejména *Belmont Finance Corp Ltd v. Williams Furniture Ltd (No 2), 1980, All ER 393 (CA)*. Citováno z *Boyle & Birds' Company Law*, str.198, 201.

³³¹ Anglické právo to považuje za finanční asistenci. Srov. *Chaston v. SWP Group plc, 2002, EWCA Civ 1999, 2003, 1 BCLC 675*.

³³² Anglická judikatura i tak považuje poskytnutí prostředků v pre-akvizičním stádiu za nedovolenou asistenci. Srov. *Parlett v. Guppys (Bridport) Ltd, 1996, BCC 299, CA 309*.

³³³ K nutnosti rozšiřujícího pojetí skutkových podstat finanční asistence se přiklání Filip, V. *Otázky finanční asistence*, nepublikováno, vítězná práce soutěže studentských prací Allen & Overy, 2005.

této otázky úzce souvisí s vymezením paradigmat, která české soukromé právo zastává.

Z ekonomické perspektivy není především jasné, v čem spočívá rozdíl mezi poskytováním finanční asistence za účelem nabytí akcií poskytující společnosti a poskytováním finanční asistence, která tento účel nesleduje. Zákodárce tím konfrontuje kapitálové společnosti se situací, kdy je určitá část jednání vyvolávajících srovnatelné ekonomické následky, vyjmuta z kompetence řádného hospodáře a zakázána. Považujeme toto řešení za nesystémové.³³⁴ Jeho logika potom podle našeho názoru vrhá stín na celkovou smysluplnost plošného zákazu finanční asistence (viz níže).

Finanční asistence na nabývání vlastních akcií: zakázáno či dovoleno?

Ustanovení §161f/5 rozšiřuje věcný rozsah finanční asistence na komisionářské transakce. Nabývá-li tedy třetí osoba akcie vlastním jménem na účet společnosti, která je vydala nebo společnosti jí ovládané, uplatní se mimo omezení týkajících se nabývání vlastních akcií rovněž zákaz finanční asistence. Zmíněné ustanovení považujeme za problematické stran jeho umístění v zákoně i stran obsahu.

Za prvé není příliš jasné, zda se vztahuje jen na jednání ovládaných osob nebo na obchodní korporace obecně. Systematické zařazení svádí k prvně zmíněnému výkladu. Ustanovení §161f hovoří o ovládaných osobách a jeho cílem je zamezit obcházení omezení nabývání vlastních akcií a zákazu finanční asistence za pomocí koncernových uskupení.

Pro druhou variantu poměrně přesvědčivě hovoří logický a objektivně teleologický výklad. Z §161f/1 vyplývá, že na jednání ovládaných osob se vztahují pouze vybraná ustanovení o nabývání vlastních akcií. Platí-li toto pro přímé nabývání vlastních akcií ovládající společnosti ovládanou, neexistuje racionální důvod, proč by pro nabývání zprostředkované měl platit odlišný soubor pravidel. Obdobná logika by měla platit pro jednání osoby ovládané. Jinak by situace, kdy akcie nebo zatímní listy nabývá třetí osoba svým jménem na účet společnosti, která je vydala, nebylo možno

³³⁴ Shodně Havel, B., č. 318, str. 464-465

pokládat za nabývání vlastních akcií. Přikláníme se proto k druhé výkladové variantě.

Z obsahového hlediska považujeme za sporné rozšíření zákazu finanční asistence. Především pokládáme za nejasné, proč by financování nabytí akcií na účet financující společnosti mělo být považováno za asistenci, kterou společnost někomu (třetí osobě) poskytuje v souvislosti s nabýváním vlastních akcií. Komisionář nabývá akcie pro korporaci a jeho vlastnictví má proto dočasný charakter. Domníváme se, že ustanovení lze vyložit dvojím způsobem.

Za prvé, pokládá-li zákonodárce nabývání akcií třetím subjektem na účet společnosti za nepřímé nabývání vlastních akcií, lze konstatovat, že tím zakazuje společnosti poskytovat zajištění při nabýváním akcií (akcií ovládající společnosti).³³⁵ Tento výklad by potvrdil výše zmíněnou hypotézu o ztotožnění institutu finanční asistence s institutem nabýváním vlastních akcií. Za negativum tohoto řešení lze považovat především absenci ekonomického zdůvodnění.³³⁶ Připouští-li se, byť omezeně, nabývání vlastních akcií, není důvod zakazovat zajištění této transakce, a to ani kupujícím (jím ovládanými společnostmi). Přejde-li vlastnictví k akciím na společnost, kupní cenu bude nutné zaplatit v každém případě. Je nerozhodné, zda se tak stane přímou platbou nebo například realizací zástavy.

Za druhé lze odhadovat, že rozšíření zákazu má eliminovat případy, kdy k cílovému převodu akcií nedojde a pohledávka z finanční asistence se stane nedobytnou. Finanční situace asistující společnosti tak jistě bude dotčena, jak se však tato ztráta odlišuje od jiných, které společnost zaznamená v rámci běžného obchodování? Ať už platí kterýkoli výklad, máme za nepochybné, že zákaz nepřiměřeně omezuje smluvní svobodu korporací v rozporu s jejich ekonomickými zájmy (viz níže).

³³⁵ Otázkou poskytování záloh, půjček nebo úvěrů se není zapotřebí v tomto případě blíže zabývat. Dojde-li k převodu akcie na asistující společnost, bude se částka poskytnutá komisionáři považovat buď za kupní cenu, nebo dojde k zániku vzájemných pohledávek započtením. Začleníme-li do daného scénáře ovládanou společnost poskytující finance na komisi nabytí (a posléze převod) akcií ovládající společnosti, lze situaci vyřešit postoupením pohledávky z ovládané společnosti na ovládající, která následně provede započtení proti pohledávce komisionáře za převod předmětných akcií.

³³⁶ Srov. Stedman, G., Jones, J., *Can a Company Give Financial Assistance to Itself?*, *LS Gaz*, 1983, str. 2419.

Legální výjimky ze zákazu finanční asistence

V této souvislosti si zasluhuje pozornost již zmíněné ustanovení zakazující emisi akcií pod nominále nebo bez nominále (§163a/1). Uvedené ustanovení má zabraňovat vytváření fiktivního kapitálu a rozměňování hodnoty podílu existujících akcionářů. Zákon však připouští jeho prolomení v souvislosti se zvyšováním základního kapitálu. Při zvýšení základního kapitálu z vlastních zdrojů společnosti (§208 a násl.) se při zachování pravidel pro rozdělování kapitálu mezi akcionáře připouští tzv. kapitalizace vlastních zdrojů. Na zvýšení se mohou účastnit pouze a jen stávající akcionáři společnosti (srov. §209/1).

Kombinované zvýšení základního kapitálu představuje druhou výjimku. Jsou-li kótované akcie společnosti v příslušné době obchodovány za cenu nižší, než je jejich nominální hodnota, má společnost možnost rozhodnout o poměrném krytí rozdílu kapitalizací vlastních rozdělitelných zdrojů. Při zachování přednostního práva stávajících akcionářů se na této formě zvyšování základního kapitálu mohou podílet i vnější investoři.

Oba případy představují legální výjimku ze zákazu finanční asistence. Dále lze zákaz finanční asistence eliminovat rozdělením zisku mezi akcionáře za zákonem stanovených podmínek (§178).³³⁷ Výhodnost tohoto řešení závisí na počtu akcionářů ve společnosti po nabytí jejich akcií. Zisk je nutno rozdělovat rovnoměrně mezi akcionáře. Je-li proto účelem snížení nebo zánik závazku vzniklého akcionáři v souvislosti s nabytím akcií, může být transakce ekonomicky nevýhodná. Obdobné závěry platí pro snižování základního kapitálu.

Zákaz finanční asistence také nepokrývá situace, kdy k faktické akvizici společnosti dochází prostřednictvím nabývání jejího majetku a nikoli akcií. Korporacím se tudíž nezakazuje prodávat svůj majetek na úvěr, resp. s odloženou splatností kupní ceny. Je třeba upozornit zejména na daňové nevýhody zmíněného postupu.

³³⁷ Tento závěr se obecně přijímá i v zahraničí. Určité pochybnosti přetrvávají snad jen ve Francii. Podrobněji viz Wymeersch, E., č. 321, str.737.

Nakonec lze souhlasit se závěrem, že legální výjimku představují i fúze.³³⁸ Fúze je samostatným právním institutem vybaveným autonomním režimem ochrany korporačních věřitelů i akcionářů zanikající(ch) společností.³³⁹ Společnost, u níž by finanční asistence připadala v úvahu, v důsledku fúze zaniká. Rozšíření zákazu finanční asistence na fúze by proto bylo neslučitelné s gramatickým i objektivně teleologickým výkladem zákona. Pochybnosti stran legality rovněž nevyvolávají situace rozdělení společnosti, kdy se od společnosti odlučuje její část tak, aby vzrostla atraktivita společnosti pro plánovanou akvizici (tzv. *spin-off*).³⁴⁰

Ustanovení §161e za nedovolené poskytnutí finanční asistence nestanovuje sankci. Nezbyvá tedy než použít všeobecné ustanovení §39 občanského zákoníku stanovující absolutní neplatnost úkonů pro rozpor se zákonem nebo pro obcházení zákona.³⁴¹ Ačkoliv souhlasíme s názorem, který prezentoval Rychlý³⁴², že neplatnost může vyvolat jistou asymetrii ve vztazích mezi stranami, máme za to, že jiný výklad by v kontextu českého práva znamenal nedostatečné zavedení druhé směrnice.

Alternativou absolutní neplatnosti by byla odpovědnost členů představenstva společnosti poskytující finanční asistenci za škodu, která tím vznikne samotné společnosti, jejím akcionářům nebo věřitelům. To by znamenalo faktické povolení finanční asistence tam, kde by škoda nevznikla, tj. nedošlo-li by k ohrožení likvidity poskytující společnosti. Takové řešení lze kvitovat *de lege ferenda*, druhá směrnice jej ovšem nepřipouští. Lze namítnout, že způsob implementace směrnice včetně určení sankcí je doménou členských států. To je nesporné, avšak stanovené sankce musí být způsobilé přispět k dosažení cílů předpokládaných komunitárním právem, tj. musí být efektivní, přiměřené a dostatečně odrazující.³⁴³ Navíc, zakazuje-li se finanční asistence ve formě zajištění výslovně, bude dobrá víra kterékoli ze zúčastněných stran vyloučena.

³³⁸ Rychlý, T., č. 322, str.143-144.

³³⁹ Jde především o ustanovení upravující výměnný poměr akcií, zajištění pohledávek existujících věřitelů, právo na dorovnání, doplatek na dorovnání a dále obecné právo na náhradu škody vzniklé v důsledku fúze.

³⁴⁰ Pettet, B.G. *Developments in the Law of Financial Assistance for the Purchase of Shares*, *JBIL*, 3/1988, str.100.

³⁴¹ Shodně Pelikánová, I., č. 229, str. 263.

³⁴² Rychlý, T., č. 322, str.142.

³⁴³ Case 14/83, Von Colson and Kamann / Land Nordrhein-Westfalen (Rec.1984,p.1891).

Za zmínku stojí, že současné anglické právo považuje nedovolenou finanční asistenci za trestný čin a kromě absolutní neplatnosti počítá i s pokutou nebo uvězněním členů představenstva společnosti.³⁴⁴ Paradoxní je, že pokuta může být uložena i společnosti, která finanční asistenci poskytla.³⁴⁵ V návrhu změny této části britského práva se sankce absolutní neplatnosti vypouští, nicméně ostatní se mají zachovat.³⁴⁶

Vztahuje se zákaz finanční asistence na banky?

Danou problematikou se zabývá ustanovení §18/3 bankovního zákona³⁴⁷ stanovující, že „*Ustanovení obchodního zákoníku o konfliktu zájmů upravující poskytování úvěrů, půjček a zajištění závazků akciovou společností se pro banky nepoužije*“. Která ustanovení se tím myslí, zákon neuvádí. Marginální rubrika sice obsahuje odkaz na §§161e, 161f a 196a obchodního zákoníku, avšak tato legislativní pomůcka je toliko orientační.

Není tedy na první pohled jasné, zda se jím eliminuje zákaz finanční asistence ve smyslu obchodního zákoníku. Vycházíme-li z doslovného znění, potom je nutné konstatovat, že zákonodárce považuje za *jediný* účel zákazu finanční asistence zamezení vzniku konfliktu zájmů. Připustíme-li opačný závěr, lze mít za to, že ustanovení §18/3 se na §§161e, 161f obchodního zákoníku nevztahuje buď vůbec, anebo toliko s ohledem na situace, v nichž může vyvstat konflikt zájmů.

První výkladovou možností je zapotřebí odmítnout, neboť smysl zákazu finanční asistence se soustředí do více oblastí (viz níže).

Předmětem zmíněného ustanovení je právě zamezení vzniku konfliktu zájmů u taxativně vymezených subjektů (srov. §19 bankovního zákona). Systematický i gramatický výklad ustanovení §18 tak sugeruje závěr, že

³⁴⁴ Srov. *The Companies Act 1985, section 151*.

³⁴⁵ Ibid. Společnost se přitom řadí mezi okruh osob, které má zákaz finanční asistence chránit. Jednání, které se zakazuje z důvodu ochrany korporálního kapitálu, se tedy sankcionuje pokutou, která vede ke snížení čistého majetku chráněného subjektu. Blíže k civilním sankcím za porušení zákazu viz Davies, P.L. (ed.) *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 7th edition, London, 2003, str.270-273.

³⁴⁶ Srov. *Company Law Reform Bill, section H18, 151A*. Dostupné na <http://www.dti.gov.uk/cld/16.pdf>

³⁴⁷ Zákon č. 21/1992 Sb., o bankách. Ustanovení §18/3 bylo do zákona vloženo zákonem č.165/1998 s účinností k 31.8.1998.

výjimka se vztahuje toliko na situace, v nichž hrozí konflikt zájmu. S ohledem na zákaz finanční asistence by tak šlo o případy, kdy by příjemcem asistence byla některá z osob definovaná v ustanovení §19 bankovního zákona. Použití argumentu *a fortiori* by dále svádělo ke stanovisku, že si lze stěží představit situaci, kdy se ze zákazu vyjímají toliko případy konfliktu zájmů, které jsou podle našeho názoru nejrizikovějšími případy finanční asistence³⁴⁸ a obecný zákaz zůstává nedotčen.

Zmíněné výkladové varianty považujeme za neobhájitelné. Výklad rozšiřující danou výjimku i na ostatní případy finanční asistence, by nebyl myslitelný, neboť druhá direktiva umožňuje eliminaci zákazu toliko pro transakce prováděné v rámci běžného obchodního styku. Zmíněné ustanovení bankovního zákona tuto podmínku splňuje pouze a jen s ohledem na osoby, u nichž hrozí konflikt zájmů (srov. §18/1 bankovního zákona). Rozšiřující výklad by proto nebyl slučitelný s dikcí druhé směrnice.

Závěr o přípustnosti poskytnutí finanční asistence osobám uvedeným v §19 selhává ve světle kvalifikujícího ustanovení §18/1 bankovního zákona. Podle tohoto ustanovení banka nesmí s osobami, které k ní mají zvláštní vztah (§19) uzavírat obchody, které by vzhledem ke své *povaze* či účelu nebyly provedeny s ostatními klienty. Opět se tedy uplatní obecný zákaz finanční asistence, který nemohl být ustanovením §18/3 eliminován.

Na základě uvedených argumentů lze dospět k závěru, že ustanovení §18 bankovního zákona se vztahuje toliko na situace konfliktu zájmů, které jinak upravuje především §196a obchodního zákoníku. Tento závěr podporuje i příslušná důvodová zpráva k danému ustanovení.³⁴⁹ Zákaz finanční asistence se proto na banky vztahuje. Vzhledem k tomu, že většina členských států upravuje výjimku pro finanční instituce, máme dané řešení za nešťastné.

³⁴⁸ Jedná se zejména o situaci, kdy je příjemcem finanční asistence člen představenstva nebo dozorčí rady společnosti.

³⁴⁹ Uvádí se v ní, že „Zákon vyloučí ustanovení obchodního zákoníku upravující poskytování úvěrů, půjček a záruk akciovou společností z aplikace na banky. Jinak by o každém takovém obchodě musela rozhodovat valná hromada.“ Souhlas valné hromady se vyžaduje právě pro obchody uzavírané v intencích §196a. Finanční asistence je naopak zakázána.

2.4 Důvody zákazu finanční asistence

Současný zákaz finanční asistence má kořeny v britském právu a částečně italském právu.³⁵⁰ S ohledem na současné postavení tohoto institutu v systému práva lze za použití komparativní metody abstrahovat tři hlavní cíle zákazu finanční asistence.

Zákaz finanční asistence jako součást doktríny zachování základního kapitálu

Za prvé, zákaz finanční asistence se považuje za součást právní úpravy udržování (zachování) základního kapitálu. Tvoří tak součást mechanismů, které mají zabránit erozi základního kapitálu a snížit krytí společnosti před platební neschopností.³⁵¹ Primárně chráněnou skupinou subjektů jsou zde korporační věřitelé.³⁵²

Toto zdůvodnění je založeno na pojmovém ztotožnění finanční asistence s nabýváním vlastních akcií. Zákaz v této rovině směřuje proti *nepřímému* rozdělování kapitálu společnosti. Základním argumentem je tvrzení, že finanční asistence má za následek snížení majetku společnosti. Uvádí se také, že vede k tvorbě fiktivního základního kapitálu, neboť částka poskytnutá jako protiplnění za nabývané akcie pochází alespoň částečně z majetku společnosti.³⁵³

Považujeme tyto závěry za nepodložené. Z účetního hlediska je důsledek poskytnutí například půjčky za účelem nabytí akcií třetí osobou odlišný od nabytí vlastních akcií společností. Finanční asistence formou úvěru, půjčky, zajištění či slibu odškodnění nevyvolává přímé snížení majetku společnosti. Jde toliko o nahrazení jedné účetní položky majetku jinou. Otázka případného ohrožení kapitálu společnosti je tak otázkou důvěryhodnosti

³⁵⁰ Fleischer, H. *Finanzielle Unterstuetzung des Aktienerwerbs und Leveraged Buyout*, Aktiengesellschaft, 1996, str. 494.

³⁵¹ Podrobněji k této problematice viz Chobola, T. *Evropské právo ochrany korporálních věřitelů – charakteristika návrhu na změnu druhé směrnice ES*, Právník 7/2006, v tisku.

³⁵² K tomuto závěru vede i systematika druhé směrnice včetně cílů vyjádřených v preambuli.

³⁵³ Jde o klasické zdůvodnění zákazu finanční asistence v rámci britského práva. Srov. zejména argumentaci Lorda Denninga in *re Wallersteiner v Moir*, 1974, 3 All E.R., 239.

osoby, které se finanční asistence poskytuje.³⁵⁴ Z hlediska skutečného významu prováděné operace pak nemůže ohrozit finanční situaci společnost okolnost, že dochází k nabytí jejích akcií třetí osobou. Je třeba zopakovat, že zdrojem ohrožení solvence společnosti je samotná půjčka, úvěr, resp. zajištění. Jelikož se relevantní souvislost s nabýváním akcií společnosti vytrácí, lze se oprávněně ptát, kde spočívá rozdíl mezi běžným úvěrem a úvěrem na nabytí akcií společnosti.

Obecné pojetí finanční asistence nepředpokládá konečné nabytí akcií osobou, která je vydala. Ztotožňování finanční asistence s nabýváním vlastních akcií proto odhaluje, že zákonodárce *a priori* považuje nabyvatele za fiktivního vlastníka, který jedná plně v souladu s pokyny dané společností. Sleduje se tak zamezení obcházení limitu pro nabývání vlastních akcií.³⁵⁵ Třeba konstatovat, že zákonodárce touto optikou dává najevo, že je mu vlastní spíše restriktivní pojetí soukromého práva.

Zákaz finanční asistence a konflikt zájmů

Za druhé se zákazem finanční asistence sleduje zamezení vzniku konfliktu zájmů. Zákaz tak má pokrývat situaci, kdy představenstvo společnosti používá její zdroje k (vlastním) soukromým účelům. Primárně chráněnou skupinou subjektů je zde společnost a její akcionáři, zejména minoritní.³⁵⁶

Lze zmínit vícero situací, kde bude konflikt zájmů zvlášť patrný. Předně jde o případy, kdy představenstvo společnosti zamýšlí rozhodnout o použití finanční asistence k vytvoření spřízněné skupiny akcionářů a upevnit tak své postavení. To by mohlo mít závažně ovlivnit postavení společnosti na trhu korporační kontroly.³⁵⁷ Obdobné následky v podobě odvrácení nepřátelské nabídky převzetí by mohlo mít použití zdrojů společnosti za účelem nabývání akcií samotnými členy představenstva.³⁵⁸ Využívání zdrojů

³⁵⁴ Shodně Ferran, E., č. 346, str.373-374.

³⁵⁵ Srov. Wymeersch, E., č. 321, str.741.

³⁵⁶ To v případě, že majoritní akcionář zároveň efektivně kontroluje představenstvo.

³⁵⁷ k tomu obecně Bebchuk, Lucian Arye, Coates IV, John C. and Subramanian, Guhan, "The Powerful Antitakeover Force of Staggered Boards: Theory, Evidence, and Policy" . Stanford Law Review, Vol. 54, pp. 887-951, 2002 <http://ssrn.com/abstract=304388>

³⁵⁸ K tomuto závěru dochází i britská judikatura in *re Trevor v. Whitworth*, 1887, 12 App Cas 409, HL.

společnosti pro nabývání akcií členy představenstva, rozhodují-li o něm sami tito členové, lze považovat za sporné i z obecného pohledu.

Máme však za to, že zmíněná jednání jsou již postižena jak speciálními pravidly pro konflikt zájmů (srov. §196a), tak i obecným vymezením povinnosti jednat při vedení společnosti s péčí řádného hospodáře. Plošným zákazem finanční asistence se tak zákonodárce pouští do upřesnění, resp. redukce pojmu péče řádného hospodáře.³⁵⁹ Zákaz finanční asistence v tomto kontextu tvoří součást mechanismu řešení tzv. problému zmocnění (*agency problems*)³⁶⁰ Tento problém však vzniká pouze tehdy, dochází-li k poškození zájmů některého subjektu v souvislosti s jednáním obchodní korporace. Považuje proto za vhodnější ponechat řešení tohoto problému na pravidlech obecně vymezujících povinnost jednat s péčí řádného hospodáře. Plošný zákaz finanční asistence považujeme za nesystémový a zbytečný i z této perspektivy.

Zákaz finanční asistence jako nástroj regulace kapitálových trhů

Za třetí směřuje zákaz finanční asistence proti umělé manipulaci s tržní cenou akcií společnosti. Primárně chráněnou skupinou subjektů jsou zde opět samotná společnost a její akcionáři. Lze si představit dvě základní situace, kdy je tento účel relevantní. Obě představují strategie, které by jinak bylo možno použít za účelem ovlivnění průběhu akvizice.

Prvním scénářem je případ akvizice, kdy protiplnění mají představovat akcie navrhovatele. Navrhovatel bude logicky usilovat o zatraktivnění své nabídky a poskytnutí finanční asistence by mohlo vést k dočasnému zvýšení tržní ceny jeho akcií.³⁶¹ Ve druhém případě půjde o manipulaci s cenou akcií cílové společnosti. Poskytnutí finanční asistence by mohlo směřovat k dočasnému zvýšení ceny akcií a tím k frustraci nabídky převzetí.

Jsme přesvědčeni, že zmíněné situace představují legitimní zdůvodnění

³⁵⁹ Srov. Havel, B., č. 318, str.464-465.

³⁶⁰ K tomu blíže např. Hansmann, Henry and Kraakman, Reinier H., "Agency Problems and Legal Strategies" . The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach, R. Kraakman, P. Davies, H. Hansmann, G. Hertig, K. Hopt, H. Kanda, and E. Rock, Oxford University Press, pp. 21-31, 2004 <http://ssrn.com/abstract=616003>

³⁶¹ Srov. Ferran, E., č. 346, str.373.

zákazu finanční asistence. Jejich platnost je ale omezena na operace na kapitálových trzích, a proto považujeme jejich úpravu v korporacním právu za nepřipadnou.³⁶² Manipulace s tržní cenou akcií se navíc i v rovině komunitárního práva upravena směrnicí o zneužívání trhu³⁶³ a v českém právu přímo zákonem o podnikání na kapitálových trzích.

K problematice poskytování finanční asistence a korporacních akvizic se vyjadřuje podrobně Rychlý, který podle našeho názoru správně upozorňuje na to, že zákaz vede ke snížení přístupnosti akvizičních úvěrů.³⁶⁴ Zákaz finanční asistence v kombinaci s výše popsány pravidly pro jednání společnosti s vlastními akcionáři pak zamezují též post-akvizičnímu financování nebo zajišťování závazků nabyvatele. Má se tak zamezit nepříznivým důsledkům transakcí, které se označují jako tzv. *management buy-ins* (MBI), tj. převzetí financované cizím kapitálem, které vede ke změně představenstva cílové společnosti a následnému uhrazení nákladů akvizice z jejích zdrojů. Přebírající společnosti bývá obvykle holdingová společnost, která nedisponuje žádným samostatným majetkem.³⁶⁵ Pro zajímavost zmiňujeme, že kupříkladu v Itálii jsou tyto některé formy post-akvizičního financování závazků spojených s převzetím cílovou společností připuštěny v závislosti na tom, zda se jimi sleduje poctivý obchodní záměr či toliko vytěžení zdrojů cílové společnosti. I toto pozorování potvrzuje závěr, že konečným měřítkem pro uvedené transakce je splnění péče řádného hospodáře se zřetelem na zájmy dané společnosti, jejích akcionářů a věřitelů.

2.5 Vymezení základních principů budoucí úpravy finanční asistence

Provedený rozbor vytváří prostor pro definici principů, z nichž by budoucí úprava finanční asistence mohla vycházet. Východiskem je zrušení plošného zákazu finanční asistence. Dále je zapotřebí mít na zřeteli všechny skupiny

³⁶² Shodně Wymeersch, E., č. 321, str. 745.

³⁶³ Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse)

³⁶⁴ Rychlý, T., č. 322, str. 142.

³⁶⁵ Srov. Paul, R.M., Whitefoord, Ch.A.A. *All Buyouts Are Not the Same: It Can Be Different in England*, *Business Law Today*, 3-4/2000. Dostupné na <http://www.abanet.org/buslaw/blt/blt00mar-buyout.html>

subjektů, jejichž práva by v důsledku poskytnutí finanční asistence mohla být nepříznivě dotčena. Jak jsme uvedli, jedná se o samotnou obchodní společnost, její akcionáře a věřitele. Budoucí úprava finanční asistence nesmí snížit úroveň ochrany poskytovanou těmto subjektům.

Především je tudíž nezbytné omezit riziko plynoucí z případné nedobytnosti pohledávky z finanční asistence. To lze zajistit zásadně dvojím způsobem. Za prvé bude třeba prověřovat bonitu nabyvatele akcií. Za druhé je nutno minimalizovat možnost, že poskytnutí finanční asistence nepříznivě ovlivní krátkodobou platební schopnost dané společnosti. K dosažení tohoto cíle lze přispět uložením povinnosti, aby společnost poskytující finanční asistenci musela na základě pečlivé analýzy finančních toků doložit, že si v rozumně předvídatelné budoucnosti zachová platební schopnost (solventnost).

Se zřetelem na zajištění ochrany akcionářům společnosti považujeme za rozumné uvažovat o stanovení povinnosti odsouhlasení finanční asistence valnou hromadou společnosti. Soudíme nicméně, že by bylo namístě připustit, aby tento orgán měl možnost udělit představenstvu pověření poskytovat finanční asistenci do určité výše a ve vymezeném období. Právo minoritních akcionářů napadnout buď příslušná usnesení valné hromady, nebo platnost prohlášení o solventnosti by zůstalo v každém případě nedotčeno.

Právní úprava konfliktu zájmů by se v obecné rovině měla zachovat s tím, že by zůstala úpravou speciální. Tudíž, měla-li by společnost poskytnout finanční asistenci některému z členů vlastního představenstva, vyžadoval by se souhlas valné hromady vždy.

2.6 Reforma zákazu finanční asistence v komunitárním právu

Připravovaná reforma evropského korporálního práva v podobě změny druhé směrnice s uvolněním zákazu finanční asistence počítá.³⁶⁶ Návrh je

³⁶⁶

Návrh je dostupný na http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/docs/capital/2004-proposal/proposal_en.pdf K charakteristice návrhu viz Chobola, T. *Evropské právo ochrany korporálních věřitelů. Charakteristika návrhu na změnu druhé směrnice práva ES*, v tisku.

laděn poměrně restriktivně a představuje toliko první krok na cestě k obsáhlejší reformě právní úpravy korporálního kapitálu. Cílem návrhu zvýšení efektivity a konkurenceschopnosti evropských podniků za současného zachování stávající úrovně ochrany zájmů společnosti, jejích akcionářů a věřitelů. V zásadě se tedy návrh shoduje s tím, co považujeme za základní principy budoucí úpravy finanční asistence. Hlavní pozornost se soustřeďuje na eliminaci rizika ohrožení finanční situace společnosti poskytující asistenci.

Především by v důsledku poskytnutí finanční asistence nesmělo dojít ke snížení čistého obchodního majetku (vlastního kapitálu) společnosti pod úroveň stanovenou pro rozdělování kapitálu mezi akcionáře (srov. §178/2 ObchZ). Za druhé se transakce musí uskutečnit za poctivých tržních podmínek a společnost musí zkoumat bonitu příjemce. Za třetí se navrhuje uložit společnosti povinnost vydat prohlášení o tom, že si po dobu *pěti* let od poskytnutí finanční asistence zachová platební schopnosti. Test solventnosti by se prováděl důslednou analýzou předpokládaných finančních toků založenou na informacích dostupných v době schvalování poskytnutí finanční asistence a za jeho důvěryhodnost by odpovídali členové představenstva společnosti.³⁶⁷

Domníváme se, že navrhovaný mechanismus ochrany před likvidačními následky poskytnutí finanční asistence je příliš omezující. Za prvé, neztotožňujeme se s názorem autorů návrhu, že by bylo zapotřebí podrobit finanční asistenci přísnějším pravidlům ve srovnání s ostatními případy rozdělování korporálního kapitálu (výplata dividend, nabývání vlastních akcií). Jak jsme se pokusili ilustrovat výše, finanční asistence má svá rizika, avšak nemusí nezbytně vést ke snížení majetku společnosti.

Za druhé bychom si dovolili navrhnout důkladné zvážení opodstatněnosti délky období, na něž by se měl vztahovat zmíněný test solventnosti. Pět let považujeme za nepřiměřeně dlouhou dobu. Soudíme, že je snad možné ospravedlnit zpřísněné požadavky pro situace tzv. *leveraged buy-outs*, tj. akvizicí financovaných z vypůjčeného kapitálu, který je následně splacen z prostředků převzaté společnosti. Stěží lze ale tento požadavek

³⁶⁷ Návrh na změnu druhé směrnice, čl.1/4.

konfrontovat s ekonomickou realitou běžných případů poskytnutí finanční asistence. Jejich finanční dopad na společnost bude obvykle mít kratší trvání. V každém případě máme za to, že požadavek vydat důvěryhodné prohlášení o tom, že korporace zůstane solventní po dobu pěti let, by byl velice obtížně splnitelný. Jeho zavedení by proto mohlo mít nezanedbatelný odrazující efekt, což by podvázalo praktickou účinnost připravovaného návrhu.

Přesto se domníváme, že zavedení *určité* podoby testu solventnosti by bylo s to zaručit výrazně vyšší úroveň ochrany korporačních věřitelů. Souhlasíme rovněž s tím, že tento test by měl spočívat na komplexním posouzení finanční situace dané společnosti v době rozhodování o poskytnutí finanční asistence a na rozumné předpovědi dopadu na platební schopnost společnosti v přiměřeném období poté (např. *jeden rok*).

Ve střednědobém horizontu lze uvažovat o zrušení současných pravidel pro tvorbu a rozdělování základního kapitálu společností. Alternativou je jejich nahrazení výše uvedeným testem platební schopnosti. Podmínky pro výplatu dividend, nabývání vlastních akcií a poskytování finanční asistence by se tak sjednotily v tom, že žádná z operací by nesměla mít nepříznivý dopad na krátkodobou solventnost společnosti.

Příznivý dopad uvažovaných změn by spočíval také v tom, že by se dispozice s majetkem obchodní korporace vrátily do kompetence řádného hospodáře. To by mělo zajistit vyšší flexibilitu společností při organizaci vlastní kapitálové skladby. Otevřelo by to též cestu k využívání těchto nástrojů za účelem uskutečňování různých tržních taktik. Ochranu před zneužívajícím jednáním vedení společnosti by mělo zajistit důsledné vymezení pravidel pro konflikt zájmů, odpovědnosti členů vedení za škodu včetně úpravy jejich diskvalifikace za způsobení úpadku společnosti.

Zakotvení obecně formulovaného požadavku solventnosti, principu řádného hospodáře, obecné definice střetu zájmů a odpovědnosti vedení společnosti za škodu způsobenou protiprávním jednáním by se mohlo stát základem a předlohou pro budoucí podobu redukované harmonizace korporátního práva ES.

Máme za to, že harmonizace v této oblasti by měla být minimální, tj.

omezena na stanovení nejdůležitějších principů na úkor konkrétních pravidel. Zbývající část korporátního práva by měla zůstat doménou národních států. Svoboda volného pohybu společností, princip svobody vůle při určení rozhodného práva a nedělitelnosti rozhodného práva by měly přispívat k nastartování volné soutěže právních řádů a značně přispět ke zvýšení konkurenceschopnosti evropských společností.

2.7 Finanční asistence dle směrnice 2006/68/EC

Přínos Směrnice 2006/68/EC lze spatřovat v tom, že umožňuje členským státům odstranit obecný zákaz finanční asistence, přičemž však stanoví podmínky, které je třeba nadále respektovat.

Představenstvo společnosti poskytující finanční asistenci musí zajistit, že se daná transakce uskuteční za obvyklých tržních podmínek. Splnění této podmínky bude posuzováno především ve vztahu k sjednaným úrokovým sazbám a druhu jistoty poskytované příjemcem, přičemž významnou roli sehraje rovněž úvěrová bonita příjemce finanční asistence.

Rizika negativních ekonomických dopadů finanční asistence jsou dále adresována zakotvením pravidla, že v důsledku finanční asistence nesmí dojít k poklesu čistého obchodního majetku předmětné společnosti pod úroveň stanovenou pro rozdělování kapitálu mezi akcionáře.³⁶⁸

Směrnice dále svěřuje rozhodnutí o poskytnutí finanční asistence do výlučné působnosti valné hromady a stanoví požadavek souhlasu alespoň dvou-třetin všech akcionářů příslušné společnosti. Ochranná opatření jsou dále umocněna tím, že se představenstvu dané společnosti ukládá povinnost připravit speciální zprávu vysvětlující důvody pro navrhované poskytnutí finanční asistence a její předpokládané dopady na společnost včetně rizik, která z této operace vyplynou pro likviditu a solventnost dané společnosti.

Závěr

Ústředním tématem této práce byla otázka, zda má harmonizace evropského práva v diskutované oblasti potenciál zajistit více pozitiv než

³⁶⁸ Částka odpovídající poskytnuté finanční asistenci musí být vykázána na straně pasiv coby nerozdělitelná finanční rezerva.

volná soutěž národních právních řádů.

První část práce se týkala vývoje evropského práva v oblasti přeshraničního přesídlování společností. V této části jsme dokazovali, že se ESD aktivně podílí na odstraňování překážek svobodného pohybu společností a na prosazování autonomie vůle při výběru rozhodného práva společností. Konstatovali jsme, že tento trend vytváří prostor pro nastartování svobodné soutěže právních řádů v oblasti práva společností. Tuto tendenci schvalujeme a nedomníváme se, že v důsledku liberalizace v oblasti volného pohybu společností by hrozila eroze dosažené úrovně ochrany minoritních akcionářů, korporáčních věřitelů nebo zaměstnanců. Máme za to, že imperativ regulace není v této oblasti nezbytný a že naopak může omezit konkurenceschopnost evropských společností. Důkazem toho je harmonizace korporátního práva provedená druhou směrnicí práva ES, které se věnovala druhá část.

V druhé části jsme předložili důkazy o tom, že harmonizační úsilí v oblasti tvorby, zachování a rozdělování kapitálu akciových společností nevedlo a nevede k naplnění deklarovaných cílů. Provedli jsme proto kritický rozbor druhé směrnice s důrazem na specifickou otázku zákazu finanční asistence. Poukazovali jsme zejména na legislativní nedomyšlenost, obsahovou nedostatečnost a zejména ekonomickou nevýhodnost předmětného regulatorního nástroje. Dospěli jsme k závěru, že harmonizace v této oblasti má za následek snížení konkurenceschopnosti evropských společností tím, že zejména zvyšuje náklady a snižuje flexibilitu těchto společností. Praktická ilustrace diskutované problematiky měla dokázat, že harmonizační úsilí by se mělo řídit principem přiměřenosti a ustoupit principu volné soutěže prvních řádů tam, kde je to ekonomicky opodstatněné. Rozvolňování rigidní právní úpravy by dle našeho názoru mělo jít ruku v ruce s dalším vývojem svobody usazování společností v EU.

Seznam použité literatury:

Knihy:

Bar, C., Internationales Privatrecht, C.H.Beck, Muenchen, vol.II, 1991

Baums, T., Hopt, K.J., Horn, N. (eds.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, Liber Amicorum Richard M. Buxbaum, 2000

Boyle&Birds', Company law, 5th edition, Jordan, 2004

Portale, C., Trattato delle societa par azioni, svazek 9, Turin, 1993

Cozian, M., Viandier, A., Droit des Societes, 10. vydání, Litec 1997

Craig, P., De Burca, G., EU Law: Text, Case and Materials, Third Edition, Oxford University Press, 2003

Davies, P.L., Gower's Principles of Modern Company Law, 6th edition, 1997

Dicey/Morris, On the Conflict of Laws, (gen.ed. Collins, L.), London, Stevens and Sons Ltd., 1987

Edwards, V., EC Company Law, Clarendon Press, Oxford, 1999

Easterbrook, F.H., Fischel, D.R. *The Economic Structure of Corporate Law*, Boston, 1991

Eisenberg, M., Corporations and Other Business Organizations, 8. vydání, 2000

Eyles, U., Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europaeischen Gemeinschaft, Nomos, Baden-Baden, 1990

Farmer, P., Lyal, R., EC Tax Law, Oxford University Press, 1994

Ferran, E., Company Law and Corporate Finance, Oxford, 1999

Grabitz, E., Hilf, M., Kommentar zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und zum Vertrag über die Europäische Union, Band II, Loseblatt, München, Stand: Ergänzungslieferung Oktober 1995

Grasmann, G., System des Internationalen Gesellschaftsrechts. Aussehn- und Innenstatut der Gesellschaften im Internationalen Privatrecht, Verlag neue Wirtschaftsbriefe, Herne/Berlin, 1970

Goldman, B., European Commercial Law, Stevens&Sons/Matthew Bender, 1973, 2nd edition

Goldman, B., *European Commercial Law*, Stevens & Sons/Matthew Bender, 1973, 2nd edition

Hocking, B., Smith, M., *World Politics. An Introduction to International Relations*, second edition, Prentice Hall, Harvester Wheatsheaf, 1995

Hopt, K.J., Wymeersch, E. (eds.) *Capital Markets and Company Law*, Oxford, 2003

Jayme/Hausmann, *Textausgabe Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, Beck; Sartorius II, Loseblatt, 11. vydání, 2002

Juenger, F.K., *Choice of Law and Multistate Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London

Kroppholler, L., *Internationales Privatrecht*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1997

Kučera, Z., *Mezinárodní právo soukromé, Doplněk*, 4. vydání, 2000

Kuebler, F., *Gesellschaftsrecht*, 4. vydání, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1994

Leflar, R.A., *American Conflict of Law*, 3rd edition (Indianapolis, New York, Charlottesville), 1977

Manning, B., Hanks, J., *Legal Capital*, 3rd edition, New York, 1990

Mayer, P., *Droit International Prive*, šesté vydání, Montchrestien, 1998

North, P., Fawcett, J.J., *Cheshire and North's Private International Law*, Thirteenth edition, London, 1999

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

Pelikánová, I., *Komentář k obchodnímu zákoníku*, 1. část, 3. aktualizované a doplněné vydání podle právního stavu k 1.4.2003, Linde Praha, a.s., 2003

Pelikánová, I. *Komentář k obchodnímu zákoníku*, ASPI Publishing, 2004.

Peruzzeto, S., *Evropské právo a podnik*, Linde Praha 2003

Presser, S.B., *Piercing the Corporate Veil*, Clark Boardman Callaghan, 1994

Raban, P., *Obchodní zákoník*, 3. doplněné vydání, EUROUNION Praha s.r.o., Praha, 2003

- Rabel, E., *the Conflict of Laws. A Comparative Study II*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1960
- Rammello, S., *Corporations in Private International Law. A European Perspective*, Oxford University Press, 2001
- Rickford, J. (ed.): *Reforming Capital, Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance*
- Ross/Westerfield/Jeffe, *Corporate Finance*, 6th edition, Boston, 2002
- Roth, W.H., *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, Tuebingen, Mohr, 1985
- Savigny, Von, F., *Treatise on the Conflict of Laws*, W.Guthrie trans. 2nd. Ed., 1880
- Schmidt, K., *Gesellschaftsrecht, Vierte Bearbeitung*, Heymanns, 2002
- Schwarz, *Europaeisches Gesellschaftsrecht*, Baden-Baden: Nomos-Verlag-Gesellschaft, 2000
- Sealy, L.S., *Company Law and Commercial Reality*, Sweet and Maxwell, London, 1984
- Staudingers *Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch, mit Einfuehrungsgesetz zum Buergerlichen Gesetzbuch*, Berlin : Sellier-de Gruyter, 1998.
- Stern, J.M., Chew, D.H., (eds.) *The Revolution in Corporate Finance, 4th Edition*, Blackwell, 2003
- Stone, P., *The Conflict of Laws*, Pearson Higher Education, 1995
- Stuna S. a kol., *Komentář k obchodnímu zákoníku*, TRIZONIA, Praha 1992
- Štenglová/Plíva/Tomsa a kolektiv, *Obchodní zákoník, Komentář*, C.H.Beck, 8.vydání, 2003
- Terra, B.J.M., Wattel, P.J., *European Tax Law*, Deventer, Kluwer Law and Taxation, 1993
- Tichý, L. a kol., *Dokumenty ke studiu evropského práva*, Karolinum Praha 1996
- Trenting, C.A., (ed.), *Corporate Law. The European Dimension* (Butterwords, London/Dublin/Edinburgh/Munich, 1991

Troberg, P., in: Groeben, von der, H., Thiesing, J., Ehlermann, C.D., Kommentar zum EGW-Vertrag, Fuenfte neubearbeite Auflage, Baden-Baden, 1997

Týč, V., Základy Práva Evropské unie pro ekonomy, Linde Praha, 2001

Vlas, P., Rechtspersonen, Kluwer Law International, Deventer, 1999

Walden, D., Das Kollisionsrecht der Personengesellschaften im deutschen, europaischen und US-amerikanischen Recht, Nomos, 2001

Warendorf, H.C.S./ Thomas, R.L., Companies and Other Legal Persons under Netherlands Antilles Law, loose leaf edition, Deventer, 1998

Weatherill, S., Cases and Materials on EU Law, Sixth edition, Oxford University Press, 2003

Wouters, J., Schneider, H., Current Issues of Cross-Border Establishment of Companies in the European Union, 1995, University of Antwerpen
Ziegel, J.S., (ed.) *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*

Články:

Andersen, K., Sorensen, E., Free Movement of Companies from Nordic Perspective, MJ, 1999

Armour, J., Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law, *Modern Law Review*, 63, 2000

Baker, M., Wurgler, J., Market Timing and Capital Structure, *Journal of Finance*, 62, 2002

Barnard, C., Social Dumping and the Race to the Bottom: Some Lessons for the European Union from Delaware?, *European Law Review*, 57, 58 (2000)

Batiffol, H., Lagarde, P., *Traite de droit international prive, Librairie generale de droit et de jurisprudence*, Paris, 1993

Bebchuk, L.A., Kahan, M., Fairness Opinions: How Fair They Are and What Can Be Done About It?, *Duke Law Journal*, 27, 1989

Bebchuk, L.A., Roe, M., A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance, *Stanford Law Review*, 1999, 52

Behrens, P., Reaktionen mitgliedstaatlicher Gerichte auf das Centros-Urteil des EuGH, *IPRax*, 2000

- Behrens, P., International Company Law in View of the Centros Decision of the ECJ, *European Business Organization's Law Review*, 1/2000
- Behrens, P., Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH, *IPRax*, 1999
- Behrens, P., Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften in der EWG, *IPRax*, 1989
- Behrens, P., Niederlassungsrecht und Internationales Gesellschaftsrecht, *RabelsZ*, 1988
- Behrens, P., Identitätswahrende Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft von Luxemburg in die Bundesrepublik Deutschland, *RIW*, 1986
- Berry, A.J. et al, Financial Information, the Banker and the Small Business, *British Accounting Review*, 25, 1993
- Binge, Ch., Thielke, U., „Everything goes!“ – Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht nach Inspire Art, *DnotZ*, 1/2004
- Bříza, P. *SEVIC Systems AG: přeshraniční fúze spadají do režimu svobody usazování dle čl. 43 SES*, *Jurisprudence* 1/2006
- Bříza, P. Svoboda usazování v Evropské unii optikou vybraných rozsudků ESD, *Jurisprudence* 2/2006
- Carney, W.J., The Political economy of Competition for Corporate Charters, in: Wouters, J., Schneider, H. (1995)
- Cary, W.L., Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware, *Yale Law Journal*, 83/1974
- Charny, D., Competition among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective of the „Race to the Bottom“ in the European Communities, *Harvard International Law Journal*, 32, 1991
- Chobola, T. *Evropské právo ochrany korporáčních věřitelů: Charakteristika návrhu na změnu druhé směrnice práva ES*, *Právník*, v tisku.
- Chobola, T. *Právní otázky finanční asistence kapitálových společností*, *Právní rozhledy*, 23/2005.
- Cerioni, L., The European Community: A re-reading of the case law, *Journal of Business Law*, 1/1999
- Clarke, M.G., The Conflict of Laws Dimension, in: A.Celia Treuting (ed.), *Corporate Law. The European Dimension* (Butterwords, London/Dublin/Edinburgh/Munich, 1991

Coffee, J.C., The Future of Corporate Federalism: State Competition and the New Trend Toward De Facto Federal Minimum Standards, *Cardozo Law Review*, 8/1987

Daniele, L., Non-Discriminatory Restrictions to the Free Movement of Persons, *European Law Review*, 22/1997

Daniels, R.J., Must Boards Go Overboard? An Economic Analysis of the Effects of Burgeoning Statutory Liability on the Role of Directors in Corporate Governance, pp.547-557, in: Ziegel, J.S., (ed.), *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*

De Smet, R., Fredericq, A.M., Le transfert du siege social, (1968), *Revue du droit international et de droit compare*

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.

Di Marco, G., Der Vorschlag der Kommission fuer eine 14.Richtlinie. Stand und Perspektiven, 1999, *ZGR*

Dodd, P., Leftwich, R., The Market for Corporate Charters: „Unhealthy Competition“ versus Federal Regulation, *Journal of Business*, 53/1980

Dodd, E.M., *American Business Corporations Until 1860*, Cambridge, Harvard University Press, 1954

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

Drury, R.R., *Migrating Companies*, *European Law Review*, 1999

Drury, R.R., The Regulation and Recognition of Foreign Corporations: Responses to the „Delaware Syndrome“, 1998, *The Cambridge Law Journal*

Easterbrook, F.H., Fischel, D.R., *The Economic Structure of Corporate Law*, Boston, 1991

Ebenroth, C.T., Kaiser, A., Die Reform des Internationalen Gesellschaftsrecht in Italien, *Zeitschrift fuer vergleichende Rechtswissenschaft*, 1992

Ebenroth, C.T., Neuere Entwicklungen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht, *JZ*, 18/1988

Ebenroth, C.T., Bippus, B., Die Sitztheorie als Theorie effektiver Verknuepfungen der Gesellschaft, *Juristenzeitung (JZ)*, 1988

Ebke, W., Centros – Some Realities and Some Mysteries, *American Journal of Comparative Law*, 48/2000

Ebke, W.F., Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH, *JZ*, 1999

Ebke, W.F., Unternehmensrecht und Binnenmarkt – E pluribus unum?, *RabelsZ*, 1998

Ebke, W.F., Company Law and the European Union: Centralized versus Decentralized Lawmaking, *International Law*, 31/1997

Edwards, V., The European Company – Essential Tool of Eviscerated Dream?, *Common Market Law Review*, 40/2003

Edwards, V., Secondary Establishment of Companies – The Case Law of the Court of Justice, *Yearbook of EU Law*, 18/1998, Oxford University Press

Edwards, V., Fearing Federalism's Failure: Subsidiarity in the European Union, *American Journal of Comparative Law*, 44/1996

Edwards, V., Establishment and Services: An Analysis of the Insurance Cases, *European Law Review*, 12/1987

Ferran, E. *Legal Capital Rules and Modern Securities Markets – The Case for Reform, as Illustrated by the U.K. Equity Markets*, in: Hopt, K.J., Wymeersch, E. (eds.), *Capital Markets and Company Law*, Oxford, 2003

Fischer, D., The „Race to the Bottom“ Revisited: Reflections on Recent Developments in Delaware's Competition Law, *Nw. University Law Review*, 76/1982

Forsthoff, U., *Internationales Gesellschaftsrecht im Umbruch*, Der Betrieb (DB), 2003

Forsthoff, U., Abschied von der Sitztheorie. Anmerkung zu den Schlussanträgen des GA Damaso Ruiz-Jarabo Colomer in der Rs. Ueberseering, *BB*, 7/2002

Geyrhalter, V., Gaenssler, P., Inspire Art – Briefkastengesellschaften „on the Move“, *DStR*, 50/2003

Geyrhalter, V., Gaenssler, P., Perspektiven nach Ueberseering – wie geht es weiter?, *NZG*, 9/2003

Glineur, J., Les revenus des participations: la compatibilité des régimes différentiels d'imposition des établissements stables et des filiales avec le Traité de Rome, *Journal de droit fiscal*, 65/1987

Grossfeld, P., Koenig, T., Das Internationale Gesellschaftsrecht in der Europaeischen Gemeinschaft, RIW, 1992

Grossfeld, B., Zur Geschichte der Anerkennungsproblematik bei Aktiengesellschaften, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1974

Grossfeld, B., Die Anerkennung der Rechtsfaehigkeit juristischer Personen, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1968

Hansen, S.F., Sorensen, K.E. *Reforming the Financial Assistance Provision in the Second Company Law Directive. A Danish Perspective*, European Business Law Review, 3/3003

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

Havel, B. *Zaměřeno na akciovou společnost*, Právní rozhledy, 10/2003

Hildin, F., Discrimination in Community Free Movement Law, European Law Review, 24/1999

Hirsch, A., Britain, R., Artfully Inspired – Werden deutsche Gesellschaften englisch?, NZG, 23/2003

Hoffmann, J., Neue Moeglichkeiten zur identitaetswahrenden Sitzverlegung in Europa? Der Richtlinienvorentwurf zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU, ZHR, 164/2000

Holst, C., European Copany Law After Centros: Is the EU on the Road to Delaware?, Columbia Journal of European Law, svazek 8, 2002

d'Houchenne, M., Affiliation Priviledge for Branch of Italian Company, European Taxation, 26/1986

Kahan, M. *Legal Capital Rules and the Structure of Corporate Law: Some Observations of the Differences Between European and U.S. Approaches*, in: Hopt, K.J., Wymeersch, E. (eds.), *Capital Markets and Company Law*, Oxford, 2003

Kaldellis, E., Freedom of Establishment versus. Freedom to Provide Services: An Evaluation of Case-law Developments in the Area of Indistinctly Applicable Rules, Legal Issues of Economic Integration 28(1), Kluwer Law International, 2001

Keeling, Shipwright, Some Taxation Problems Concerning Non-Discrimination and the EC Treaty, European Law Review, 20/1995

Kersting, Ch., Schindler, C., The ECJ's Inspire Art Decision of 30 September 2003 and its Effects on Practice, *Recht der Wirtschaft (RdW)* 2003

Kindler, P., Inspire Art – Aus Luxemburg nichts neues zum Internationalen Gesellschaftsrecht, *Neue Zeitschrift fuer Gesellschaftsrecht, (NZG)*, 23/2003

Kindler, P., Auf dem Weg zur Europaeischen Briefkastengesellschaft? – die Ueberseering – Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht, *NJW*, 15/2003

Kindler, P., Niederlassungsfreiheit fuer Scheinauslandgesellschaften? – Die „Centros“ Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht, *Neue Juristische Wochenschrift*, 28/1999

Klinke, Europaeisches Unternehmensrecht und EuGH – Die Rechtsprechung in den Jahren 1991-1992, *ZGR*, 22/1993

Knapp, A., Zwingende Anerkennung von auslaendischen Gesellschaften? – Zugleich Anmerkungen zum Urt. Des EuGH v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 (Ueberseering), *Deutschen Notar Zeitschrift*, 2/2003

Knobe-Keuk, B., Umzug von Gesellschaften in Europa, *Zeitschrift fuer das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 1990

Knobbe-Keuk, B., Niederlassungsfreiheit: Diskriminierung- oder Beschraenkungsverbot?, *DB*, 51/52/1990

Kuebler, F., The Rules of Capital Under Pressure of the Securities Markets, p.100, in: Hopt, K.J., Wymeersch, E. (eds.), *Capital Markets and Company Law*, Oxford, 2003

La Pergola, *Common Market Law Review*, 1999

Latty, E.R., „Pseudo Foreign Corporations“, *Yale Law Journal*, 1955

Leible, S., Hoffmann, J., Wie inspiriert ist Inspire Art?, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 22/2003

Leyte, P., The Regime of Capital Maintenance Pertaining to Public Companies, Its Reform and Alternatives, *Business Law Review*, April 2004

Lever, J., Freedom to Provide Services in the Integrated Market, *Lawyer's Europe*, 2/1998

Lonbay, J., Picking Over the Bones: Rights of Establishment Reviewed, *European Law Review*, 16/1991

- Looijestijn-Clearie, A., Centros LTD – A Complete U-Turn in the Right of Establishment for Companies?, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.49, July 2000
- Lutter, M., Ueberseering und die Folgen, *BB*, 1/2003
- Lutter, M., Das Europaeische Unternehmens Recht im 21. Jahrhundert, 29 *Zeitschrift fuer Unternehmensrecht* 1/2000
- Macey, J.R., Enriques, L., Creditors Versus Capital Formation: The Case Against The European Capital Rules, *Cornell Law Review*, 2001-2001, 96
- Maul, S., Schmidt, C., Inspire Art – Quo vadis Sitztheorie?, *BB*, 44/2003
- Meilicke, W., Niederlassungsrecht von Zweigniederlassungen unter Umgehung des nationalen Rechts, *Der Betrieb*, (DB), 52/1999
- Meyers, S.C., Still Searching for Optimal Capital Structure, in: Stern and Chew, ed., *The Revolution in Corporate Finance*, 4th Edition, Blackwell, 2003
- Muellbert, P.O., Birke, M., Legal Capital – Is There a Case against the European Legal Capital Rules? *European Business Organization Review*, 3, 2002
- Muellbert, P.O., Abschied von der “TBB” – Haftungsregel fuer den qualifiziert faktischen Konzern, 45, *Deutsches Steuerrecht*, 2001
- Neye, H.W., Die Vorstellungen der Bundesregierung zum Vorschlag einer 14.Richtlinie, *ZGR*, 1999
- Oliver, P., Some Future Reflections on the Scope of Articles 28-30 (Ex 30-36) EC, *Common Market Law Review*, 36, 1999
- Pauknerová, M. Kolizněprávní úprava obchodních společností, *Právní rozhledy* 7/2005, str. 244-250.
- Pauknerová, M. Svoboda usazování obchodních společností a mezinárodní právo soukromé ve světle novějších rozhodnutí Evropského soudního dvora, *Právník* 12/2004, str. 1161- 1184.
- Pauknerová, M., Společnosti v mezinárodním právu soukromém – k novému vývoji v českém právu a v právu Evropských společenství, *Právník* 3/2002
- Pauknerová, M., Svoboda usazování v právu ES – vybrané otázky, *Časopis Evropské a mezinárodní právo soukromé*, 6/1998
- Moje novější práce – alespoň *Právní rozhledy* 7/2005, ale i předchozí článek v *Právníku* 12/2004 aj. – tam je i citována další relevantní česká literatura
- Priester, H.J., EU-Sitzverlegung – EU-Verfahrensablauf, *ZGR*, 1999

Rajak, H., Britisches Recht und der Vorschlag einer 14. Richtlinie, ZGR, 1999

Rammeloo, S., The Long and Winding Road towards Freedom of Establishment for Legal Persons in Europe, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 10/2003

Rammeloo, S., Recognition of Foreign Companies in „Incorporation“ Countries: A Dutch Perspective, in: Wouters, J., Schneider, H. (eds.), 1995

Richards, H., What is EC Corporate Law?, in: A. Celia Trenting (ed.), Corporate Law. The European Dimension (Butterwords, London/Dublin/Edinburgh/Munich, 1991

Romano, R., Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle, Journal of Legal and Economic Organization, 1/1980

Roth, W.H., From Centros to Ueberseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law, International and Comparative Law Quarterly, vol.52, 2/2003

Roth, W.H., „Centros“: Viel Laerm um Nichts?, Zeitschrift fuer Unternehmens- und Gesellschaftsrechts, 31/2000

Roth, W.H., Case Note, CMLR, 37/2000

Roth, W.H., Recognition of Foreign Companies in Siege Reel Countries: A German Perspective, in: Wouters, J., Schneider, H. 1995

Rychlý, T. *Tzv. zákaz finanční asistence: česká úprava a evropské perspektivy*, Právní rozhledy, 4/2002

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

Sandrock, O., Centros: ein Etappensieg fuer die Ueberlagerungstheorie, Betriebsberater, 1999

Sandrock, O., Austmann, A., Das Internationale Gesellschaftsrecht nach der Daily Mail-Entscheidung des Europaeischen Gerichtshofs: Quo vadis?, RIW, 1989

Sandrock, O., Sitztheorie, Ueberlagerungstheorie and der EWG-Vertrag: Wasser, Oel und Feuer, Recht der Internationalen Wirtschaft, 1989

Sandrock, O., Ein amerikanisches Lehrstueck fuer das Kollisionrecht der Kapitalgesellschaften, RabelsZ, 42/1978

Schermers, Free Movement of Legal Persons, Free Movement of Persons in Europe, Nijhoff, 1993

Schmidt, K., Sitzverlegungsrichtlinie, Freizuegigkeit und Gesellschaftsrechtspraxis, ZGR, 1999

Schulz, M., (Schein-)Auslandsgesellschaften in Europa - Ein Schein-Problem?, NJW 2003

Sedemund, J., Hausmann, F.L., Niederlassungsfreiheit contra Sitztheorie-Abschied von Daily Mail?, Betriebsberater (BB), 1999

Sonnenberger, H.J., Grosserichter, H., Konfliktlinien zwischen internationalen Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit, Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW), 10/1999

Sorensen, K.E., Neville, M., Corporate Migration in the European Union: An Anansys of the Proposed Fourteenth EC Copany Directive on the Transfer of the Registered Office of a Company from One Member State to Another with a Change of Applicable Law, Columbia Journal of European Law, 6, 2000

Stith, C.D., Comment: Federalism and Corporate Law: A Race to the Bottom in the European Community, 79 Georgetown Law Journal, 79/1991

Stoller, A., Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften - EuGH, NJW, 9/2003

Timmerman, L., Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften nach niederlaendischem Recht und die 14. EU-Richtlinie, ZGR, 1999

Timmermans, C., Methods and Tools for Integration, European Business Law, 1991

Tridimas, T., The Case Law of the Court of Justice on Corporate Entities, Yearbook of EU Law, 1993

Triebel, V., Hase, K., Wegzug und grenzueberschreitende Umwandlungen deutscher Gesellschaften nach Ueberseering und Inspire Art, BB, 46/2003

Ulmer, M.J., Die Anerkennung US-amerikanischer Gesellschaften in Deutschland, IPRax, 1996

Vlas, P., Comment to ECJ C-212/97 (Centros), National Journal, 2000

Von Halen, B., Das Gesellschaftsstatut nach der Centros-Entscheidung des EuGH, Verlag Recht und Wirtschaft, 2001

Weller, M.P., Inspire Art: Weitgehende Freiheiten beim Einsatz auslaendischer Briefkastengesellschaften, Deutsches Steuerrecht, 42/2003

Weller, M.P., Scheinauslands-gesellschaften nach Centros, Überseering und Inspire Art: Ein neues Anwendungsfeld für die Existenzvernichtungshaftung, IPRax 2003

Winter, K., State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation, 6 Journal of Legal Studies, 1977

Wouters, J., Private International Law and Companies. Freedom of establishment, EBORev 2/2001

Wouters, J., Het Europese vestigingsrecht voor ondernemingen herbekeken. Een onderzoek naar de grondslagen, draagwijdte en begrenzingen van de vrijheid van vestiging van ondernemingen in de Europese Unie, 1996/97

Wouters, J., The European Court of Justice and Fiscal Barriers to Companies' Cross-Border Establishment, in: Wouters, J., Schneider, H., Current Issues of Cross-Border Establishment of Companies in the European Union, 1995, University of Antwerpen

Wouters, J., The Case-Law of the European Court of Justice on Direct Taxes: Variations upon a Theme, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 1994

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

Wymeersch, E., Centros: A Landmark Decision in European Company Law, in: Baums, T., Hopt, K.J., Horn, N. (eds.), 2000.

Wymeersch, E., Die Sitzverlegung nach Belgischem Recht, ZGR, 1999

Wymeersch, E. *Current Reform Initiatives: Challenges and Opportunities, Company Law Reform in OECD Countries. A Comparative Outlook of Current Trends*, Stockholm, 2000, downloadable at <http://www.law.rug.ac.be/fli/ew.html>.

Wymeersch, E. *Article 23 of the second company law directive: the prohibition on financial assistance to acquire shares of the company*, Festschrift fuer Ulrich Drobnig, Hamburg, 1998

Zimmer, D., Wie es Euch Gefaellt? Offene Fragen nach dem Ueberseering-Urteil des EuGH, BB, 1/2003

Zimmer, D., Mysterium Centros, ZHR, 23/2000

Rozsudky Evropského soudního dvora:

Case C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant v Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, 2004, ECR I-2409.

Case C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd, ECR, 2003

Case C-208/00, Ueberseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH, 2002, ECR I-9919

Case C-212/97 Centros Ltd. V. Ehrverus- og Selskabsstyrelsen, 1999, ECR I-1459

Case 205/84, Commission v. Germany, 1986, ECR I-3755

Case C-250/95 Futura Participations SA and Winter v. Administration des Contributions, 1997, ECR I-2471

Case C-55/94, Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, 1995, ECR I-4165

Case C-264/96, ICI v. Colmer, 1998, ECR I-4695

Case C-19/92, Kraus v. Land Baden-Wuerttemberg, 1993, ECR I-1663

Case C-330/91 The Queen v. Inland Revenue Commissioners, Ex Parte Commerzbank AG, 1993, ECR I-4017

Cases C-267, 268/91, Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard. ECR, 1993 I-6097

Case C-221/89, The Queen v. The Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. and Others, 1991, ECR I-3905

Case C-214/89, Powell Duffryn plc v. Wolfgang Petereit, 1992, ECR, I-1755

Case C-186/87, Cowan v. Tresor Public, 1989, ECR, I-195

Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA, ECR 1990, I-04315, §§8,12; Von Colson and Kamann / Land Nordrhein-Westfalen ECR (1984), I-01891

Case C-81/87, 27.9.1988, The Queen / Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC, ECR 1988, I-5483

Case C-120/78 Rewe-Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung fuer Branntwein, ECR, 1979, I-649

Case C-8/74, Procureur du Roi v. Dassonville, ECR, 1974, I-837

Case C-2/74 Reyners, 1974, ECR, I-631

Case 79/85 Segers v. Bedrijfsvereniging Voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije, Beroepen, 1986, ECR I-2375

Case C- 411/03 SEVIC Systems ze dne 13.12.2005, dosud nepublikováno

Case C-125/73 Sotgiu v. Deutsche Bundespost, 1974, ECR I-153

Rozsudky soudů členských států:

rozhodnutí druhého senátu Nejvyššího spolkové soudního dvora BGH 1.7.2002 (druhý senát), Zeitschrift fuer Internationales Privatrecht (ZIP), 2002, str.1763

OLG Duesseldorf, 10.9.1998, JZ, 1999, str.203

rozhodnutí turínského soudu Trib.Torino ze 16.12.1991, Gust.Civ., 1992, str.811

OLG Zweibruecken, 27.6.1990, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 1991, str.406

Cour de Cassation 21.12.1990, Rev.cr.d.i.p. 1992

rozhodnutí Oberlandsgericht OLG Frankfurt/aM, 24.4.1990, RIW, 1990, 583, 585.

Conseil d'Etat 29.6.1987, č.28.267, 1989, viz časopis pro právnické osoby a společnosti (Tijdschrift voor Rechtspersoon en vennootschap), str.110 a násl

rozhodnutí německého soudu ve věci Druckhaus Ltd.; OLG Bavorsko, 31.3.1986, Neue Juristische Wochenschrift, 1986, str.3029

rozhodnutí německého nejvyššího soudu BGH (Bundesgerichtshof) 21 březen 1986, Amtliche Sammlung des Bundesgerichtshof in Zivilsachen (BGHZ) 97, 269, str.272

BayObLG (Bayerische Oberlandsgericht), rozhodnutí z 18.7.1985, AG, 1986, 45,47

OLG Nuernberg, 7.6.1984, Recht der Internationalen Wirtschaft, 1985, str.494

Ooregum Gold Mining Company of India v. Roper, (1892) AC 125, 133-4, HL

German Supreme court case law in re IBH/Lemertz; BGHZ 110, 47, Neue Juristische Wochenschrift, 1990

Halt Garage (1964) Ltd (1982) 3 All ER 1016

Edgar v. MITE Corp., 457 U.S. 1982, str. 624-645

Innes & Co Ltd., 1903, 2 Ch 254, CA, 262

rozhodnutí belgického nejvyššího soudu ve věci Lamot (Cass.12.11.1965)

Rozhodnutí švýcarského Federálního soudu z 30.3.1965, VEB Carl Weiss, Jena c/Firma Carl Weiss Heidenheim

Gasque v. IRC (1940) 2 KB 80, str.84

Lazard Bros and Co. V. Midland Bank Ltd. (1933), AC 289, str.297

Louis K. Ligget Co. v. J.M.Lee, 288 US 517 (1933), 77 L ed.3

Henriques v. Dutch West India Co. (1728) LD RAM 153

Trevor v. Whitworth, 1887, 12 App Cas 409, HL, 435

Ostatní dokumenty:

Actes et documents de la Septieme Session, str.367-71

the CLRSG, n.54, Capital Maintenance: Other issues

Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – a Plan to Move Forward, Brussels, 21.5.2003, COM (2003) 284 final. Dostupné na http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/cnc/2003/com2003_0284en01.pdf

Department of Trade and Industry, *Promoting Competitiveness: the UK Approach to EU Company Law and Corporate Governance, 2005*, available at <http://www.dti.gov.uk/cld/pdfs/ukapproachtoeucompanylaw.pdf>

Department of Trade and Industry, *Company Law Reform*, all documents available at <http://www.dti.gov.uk/cld/facts/clr.htm>

Department of Trade and Industry, *Company Law Reform Bill, part H, Share Capital*, 2005, available at <http://www.dti.gov.uk/cld/16.pdf>

Department of Trade and Industry, *General Responses to the Consultation Document – Company Formation and Capital Maintenance*, 2000, available at <http://www.dti.gov.uk/cld/regen1.pdf>

Evropská úmluva o uznávání právní subjektivity mezinárodních nevládních organizací, Štrasburg, 24.4.1986, European Treaty Series, str.124, nabytí účinnosti 1.1.1991

Final Report of the High Level Group of Company Law Experts, A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, (“Modern Regulatory Framework”), str.1. Dostupné na http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/consult/report_en.pdfModern

First Adonino Report, March 1985, Bulletin of European Communities, 7/1985

Nařízení č.44/2001 z 22.12.2000, o jurisdikci a uznání a výkonu rozhodnutí nutno respektovat český oficiální překlad a jeho publikaci v ÚV v občanských a obchodních věcech, Official Journal, L 012 , 16.1.2001, str.. 1-23

Návrh bruselské úmluvy o přesunu statutárního sídla nebo faktického sídla společností z jednoho členského státu do druhého, 29.2.1968, Bulletin EG, dodatek 2-1969,

Obecný program pro odstranění omezení svobody usazování (General Programme for the Removal of Restrictions on the Freedom of Establishment), 18.12.1961, OJ, English special Edition, Second Series IX
Smlouva o zřízení Evropského společenství (Treaty Establishing the European Community - konsolidované znění po změnách provedených smlouvou z Nice), Official Journal C 325 of 24 December 2002

Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Council Directive 77/91/EEC, as regards the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital. Dostupné na http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/docs/capital/2004-proposal/proposal_en.pdf

Proposal for amendment Directive, Explanatory Memorandum

Report from the Commission, *Results of the Fourth Phase of SLIM*, Brussels, February 2000, COM (2000) 56 final, available at http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/rpt/2000/com2000_0056en01.pdf

Simpler Legislation for the Internal Market (SLIM) (COM(1996)204), viz Results of the Fourth Phase of SLIM, 4.2.2000, COM (2000) 56; SLIM final proposal, 1999, COM XV/6037/99

SLIM - Simpler Legislation for the Internal Market, 1996-1999, all documents available at

http://europa.eu.int/comm/internal_market/simplification/index_en.htm#slim

Synthesis of the responses to the

Communication of the Commission to the Council and the European Parliament, str.18. Dostupné na

http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/governance-consult-responses_en.pdf

The Company Law Review Steering Group (the CLRSG), *Modern Company Law for a Competitive Economy, Capital Maintenance: Other issues*, June 2000, available at <http://www.dti.gov.uk/cld/capm.pdf>

The Company Law Review Steering Group (the CLRSG), *Modern Company Law for a Competitive Economy, Company Formation and Capital Maintenance*, DTI 1999, URN99/1145, www.dti.gov.uk/cld/review.htm

The European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 77/91/EEC, as regards the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital*,

Brussels, September, 2004, available at

http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/docs/capital/2004-proposal/proposal_en.pdf

The European Commission, *Commission Working Document: Detailed explanation (by article) of Proposal COM (2004).....final of October 2004 (2004/....(COD)) for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 77/91/EEC, as regards the formation and public limited liability companies and the maintenance of their capital*, Brussels, September 2004, available at

http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/docs/capital/2004-proposal/explanation_en.pdf

Úmluva o zamezení dvojího zdanění a prevenci daňových úniků se zřetelem na daň z příjmu (Convention for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income), S.R. & O. , 1946

Směrnice ES:

První směrnice Rady z 9. března 1968, 9 March 1968 (68/151/EEC), OJ 1968 L 65/8

Druhá směrnice Rady ze 13. prosince 1976, 13 December 1976 (77/91/EEC), OJ 1977 L 26/1

Třetí směrnice Rady z 9. října 1978, 9 October 1978 (78/855/EC), OJ 1978 L 259/36

Čtvrtá směrnice Rady z 25.července 1978, 25 July 1978 (78/660/EEC), OJ 1978 L 220/11

Novelizovaný návrh páté směrnice z 20. listopadu 1991, 20 November 1991(COM (91) 372 final), OJ 1991, C 321/9

Šestá směrnice Rady z 17. prosince 1982, 17 December 1982 (82/891/EEC), OJ 1982 L 378/47

Sedmá směrnice Rady z 13. června 1983, 13 July 1983 (83/349/EEC), OJ 1983 L 193/1

Osmá směrnice Rady z 10. dubna 1984, 10 April 1984 (84/253/EEC), OJ 1984 L 126/20

Desátá směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/56/EC z 26. října 2005 o přeshraniční fúzi soukromých společností; 1985 (COM (84) 727 final), OJ 1985 C 23/11.

Jedenáctá směrnice Rady z 21. prosince 1989, 21 December 1989 (86/666/EEC), OJ 1989 L 395/36

Dvanáctá směrnice Rady z 21. prosince 1989, 21 December 1989 (89/667/EEC), OJ 1989, L 395/40

Třináctá směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/25/EC z 21. dubna 2004 o nabídkách převzetí.

Směrnice Rady z 8. listopadu 1990, 8 November 1990 (90/604/EEC), OJ 1990 L 317/57

Směrnice Rady z 8.listopadu 1990, 8 November 1990 (90/605/EEC), OJ 1990 L 317/60

Návrh čtrnácté směrnice o přesunu statutárního sídla nebo faktického sídla společnosti z jednoho členského státu do druhého, Doc.XV/6002/97-EN REV.2 z 20.4.1997, European Report, č.2282 z 14.1.1998