

Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta

Margarita Kukharchuk

FÚZE V RÁMCI SKUPIN SPOLEČNOSTÍ A JEJICH SPECIFIKA

**(FÚZE NAHORU, FÚZE DOLŮ, FÚZE SESTERSKÝCH
SPOLEČNOSTÍ)**

Diplomová práce

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

Katedra: obchodního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 30. listopadu 2010

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracovala samostatně, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány a práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Margarita Kukharchuk

Poděkování

Na tomto místě bych ráda poděkovala JUDr. Petru Čechovi, LL.M., vedoucímu mé diplomové práce, za jeho cenné připomínky a odborné rady, kterými přispěl k vypracování této diplomové práce.

Chtěla bych také poděkovat své rodině a příteli za veškerou podporu během psaní diplomové práce.

OBSAH:

Úvod.....	5
1. VÝVOJ PRÁVA FÚZE V RÁMCI SKUPINY SPOLEČNOSTÍ.	7
2. STANOVENÍ VÝŠE ZÁKLADNÍHO KAPITÁLU NÁSTUPNICKÉ SPOLEČNOSTI NA ZÁKLADĚ ÚČETNÍCH OPERACÍ.	11
2.1. EKVIVALENCE PRÁVNÍCH A ÚČETNÍCH POJMŮ.	12
2.2. ZÁKLADNÍ PRAVIDLO PRO STANOVENÍ MAXIMÁLNÍ VÝŠE ZÁKLADNÍHO KAPITÁLU NÁSTUPNICKÉ SPOLEČNOSTI A NĚKTERÁ OMEZENÍ SPOLEČNÁ VŠEM TYPŮM FÚZÍ V RÁMCI SKUPINY SPOLEČNOSTÍ.	14
2.3. PŘÍPAD UP-STREAM FÚZE A MAXIMÁLNÍ VÝŠE ZÁKLADNÍHO KAPITÁLU.	17
2.4. PŘÍPAD DOWN-STREAM FÚZE A MAXIMÁLNÍ VÝŠE ZÁKLADNÍHO KAPITÁLU.....	20
2.4.1. <i>Výše základního kapitálu při nabytí vlastního obchodního podílu.</i>	21
2.4.2. <i>Maximální výše základního kapitálu při výměně podílu společníkům nebo akcionářům zanikající společnosti.</i>	23
2.5. PŘÍPAD FÚZE SESTERSKÝCH SPOLEČNOSTÍ A MAXIMÁLNÍ VÝŠE ZÁKLADNÍHO KAPITÁLU.....	26
3. STANOVENÍ VÝMĚNNÉHO POMĚRU, VÝMĚNA PODÍLŮ.....	27
3.1. VÝMĚNNÝ POMĚR A ROLE VÝŠE ČISTÉHO OBCHODNÍHO MAJETKU ZÚČASTNĚNÝCH SPOLEČNOSTÍ PŘI URČENÍ VÝŠE VKLADU NEBO HODNOTY AKCIÍ, JEŽ MAJÍ BÝT VYDÁNY.	27
3.2. NOVÁ AKCIE, NOVÝ VKLAD, ZVÝŠENÍ JMENOVITÉ HODNOTY AKCIÍ, ZVÝŠENÍ VÝŠE VKLADU.	31
3.3. VÝMĚNA PODÍLŮ V PŘÍPADĚ UP-STREAM FÚZE A PODÍLY PŮVODNÍCH SPOLEČNÍKŮ NEBO AKCIONÁŘŮ NÁSTUPNICKÉ SPOLEČNOSTI.	33
3.4. NABYTÍ VLASTNÍHO OBCHODNÍHO PODÍLU V PŘÍPADĚ DOWN-STREAM FÚZE.	35
3.5. VÝMĚNA PODÍLŮ V PŘÍPADĚ DOWN-STREAM FÚZE.....	38
3.6. VÝMĚNA OBCHODNÍCH PODÍLŮ V PŘÍPADĚ FÚZE SESTERSKÝCH SPOLEČNOSTÍ.	41
3.7. PŘÍPUSTNOST VÝMĚNY PODÍLŮ V PŘÍPADĚ PŘEDLUŽENÝCH SPOLEČNOSTÍ A JINÉ DŮSLEDKY PODSTATNÉHO SNÍŽENÍ VLASTNÍHO KAPITÁLU NÁSTUPNICKÉ SPOLEČNOSTI.....	44
4. OKAMŽIK, KE KTERÉMU SE SPOLEČNÍK RESP. AKCIONÁŘ ZANIKAJÍCÍ SPOLEČNOSTI STÁVÁ SPOLEČNÍKEM RESP. AKCIONÁŘEM NÁSTUPNICKÉ SPOLEČNOSTI.....	51
5. POVINNOST OCENIT JMĚNÍ ZANIKAJÍCÍ SPOLEČNOSTI.	52
5.1. PŘÍPAD SLOUČENÍ UP-STREAM.....	54
5.2. PŘÍPAD DOWN-STREAM FÚZE.....	55
5.3. PŘÍPAD FÚZE SESTERSKÝCH SPOLEČNOSTÍ.	58
5.4. ČISTÝ OBCHODNÍ MAJETEK PODLE POSUDKU ZNALCE JAKO HODNOTA ODRÁŽEJÍCÍ SKUTEČNÝ STAV MAJETKU.....	60
<i>Závěr</i>	61
<i>Seznam literatury:</i>	64

Úvod.

Fúze v rámci skupin společností je poměrně častý typ přeměn v českém právním prostředí. Nejčastějším důvodem pro fúze je restrukturalizace skupiny, jejímž cílem je zjednodušení vlastnické struktury a administrativy, zefektivnění celkového řízení společnosti a snížení nákladů. Fúzi lze využít i jako způsob pro zánik pohledávek po splynutí práv a povinností v jedné osobě. Nehledě na rozšířenost a frekvenci fúzí v rámci skupin společností, právě zde existuje celá řada otázek, na které není odpověď zcela jednoznačná.

S fúzemi v rámci skupin společností souvisí poměrně široký okruh otázek od analýzy souladu požadavků směrnic s úpravou českého zákona o přeměnách přes kapitálové aspekty a zvláštnosti až k fenoménu přeshraničních fúzí ve srovnání s vnitrostátními. Takový okruh otázek však značně převyšuje rámec jedné diplomové práce a z toho důvodu se soustředím na kapitálové aspekty fúzí v rámci skupin společností. Právě tento aspekt vnitroskupinových fúzí patří k nejsložitějším a vyvolává množství otázek a interpretačních nejasností v praxi. Z důvodu přímé návaznosti kapitálových aspektů fúzí na účetnictví zúčastněných společností, věnují tomuto tématu pozornost také auditoři a daňoví poradci. Přes svou důležitost a význam je však tato problematika v odborné právní literatuře kupodivu nedostatečně osvětlena. Cílem této práce je proto analýza zvláštností fúzí v rámci skupin kapitálových společností v kontextu právním a účetně-ekonomickém. Právě na případu fúzí propojených osob je jasně vidět, že bez zapojení ekonomických úvah vystačit nelze. Zaměření analýzy na společnosti s ručením omezeným a akciové společnosti je zdůvodněno tím, že pojednání o specifikách jiných typů společností by přesáhlo rámec jedné diplomové práce.

V rámci své práce považuji za nezbytné nejprve vysvětlit, jaké existují možnosti pro nastavení výše základního kapitálu v nástupnické společnosti. Navazující kapitole věnuji výměně obchodních podílů nebo akcií společníkům a akcionářům zanikající společnosti za obchodní podíly nebo akcie na nástupnické společnosti. Část práce je věnována otázce ocenění jmění zanikající společnosti posudkem znalce, kdy tato povinnost vzniká nebo naopak kdy zde tato povinnost vůbec není. V samostatné kapitole je dále probrána otázka okamžiku, ke kterému se společník nebo akcionář

zanikající společnosti stává společníkem nebo akcionářem nástupnické společnosti. V rámci všech kapitol probírám uvedené okruhy otázek z hlediska různých typů skupinových fúzí: „fúze nahoru“, „fúze dolů“ a „fúze sesterských společností“.

Diplomová práce „Fúze v rámci skupin společností a jejich specifika“ je věnována výhradně českým vnitrostátním fúzím, proto většina zdrojů, které používám jako podklad, jsou české. Česká úprava přeměn se dostala původně do obchodního zákoníku a následně i do samostatného zákona o přeměnách cestou implementací směrnic Evropského parlamentu a Rady ES, proto považuji za nezbytné v rámci analýzy české úpravy čerpat také z těchto směrnic. Konkrétně vnitrostátním fúzím je věnována Třetí směrnice Rady č. 78/855/EHS, ze dne 9. října 1978, o fúzích akciových společností.

1. VÝVOJ PRÁVA FÚZE V RÁMCI SKUPINY SPOLEČNOSTÍ.

Určitá úprava fúze existovala již v předpisech starorakouských a prvorepublikových. Obecný zákoník obchodní (zákon č. 1/1863 ř.z.) umožňoval fúzi akciových společností, zákon č. 58/1906 ř.z. naproti tomu nově upravoval fúzi společnosti s ručením omezeným se společností s ručením omezeným nebo s akciovou společností.

Od přijetí zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, začíná novodobá historie přeměnového práva.

Právní úprava fúze byla původně obsažená v § 69 obchodního zákoníku jako úprava obecná s tím, že existovala i úprava zvláštní u jednotlivých forem obchodních společností a družstev. Tato původní úprava byla uznána za zcela nevyhovující a působící komplikaci podnikatelům¹. Značné praktické problémy působila stručná formulace práv společníků zúčastněných společností v otázce vypořádání při přechodu obchodního jmění.

V době před první novelou obchodního zákoníku, mířící na úpravu fúze, nebyla v kruzích odborné veřejnosti shoda v tom, jestli vůbec lze uskutečnit některé fúze v rámci skupiny společností².

Konkrétně problematickou se jevila fúze společníka nebo akcionáře, jako právnické osoby, do své společnosti³. Touto operací na společnost přecházejí její vlastní akcie nebo obchodní podíly. V případě nástupnické akciové společnosti se doporučovalo

¹ ČERNÁ, St.: Fúze akciových společností. *Právo a podnikání* 2/2001, s. 20; DVOŘÁK, T.: *Přeměny obchodních společností a družstev*. Praha: ASPI, 2008, s. 1; KUHN, P., ŠTENGLOVÁ, I., BÍLÁ, I., HAVEL, B.: *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev: Komentář*. 1. Praha: C.H.Beck, 2010, s. 7.

² BÁRTA, J.: Některé otázky zrušení obchodněprávních subjektů bez likvidace ve zvláštních případech. *Právní rozhledy* 12/1995, s. 483 - 484; MICHELFEITOVÁ, J.: Je sloučení dceřiné a mateřské (zanikající) s.r.o. absolutně vyloučeno?. *Právní rozhledy* 5/1996, s. 210 - 212.

³ pozn. jedná se o down-stream fúze.

vyřešit tuto nežádoucí situaci prostým vydáním vlastních akcií akcionářům zanikající společnosti, prodejem akcií a následným vypořádáním s akcionáři nebo emisí nových akcií.

Pokud se ale v případě nástupnické akciové společnosti nabízely aspoň nějaké varianty, pak v případě nástupnické společnosti s ručením omezeným se situace podle velké části odborné veřejnosti jevila jako bezvýchodná. Kamenem úrazu byla skutečnost, že na rozdíl od akciové společnosti, která měla možnost vlastnit své akcie aspoň po omezenou dobu, v případě společnosti s ručením omezeným existoval přísný zákaz nabytí vlastních obchodních podílů⁴. Proto se pro dosažení stejného cíle doporučovalo vydat se místo fúze např. cestou prodeje podniku⁵.

Jen část odborné veřejnosti považovala za realizovatelnou i fúzi společníka do nástupnické společnosti s ručením omezeným. Argumentovalo se, že taková fúze není v rozporu se zákazem nabytí vlastního obchodního podílu, protože nástupnická společnost nebude prakticky ani jednu minutu vlastníkem svého obchodního podílu, neboť v okamžiku, kdy na ni přejde obchodní jmění zanikající společnosti, vznikne společníkům zaniklé společnosti vklad do majetku přejímající společnosti⁶.

První velká novela č. 142/1996 Sb. neodstranila pochybnosti o možnosti provést fúzi mateřské do její dceřiné společnosti⁷.

Podstatnou změnu, kterou novela přinesla, bylo to, že slučovat se nebo splynout mohou jenom společnosti se stejnou právní formou. Tento požadavek zákona byl však v rozporu s požadavkem praxe, vezmeme-li v úvahu, že v rámci skupin společností

⁴ Viz § 120 zákona 513/1991 Sb., v původním znění.

⁵ BÁRTA, J.: Některé otázky zrušení obchodněprávních subjektů bez likvidace ve zvláštních případech. *Právní rozhledy* 12/1995, s. 483 - 484.

⁶ MICHELFEITOVÁ, J. Je sloučení dceřiné a mateřské (zanikající) s.r.o. absolutně vyloučeno? *Právní rozhledy*. 5/1996, s. 211-212.

⁷ VAIGER, D.; ŠVEJDA, M. Právní aspekty přeměny (transformace) společnosti s ručením omezeným na akciovou společnost po novele obchodního zákoníku. *Právní rozhledy*. 5/1997, s. 255n.

existují vedle sebe společnosti s různou právní formou a skupina se fúzí snaží docílit snížení nákladnosti a zvětšení efektivity svého fungování jako celku⁸.

Dále novela upravila postup při slučování nebo splynutí společností, což mimo jiné zahrnovalo povinnost vypracovat a zveřejnit projekt přeměny, jeho přezkum nezávislým znalcem, otázky odpovědnosti osob, které zpracovávaly projekt, odpovědnost znalce za případnou škodu, která by vznikla v důsledku nesprávného určení výměnného poměru, a stejně tak upravila práva společníků a akcionářů a některé principy ochrany třetích osob v souvislosti s přeměnou a jejími potenciálními nepříznivými důsledky⁹.

Teprve druhá velká novela obchodního zákoníku č. 370/2000 Sb. nahradila stručnou předchozí úpravu sloučení a splynutí akciových společností podrobnou úpravou, vycházející z ustanovení Třetí směrnice o fúzích akciových společností. Právě touto novelou byl po vzoru směrnice zaveden pojem fúze jako společný pojem pro sloučení a splynutí¹⁰. Pro fúze v rámci skupiny společností se novela stala průlomovou v tom smyslu, že bylo poprvé umožněno sloučení a splynutí společností různých právních forem, pokud tak výslovně stanovil zákon. Od 1. 1. 2001 při sloučení akciové společnosti se společností s ručením omezeným mohla mít nástupnická společnost právní formu buď akciové společnosti, nebo společnosti s ručením omezeným. Novela napravila ještě další nedostatek předchozí úpravy, když jednoznačně umožnila sloučení několika zanikajících společností s nástupnickou. Obchodní zákoník před novelou takovou jednoznačnou formulaci neobsahoval, a tato možnost proto dovozována jen nepřímou¹¹.

⁸ GAUGHAN, P. A. *Mergers, Acquisitions, and corporate restructurings*. 4th edition. New Persey : John Wiley & Sons, Inc., 2007. s.18-19.

⁹ Zákon č.142/1996 Sb., kterým se mění a doplňuje zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník; KUHN, P., ŠTENGLOVÁ, I., BÍLÁ, I., HAVEL, B.: *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev: Komentář*. 1. Praha: C.H.Beck, 2010, s. 263.

¹⁰ Důvodová zpráva k zákonu č. 370/2000 Sb., kterým se mění zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, sněmovní tisk 476/0, bod 61, dostupný na <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=3&CT=476&CT1=0>

¹¹ ČERNÁ, St. Fúze akciových společností. *Právo a podnikání* . 2/2001, s. 20.

Nadále se ale úprava vyznačovala vážnými nedostatky. Odborníky byla vytýkána neexistence obecné právní úpravy přeměn, v důsledku čehož musela být právní úprava vnitrostátních fúzí akciových společností subsidiárně aplikována na všechny formy obchodních společností. Standardy a požadavky účelné pro akciovou společnost, sledující ochranu drobných akcionářů podle záměru Třetí směrnici, byly totiž vtaženy na ostatní obchodní společnosti, což vedlo k jejich neúměrnému zatížení. Potíže způsoboval i složitý a výkladově náročný systém normativních odkazů. Navíc novela zavedla některá omezení, jež neměla oporu v Třetí směrnici¹². Všechny výše uvedené problémy vedly k opakovaným drobným novelizacím, které však odstranily nejzávažnější nedostatky¹³.

Dalším mezníkem pro právní úpravu fúze nejen v České republice, ale i v členských státech Evropských společenství, se stalo přijetí Desáté směrnici s účinností od 15. 12. 2005 a povinnost její transpozice do národních právních řádů členskými státy do 15. 12. 2007. Desátá směrnice upravuje realizaci přeshraničních fúzí kapitálových společností, pokud jsou založeny podle práva Evropských společenství/Evropského hospodářského prostoru a mají sídlo, ústřední správu nebo hlavní provozovnu ve Společenství¹⁴. Cílem této směrnice bylo usnadnění přeshraničních fúzí kapitálových společností.

Obchodní zákoník přeshraniční fúze nepřipouštěl, což bylo pochopitelně překážkou rozvoje podnikání a mobility zejména v rámci skupin společností, proto společnosti volily jiné, více finančně i časově náročné způsoby dosažení sledovaného cíle. Povolení uskutečňovat přeshraniční fúze přišlo až v podobě nového zákona č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev s účinností od 1. července 2008.

Zákon o přeměnách, inspirovaný německým vzorem, neobsahuje komplexní úpravu přeměny žádné obchodní společnosti, ale reguluje nejprve to, co je společné pro různé druhy přeměn, následně upravuje jednotlivé druhy přeměn a pokračuje až ke

¹² DVOŘÁK, T. *Přeměny obchodních společností a družstev*. Praha : ASPI, 2008. s1-2.

¹³ KUHN, P., ŠTENGLOVÁ, I., BÍLÁ, I., HAVEL, B.: *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev: Komentář*. 1. Praha: C.H.Beck, 2010, s. 263.

¹⁴ Směrnice Evropského Parlamentu a Rady 2005/56/ES L 310/1, čl. 1.

zvláštnostem pro jednotlivé druhy obchodních společností a družstev¹⁵. Zvolený model úpravy však v praxi činí potíže v otázce vzájemného vztahu jednotlivých částí zákona. Dalšími problémy zákona je nejednotnost terminologie a chybné odkazy, neexistence úpravy některých procesů a naproti tomu zbytečná složitost procesů zákonem upravených, což s sebou přináší výkladové potíže. V současné době je připravována rozsáhlá novela zákona o přeměnách, která předpokládá hlubší revizi zákona a pokusí se o odstranění vyjevených nedostatků¹⁶.

2. STANOVENÍ VÝŠE ZÁKLADNÍHO KAPITÁLU NÁSTUPNICKÉ SPOLEČNOSTI NA ZÁKLADĚ ÚČETNÍCH OPERACÍ¹⁷.

Zákon o přeměnách vyžaduje, aby v projektu přeměny bylo určeno, v jaké struktuře nástupnická společnost přebírá složky vlastního a cizího kapitálu zanikající společnosti, jež nejsou závazkem¹⁸. V této fázi se do projektu přeměny promítne i výše základního kapitálu nástupnické společnosti, která bude určena nástupnickou společností¹⁹.

Z výše uvedeného požadavku zákona o přeměnách je jasně vidět, že problematika stanovení výše základního kapitálu není otázkou jen ryze obchodněprávní, nýbrž i účetněprávní. Právě analýzou konečné účetní závěrky a zahajovací rozvahy se dá

¹⁵ DĚDIČ, J. Nad zákonem o přeměnách aneb druhá „podařená“ dekodifikace obchodního zákoníku. *Právní zpravodaj*. 7/2008.

¹⁶ Návrh zákona o přeměnách, obecná část.

¹⁷ V rámci této kapitoly nezkoumám, jestli maximálním zvýšením základního kapitálu může dojít k poškození akcionářů nebo společníků zanikající nebo nástupnické společnosti. Tím se zabývám v kapitole 4.

¹⁸ § 70 písm. b) ZoPř.

¹⁹ Tato kapitola je zaměřena na pravidla určení základního kapitálu nástupnické společnosti v případě fúze v rámci skupiny společností, a sice v jakých mezích se může pohybovat základní kapitál nástupnické společnosti. Pro rozvržení základního kapitálu nástupnické společnosti mezi jednotlivé společníky nebo akcionáře viz kapitolu 4.

nejlépe vystihnout logiku pohybu kapitálu ze zanikající společnosti na společnost nástupnickou, patřících do jedné skupiny společností.

Pro vysvětlení mechanismu stanovení základního kapitálu nástupnické společnosti a úvah, na které by měl být brán ohled, je nezbytné vysvětlit některé pojmy, s kterými pracuje zákon o přeměnách, a jejich vzájemnou provázanost s účetními ekvivalenty. Jedná se o obchodní jmění, čistý obchodní majetek a vlastní kapitál.

2.1. Ekvivalence právních a účetních pojmů.

Obchodní jmění je definováno v § 6 odst. 2 ObchZ jako soubor veškerého majetku a závazků právnické osoby. V účetních předpisech není pro tento pojem jednoznačný účetní ekvivalent.

Čistý obchodní majetek podle § 6 odst. 3 ObchZ je veškerý majetek právnické osoby po odečtení veškerých závazků.

Vlastní kapitál definuje § 6 odst. 4 ObchZ tak, že vlastní kapitál tvoří vlastní zdroje financování majetku právnické osoby. Účetní předpisy pojem vlastní kapitál samostatně nedefinují. Je obecně chápán jako zbytková hodnota, vzniklá rozdílem mezi souhrnem aktiv (majetkem) a sumou cizích zdrojů. Vlastní kapitál se zobrazuje v pasivech vedle cizího kapitálu (rezervy, úvěr, závazky) a je tvořen základním

kapitálem, fondy, nerozděleným ziskem, ziskem běžného období a neuhrazenou ztrátou minulých let²⁰.

Vlastnímu kapitálu, jako účetnímu pojmu, pojmově odpovídá právní ekvivalent čistý obchodní majetek²¹. Tady je ale nutno zdůraznit, že se jedná o pojmy, které mají zachycovat stejnou podstatu, hodnotově se ale mohou v určitý časový okamžik značně lišit. Je to dáno tím, že v účetnictví jsou hodnoty vyjádřeny v historických pořizovacích cenách²², kdežto čistý obchodní majetek je vyjádřením momentální neboli aktuální hodnoty majetku společnosti. Tak reálný majetek společnosti může být mnohem vyšší anebo nižší, než je vykazován v účetních závěrkách. Proto po provedení znaleckého ocenění majetku vytváří zanikající společnost položku „Oceňovací rozdíly z přecenění při přeměnách“, která představuje fond z přecenění majetku na reálnou hodnotu, a tak uvádí hodnotu vlastního kapitálu zanikající společnosti do souladu s hodnotou čistého obchodního majetku²³.

Pro účely této kapitoly budu dále vycházet z toho, že hodnota čistého obchodního majetku zanikající společnosti podle posudku znalce odpovídá hodnotě vlastního

²⁰ Zjednodušená bilance (aktiva a pasiva) společnosti:

Aktiva	Pasiva
1) Stálá aktiva (dlouhodobý majetek): <ul style="list-style-type: none"> • Hmotná • Nehmotná • Finanční 	1) Vlastní kapitál: <ul style="list-style-type: none"> ➤ Základní kapitál ➤ Fondy včetně položky „Oceňovací rozdíly z přecenění majetku a závazků“ a položky „Oceňovací rozdíly z přecenění při přeměnách“ ➤ Nerozdělený zisk a zisk běžného období/ neuhrazená ztráta
2) Oběžná aktiva: <ul style="list-style-type: none"> • Zásoby • Pohledávky • Krátkodobý finanční majetek 	2) Cizí kapitál: <ul style="list-style-type: none"> ➤ Rezervy ➤ Úvěry ➤ Závazky

²¹ KUHN, P., ŠTENGLOVÁ, I., BÍLÁ, I., HAVEL, B.: *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev: Komentář*. 1. Praha: C.H.Beck, 2010, s. 263.

²² Zákon č. 563/1991 Sb., o účetnictví.

²³ SKÁLOVÁ, J. Rozdělování vlastního kapitálu po přeměně. *Auditor*. 10/2008, s. 25.

kapitálu vykazovaného v konečné účetní závěrce zanikající společnosti a v tom případě položka „Oceňovací rozdíly z přecenění při přeměnách“ není vytvořena.

2.2. Základní pravidlo pro stanovení maximální výše základního kapitálu nástupnické společnosti a některá omezení společná všem typům fúzí v rámci skupiny společností.

Zákon o přeměnách neobsahuje ustanovení, které by stanovilo pravidlo pro určení výše základního kapitálu společné pro všechny druhy kapitálových společností.

V případě nástupnické akciové společnosti je výše základního kapitálu nástupnické společnosti podle § 104 ZoPř daná součtem výše základního kapitálu nástupnické společnosti před fúzí a jmenovitých hodnot akcií, jež mají být vydány za účelem výměny pro akcionáře zanikající společnosti (pokud nedochází ke změnám ve jmenovité hodnotě akcií dosavadních akcionářů nástupnické společnosti). Přičemž maximální jmenovitá hodnota akcií, kterou lze vydat akcionářům zanikající společnosti, nesmí přesáhnout výši čistého obchodního majetku zanikající společnosti dle posudku znalce pro ocenění jmění (§ 103 ZoPř).

V případě nástupnické společnosti s ručením omezeným je výše základního kapitálu nástupnické společnosti podle § 89 odst. 1 ZoPř daná součtem výše základního kapitálu nástupnické společnosti před fúzí a výše nových vkladů do základního kapitálu nástupnické společnosti všech společníků zanikající společnosti (pokud se nezvyšuje nebo nesnižuje výše vkladů do základního kapitálu dosavadních společníků nástupnické společnosti).

Určitý interpretační problém vyvolává otázka maximální výše obchodních podílů, kterou lze vydat společníkům zanikající společnosti ve společnosti nástupnické. Domnívám se, že pravidlo pro maximální výši obchodního podílu najdeme v zákoně o přeměnách, ale je nešťastně systematicky zařazeno do stejného paragrafu, jaký

upravuje zvláštní případ fúze sesterských společností (§ 98 ZoPř). Druhý odstavec tohoto paragrafu zní: „*Součet výše nových vkladů nebo částek zvýšení dosavadních vkladů společníků zanikající společnosti do základního kapitálu nástupnické společnosti nesmí přesáhnout výši čistého obchodního majetku zanikající společnosti vyplývajícího z posudku znalce pro ocenění jmění*“²⁴. Tato věta stanoví pravidlo, jež určuje maximální výši obchodních podílů, kterou lze vydat společníkům zanikající společnosti ve společnosti nástupnické, a tváří se jako obecné pravidlo v případě všech fúzí sloučením s nástupnickou společností s ručením omezeným.

Uvedená úprava pro akciovou společnost i pro společnost s ručením omezeným zdánlivě vypadá tak, že celá výše čistého obchodního majetku zanikající společnosti by mohla být použita ke zvýšení základního kapitálu v nástupnické společnosti. Ve skutečnosti tomu tak není. Jedná se o to, že některé položky vlastního kapitálu nesmějí být použity pro zvýšení základního kapitálu a pro vydání obchodních podílů nebo akcií, ačkoliv byly započteny znalcem do hodnoty čistého obchodního majetku.

Konkrétně hodnota, která je součástí čistého obchodního majetku podle posudku znalce, ale která nesmí být použita na tvoření základního kapitálu nástupnické společnosti, je položka vlastního kapitálu „Oceňovací rozdíly z přecenění majetku a závazků“²⁵. Tato položka představuje kapitálový fond, který vzniká z přeceňovacích rozdílů mezi zpravidla pořizovací cenou a reálnou hodnotou. Pod tento fond spadají realizovatelné cenné papíry, majetkové účasti přeceňované ekvivalencí (rozvahově) a deriváty, které slouží jako zajištění budoucích rozvahových položek. Je to fond, který je přísně účelově vázán k tomu konkrétnímu aktivu, při jehož přecenění byl vytvořen. Může být použit (a položka zrušena) po příslušné operaci s aktivem, ke kterému je vázán, např. při prodeji nebo dalším přecenění cenného papíru anebo vypořádání nebo

²⁴ Shodně viz KUHN, P., ŠTENGLOVÁ, I., BÍLÁ, I., HAVEL, B.: *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev: Komentář*. 1. Praha: C.H.Beck, 2010, s. 331.

²⁵ Pozn. autora: položka „Oceňovací rozdíly z přecenění majetku a závazků“ nesmí být zaměňovaná s položkou „Oceňovací rozdíly z přecenění při přeměnách“. První položka je evidována v účetnictví již před provedením ocenění čistého obchodního majetku znalcem, kdežto druhá se vytváří po provedení ocenění čistého obchodního majetku a vyjadřuje tak rozdíl mezi hodnotou vlastního kapitálu podle účetní závěrky a hodnotou čistého obchodního majetku dle posudku znalce.

přecenění derivátu. Je vyloučena možnost použití toho fondu k jakékoliv transakci s vlastním kapitálem směrem k akcionářům nebo společníkům. Proto, byl-li evidován tento fond v účetnictví zanikající společnosti (např. zanikající společnost vlastnila cenné papíry třetí společnosti a fond byl vytvořen z jejich přecenění), musí být převeden do téže položky i v nástupnické společnosti²⁶.

V následujících podkapitolách se budu věnovat otázkám určení maximální výše základního kapitálu pro různé druhy fúzí. Je však na místě podotknout, že v otázce stanovení výše základního kapitálu zůstává určitý prostor pro vůli zúčastněných společností. Čistý obchodní majetek zanikající společnosti se nestává automaticky vkladem společníků nástupnické společnosti do základního kapitálu společnosti nástupnické. Z ustanovení § 88 resp. § 100 zákona o přeměnách, podle kterého projekt fúze²⁷ musí obsahovat výši vkladu a výši obchodního podílu a výměnný poměr akcií každého společníka, vyplývá, že čistý obchodní majetek se nemusí v celé výši stát vkladem společníka do nástupnické společnosti. Potvrzuje to i starší judikatura: „*v jaké hodnotě se započítává obchodní jmění zanikající společnosti na vklad do základního jmění [dnes základního kapitálu] vznikající společnosti, vyplývá z projektu přeměny*“²⁸.

²⁶ SKÁLOVÁ, J. Rozdělování vlastního kapitálu po přeměně. *Auditor*. 10/2008, s. 24-25, KUHN, P., ŠTENGLOVÁ, I., BÍLÁ, I., HAVEL, B.: *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev: Komentář*. 1. Praha: C.H.Beck, 2010, s. 249, KŘÍŽ, P. Ještě několik poznámek k přeměnám společností. *Auditor*. 9/2008, s. 29.

²⁷ DONNÉ, M. Výměnný poměr při přeměnách obchodních společností. *Právní rádce*. 11/2009, s. 4.

²⁸ Rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 29 Odo 300/2004 ze dne 22. února 2005; shodně KUHN, P., ŠTENGLOVÁ, I., BÍLÁ, I., HAVEL, B.: *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev: Komentář*. 1. Praha: C.H.Beck, 2010, s. 331.

2.3. Příklad up-stream fúze a maximální výše základního kapitálu.

Up-stream fúzí neboli fúzí nahoru se rozumí fúze společnosti do jednoho z jejích akcionářů nebo společníků, pokud jsou právníckými osobami - fúze dceřiné společnosti do její mateřské společnosti.

Kapitálová propojenost v případě up-stream fúze tedy znamená, že majetek nástupnické mateřské společnosti je alespoň částečně tvořen akciemi nebo vklady na dceřiné společnosti. V zásadě se mohou vyskytnout dva případy: buď se jedná o 100% vlastněnou dceřinou společnost, anebo je dceřiná společnost vlastněna několika osobami.

Při fúzi dceřiné společnosti do společnosti mateřské, která na ní drží 100% podíl, zákon nabízí pro stanovení základního kapitálu nástupnické společnosti dvě možnosti:

- dceřiná společnost zanikne, nástupnická mateřská společnost převezme všechny její majetek a závazky, ale nepoužije vlastní kapitál zanikající společnosti ke zvýšení svého základního kapitálu; anebo
- dceřiná společnost zanikne, nástupnická mateřská společnost převezme všechny její majetek a závazky a zvýší základní kapitál z vlastního kapitálu zanikající společnosti.

Nejdůležitější otázkou je, v jaké výši lze využít celý čistý obchodní majetek zanikající společnosti dle posudku znalce na zvýšení základního kapitálu nástupnické společnosti anebo jakou výši čistého obchodního majetku zanikající společnosti lze rozptýlit do vlastního kapitálu s výjimkou základního kapitálu.

Již výše bylo naznačeno, že pokud zanikající společnost má v účetnictví položku „Oceňovací rozdíly z přecenění majetku a závazků“, bude převedena do vlastního kapitálu mimo základní kapitál do stejné položky a nesmí být použita na zvýšení základního kapitálu nástupnické společnosti. To je jedno, nicméně nikoliv jediné omezení výše čistého obchodního majetku, které může být použito na zvýšení základního kapitálu. (Pro zjednodušení budu dále vycházet z toho, že zanikající společnost tuto položku neeviduje).

Další omezení výše čistého obchodního majetku, které lze použít na zvýšení základního kapitálu, není výslovně uvedeno v zákoně o přeměnách, ale jenom se dovozuje z podstaty věci a je bez vazby na zákon o přeměnách promítnuto do českého účetního standardu č. 011. Toto omezení spočívá ve vyloučení podílů na zanikající dceřiné společnosti v majetku nástupnické mateřské společnosti proti vlastnímu kapitálu nástupnické dceřiné společnosti. Jak to funguje a proč tak tomu je?

Mateřská společnost již před fúzí drží obchodní podíl resp. akcie na zanikající společnosti a tato hodnota tvoří základní kapitál zanikající společnosti a je následně promítnuta do hodnoty čistého obchodního majetku dle posudku znalce. Je nutno si uvědomit, že tato hodnota je evidovaná v účetnictví dvakrát: jednak jako aktivum v účetnictví mateřské společnosti, jednak v účetnictví dceřiné společnosti jako základní kapitál. Proto je při fúzi nutné od hodnoty čistého obchodního majetku zanikající společnosti odečíst hodnotu obchodního podílu nebo akcií, jež drží mateřská společnost na zanikající dceřiné společnosti²⁹. A výsledná hodnota bude ta, která skutečně přejde na nástupnickou společnost. Pokud by tato operace nebyla provedena, došlo by k virtuálnímu nafukování základního kapitálu nástupnické společnosti a popření zásady tvorby a zachování základního kapitálu³⁰, protože základní kapitál by nebyl hodnotovým vyjádřením přecházejícího majetku³¹.

Pro názornost ilustrujeme uvedené na zjednodušeném případě fúze dvou společností s ručením omezeným, kde M je mateřská společnost, do níž fúzuje dceřiná společnost D. Konečné rozvahy společností jsou zjednodušené. Mateřská společnost M nevykazuje žádné závazky (cizí zdroje) a veškerý její majetek je podíl na dceřiné společnosti D. Nástupnická společnost M chce maximálně zvýšit svůj základní kapitál z vlastního kapitálu dceřiné společnosti.

²⁹ Český účetní standard pro podnikatele č. 011, bod 2.8. V zahajovací rozvaze společnosti je nutno vyloučit obchodní podíly a akcie na zanikající společnosti proti vlastnímu kapitálu nástupnické mateřské společnosti v pořizovacích cenách.

³⁰ Důvodová zpráva k Návrhu zákona o přeměnách, obecná část, bod 138.

³¹ DĚDIČ, J. *Obchodní zákoník : Komentář. Díl I §1-92e*. Praha : Polygon, 2002, s..353.

Konečná rozvaha společnosti M:

Aktiva		Pasiva	
Podíl na společnosti D	200 000 Kč	Základní kapitál	200 000 Kč
Celkem	200 000 Kč	Celkem	200 000 Kč

Konečná rozvaha společnosti D:

Aktiva		Pasiva	
Nemovitosti	200 000 Kč	Základní kapitál	200 000 Kč
Celkem	200 000 Kč	Celkem	200 000 Kč

Od hodnoty vlastního kapitálu dceřiné společnosti D (ten se v daném případě rovná základnímu kapitálu, protože společnost D nevykazuje žádné závazky) odečteme pořizovací cenu podílu na společnosti D, která je evidovaná v rozvaze společnosti M. Hodnota, která zůstává, je maximální hodnotou, která může být použita na zvýšení základního kapitálu nástupnické společnosti. V daném případě je však výsledkem této jednoduché matematické operace nula, což znamená, že základní kapitál zvýšit nelze. Odtud lze vyvodit obecné pravidlo, že zvýšit základní kapitál nástupnické společnosti lze jen tehdy, pokud hodnota čistého obchodního majetku dle posudku znalce je vyšší než hodnota obchodního podílu nebo akcií vykazovaná v účetnictví mateřské společnosti a zvýšit lze jen o hodnotu tohoto rozdílu.

Z toho logicky plyne, že pokud hodnota vlastního kapitálu/čistého obchodního majetku zanikající společnosti je nižší než hodnota, za kterou byl pořízen podíl na ní, výsledek odečtení by vedl k záporné hodnotě a tato hodnota by musela být odečtena od vlastního kapitálu mateřské společnosti, což by vedlo ke snížení vlastního kapitálu mateřské společnosti. Má-li nástupnická společnost velký vlastní kapitál, vede takový problém jenom k odčerpávání jejího vlastního kapitálu. Nemá-li však nástupnická společnost poměrně velký vlastní kapitál, vede tento problém k vykazování záporného vlastního kapitálu v zahajovací rozvaze nástupnické společnosti.

Pokud je společnost vlastněná několika společníky nebo akcionáři a fúzuje do jednoho z nich, princip vyloučení obchodních podílů nebo akcií funguje stejně. Jediným

rozdílem tu je, že cena pořizovacího podílu na zanikající společnosti se odečítá nikoliv z celého čistého obchodního majetku, ale jenom z té části, která připadá na toho společníka nebo akcionáře, do něhož fúzuje zanikající společnost. Zbytek hodnoty čistého obchodního majetku zanikající společnosti může být použit na zvýšení základního kapitálu nástupnické společnosti.

Chtěla bych poznamenat, že operování s čistým obchodním majetkem dle posudku znalce jako s hodnotou, od které se odečítá hodnota podílu nebo akcií, je poměrně novinkou v obchodním právu. Před tím se pro tuto operaci používal vlastní kapitál zanikající společnosti zjištěný z její konečné účetní závěrky. Tak se v praxi mohlo stát, že z účetního hlediska nebylo možné zvýšit základní kapitál nástupnické společnosti, ačkoliv to ve skutečnosti reálná hodnota zanikající společnosti dovozovala. Tomuto problému se snaží čelit právě zavedená možnost znaleckého ocenění jmění zanikající společnosti podle § 73 odst. 1 ZoPř. Možnost provést přecenění majetku dceřiné společnosti je vítaná, pokud se očekává, že podle znaleckého posudku bude obchodní jmění zanikající společnosti vyšší než pořizovací cena obchodního podílu. A v tom případě bude možné zvýšit základní kapitál nástupnické společnosti.³²

2.4. Příklad down-stream fúze a maximální výše základního kapitálu.

Down-stream fúze je fúze sloučením, v rámci níž zaniká společnost, která má podíl na společnosti nástupnické, je to fúze mateřské společnosti do společnosti dceřiné.

Aktiva zanikající mateřské společnosti, včetně obchodního podílu nebo akcií na dceřiné společnosti, přechází na nástupnickou dceřinou společnost. V tom je obsaženo i specifikum fúzí dolů, že tímto postupem na dceřinou společnost fúzí přecházejí její vlastní podíl nebo vlastní akcie.

³² SKÁLOVÁ, J. Sloučení mateřské a dceřiné společnosti dle nového zákona o přeměnách. *Bulletin KDP* ČR . 3/2009, s. 62-63.

Zákon poskytuje dvě možnosti, jak naložit s takto nabytým vlastním obchodním podílem nebo vlastními akciemi: buď si nástupnická dceřiná společnost ponechá vlastní obchodní podíl nebo vlastní akcie, anebo může nástupnická dceřiná společnost použít tento obchodní podíl resp. tyto akcie k výměně společníkům resp. akcionářům zanikající společnosti za jejich obchodní podíly nebo akcie na zaniklé společnosti³³.

2.4.1. Výše základního kapitálu při nabytí vlastního podílu.

První varianta je založena na myšlence, že dceřiná společnost fúzí nabude vlastní podíl. Dojít k tomu může v případě, pokud se společník nebo akcionář zanikající společnosti vzdá svého práva na výměnu podílu nebo akcií za podíly nebo akcie na nástupnické společnosti (např. se bude jednat o společníka, který nesouhlasil s fúzí a vystupuje ze zanikající společnosti). Pro ilustraci uvádím následující příklad.

Připravujeme fúzi sloučením dvou společností s ručením omezeným, kde M je mateřská společnost, která fúzuje do dceřiné společnosti D. Společnost D je z 50% vlastněna společností M. Konečné rozvahy společností jsou zjednodušené. Mateřská společnost M nevykazuje žádné závazky (cizí zdroje).

Konečná rozvaha zanikající mateřské společnosti M:

Aktiva		Pasiva	
Podíl na společnosti D	200 000 Kč	Vlastní kapitál	300 000 Kč
Peníze	100 000 Kč		
Celkem	300 000 Kč	Celkem	300 000 Kč

³³ §§ 99, 136, 155 ZoPř.

Konečná rozvaha dceřiné společnosti D:

Aktiva		Pasiva	
Nemovitosti	500 000 Kč	Základní kapitál	400 000 Kč
Movité věci	100 000 Kč	Závazky	200 000 Kč
Celkem	600 000 Kč	Celkem	600 000 Kč

Zahajovací rozvaha nástupnické společnosti D bude vypadat následovně:

Aktiva		Pasiva	
Nemovitosti	500 000 Kč	Základní kapitál	400 000 Kč
Movité věci	100 000 Kč	Vlastní 50 % podíl	- 200 000 Kč
Peníze z M	100 000 Kč	Vlastní kapitál z M	300 000 Kč
		Závazky	200 000 Kč
Celkem	700 000 Kč	Celkem	700 000 Kč

Z uvedené poslední tabulky je vidět, že základní kapitál nástupnické společnosti lze zvýšit na hodnotu vlastního kapitálu převzatého z mateřské společnosti (300 000,- Kč). Otázkou je, jak naložit s podílem, který na nástupnickou společnost přechází.

Pokud je nástupnická společnost společností s ručením omezeným, musí ve vztahu k nabytému vlastnímu obchodnímu podílu postupovat podle ustanovení § 120 a § 113 odst. 5 a 6 ObchZ. Podle těchto ustanovení valná hromada dceřiné společnosti musí do šesti měsíců rozhodnout buď o tom, že se podíl převede na jiného společníka nebo na

třetí osobu, nebo o rozdělení tohoto podílu mezi společníky, anebo musí snížit svůj základní kapitál o hodnotu tohoto podílu.³⁴

Bude-li nástupnická společnost akciovou společností, musí nabyté vlastní akcie musí zcizit do tří let od jejich nabytí, jinak je povinna bez zbytečného odkladu snížit o jejich jmenovitou hodnotu základní kapitál v souladu s § 161 b) odst. 2, 3, 4 ObchZ³⁵.

Dokud nebude přijato rozhodnutí o zcizení vlastního podílu, bude se tato hodnota nacházet v zahajovací rozvaze nástupnické společnosti na straně pasiv v položce vlastní obchodní podíly jako záporná hodnota³⁶. O tuto hodnotu je totiž fakticky snížen vlastní kapitál nástupnické společnosti.

V těchto postupech se uplatňuje stejná zásada tvorby a zachování základního kapitálu, jako v případě fúze nahoru. Zásada tvorby a zachování základního kapitálu, plynoucí ze zásady ochrany věřitelů, vyžaduje, aby oproti základnímu kapitálu společnosti stála reálná majetková hodnota. Jinak dochází k nafukování základního kapitálu.

2.4.2. Maximální výše základního kapitálu při výměně podílu společníkům nebo akcionářům zanikající společnosti.

Tou druhou možností je použít akcie resp. obchodní podíly, které přejdou na nástupnickou společnost (coby vlastní akcie resp. obchodní podíly), na výměnu společníkům zanikající společnosti za jejich akcie resp. obchodní podíly na zanikající společnosti.

³⁴ PELIKÁN, R. *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev : Komentář. 1. díl. §1-179.* Praha : Leges, 2010. s. 170-171; KUHN, P., ŠTENGLOVÁ, I., BÍLÁ, I., HAVEL, B.: *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev: Komentář. 1.* Praha: C.H.Beck, 2010, s. 490.

³⁵ ŠTENGLOVÁ, I.; PLÍVA, S.; TOMSA, M. a kol. *Obchodní zákoník : Komentář. 11.* Praha : C.H.Beck, 2006, s. 550.

³⁶ Český účetní standard pro podnikatele č. 011, bod 2.9., první věta.

Zákon o přeměnách ani v tomto případě nepočítá s tím, že výsledný maximální základní kapitál nástupnické společnosti nemůže být dle logiky věci zvýšen o celou hodnotu čistého obchodního majetku zanikající společnosti. Tak tomu je proto, že znalec, který oceňuje čistý obchodní majetek zanikající mateřské společnosti, do této hodnoty zahrne i hodnotu obchodního podílu nebo akcií na nástupnické dceřiné společnosti, který/keré jsou v majetku zanikající mateřské společnosti. Nicméně v okamžiku, kdy nástupnická dceřiná společnost vydá tento obchodní podíl nebo akcie společníkům nebo akcionářům zanikající mateřské společnosti, přesně o tuto hodnotu se „ztenčí“ hodnota čistého obchodního majetku zanikající mateřské společnosti, která na nástupnickou společnost přešla. Pokud bychom od vlastního kapitálu nástupnické společnosti neodečetli hodnotu podílů nebo akcií, došlo by k nafukování základního kapitálu nástupnické dceřiné společnosti a popření zásady zachování základního kapitálu.

České účetní standardy předepisují o hodnotu vlastních obchodních podílů snížit vlastní kapitál nástupnické dceřiné společnosti³⁷.

Pro názornost uvádím příklad, kde M je mateřská společnost, která zanikne v důsledku fúze, D je dceřiná nástupnická společnost. V uvedeném příkladu je konečná rozvaha obou společností s ručením omezeným zjednodušená. Společnost M nemá žádný další majetek s výjimkou podílu na dceřiné společnosti.

Konečná rozvaha společnosti M:

Aktiva		Pasiva	
Podíl na společnosti D	200 000 Kč	Základní kapitál	200 000 Kč
Celkem	200 000 Kč	Celkem	200 000 Kč

³⁷ Český účetní standard pro podnikatele č. 011, bod 2.9., druhá věta.

Konečná rozvaha společnosti D:

Aktiva		Pasiva	
Nemovitosti	300 000 Kč	Základní kapitál	200 000 Kč
Movité věci	50 000 Kč		
Pohledávky	50 000 Kč	Závazky	200 000 Kč
Celkem	400 000 Kč	Celkem	400 000 Kč

Výsledná rozvaha nástupnické dceřiné společnosti bude znázorňovat jednoduchou matematickou operaci, když od vlastního kapitálu nástupnické dceřiné společnosti bude odečten podíl na dceřiné společnosti, který byl v majetku zanikající mateřské společnosti, a k tomu přidána hodnota vlastního kapitálu zanikající společnosti. Tato matematická operace reflektuje skutečnost, že dceřiná společnost nenabyla do vlastního majetku své vlastní obchodní podíly resp. své akcie z majetku rodičovské společnosti, ale v souladu s § 99 nebo § 136 ZoPř tyto obchodní podíly resp. akcie rovnou poskytla společníkům resp. akcionářům zanikající společnosti výměnou za jejich podíly na mateřské společnosti.

Zahajovací rozvaha nástupnické dceřiné společnosti D:

Aktiva		Pasiva	
Nemovitosti	300 000	Základní kapitál	200 000
Movité věci	50 000	Vlastní podíl	-200 000
		Základní kapitál M	200 000
Pohledávky	50 000	Závazky	200 000
Celkem	400 000	Celkem	400 000

Z uvedeného příkladu plyne, že základní kapitál nástupnické dceřiné společnosti lze navýšit jen tehdy, pokud zanikající mateřská společnost má ještě i další majetek kromě podílů na nástupnické dceřiné společnosti, protože na zvýšení základního kapitálu lze

použít jen to, co zbude z vlastního kapitálu zanikající společnosti po odečtení hodnoty podílu na nástupnické dceřiné společnosti.

Tady je na místě podotknout, že na rozdíl od situace, kde nástupnická společnost nabývá vlastní podíly, protože se společníci nebo akcionáři vzdali práva na výměnu, zde nedochází ke snížení základního kapitálu.

2.5. Příklad fúze sesterských společností a maximální výše základního kapitálu.

Sesterskými společnostmi jsou společnosti, které mají aspoň jednu osobu, která se podílí na základním kapitálu zároveň všech společností. Vzor úpravy fúzí sesterských společností nemá oporu ve Třetí směrnici, nýbrž je převzat ze zkušeností zahraniční právní úpravy, zejména německého a rakouského akciového práva³⁸.

Protože jsou sesterské společnosti propojeny personálně a nikoliv kapitálově³⁹, není zde žádné riziko, že jedna a tatáž hodnota bude započtena dvakrát a že tak proti části základního kapitálu nebude stát žádná skutečná majetková hodnota (takové riziko existuje v případě mateřské a dceřiné společnosti).

Proto v otázce stanovení výše základního kapitálu se fúze sesterských společností nejvíce podobá klasické fúzi mimo skupinu společností. Základní kapitál nástupnické společnosti může být zvýšen maximálně o hodnotu čistého obchodního majetku zanikající společnosti.

38 Důvodová zpráva k zákonu č. 370/2000 Sb., kterým se mění zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, sněmovní tisk 476/0, bod 280, dostupný na <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=3&CT=476&CT1=0>

³⁹ V rámci této kapitoly rozebírám jednoduchý případ, kdy dvě společnosti mají aspoň jednoho stejného akcionáře nebo společníka.

3. STANOVENÍ VÝMĚNNÉHO POMĚRU, VÝMĚNA PODÍLŮ.

V předchozí kapitole byla změna výše základního kapitálu rozebrána z pohledu nástupnické společnosti. Nyní se budu na ten samý proces dívat z pohledu společníků nebo akcionářů nástupnické společnosti (původních a nových). Důležitými otázkami tady jsou otázka výše podílů společníků a akcionářů zanikající společnosti na nástupnické společnosti a otázka, kdy dochází k vydání nových vkladů nebo akcií a kdy dochází ke zvýšení jmenovité hodnoty akcií dosavadních akcionářů nebo zvýšení výše vkladu dosavadních společníků.

Výměna podílů je tou nejdůležitější a klíčovou částí fúze, protože právě výše podílu na nástupnické společnosti akcionáře nebo společníka určuje míru jeho účasti na společnosti.

Základním pravidlem je, že se společníci a akcionáři zanikajících obchodních společností stávají společníky a akcionáři nástupnické obchodní společnosti⁴⁰, pokud se nevzdají svého práva na výměnu. Proto je stěžejní otázkou určení výše nové účasti společníků a akcionářů zanikající společnosti na společnosti nástupnické.

3.1. Výměnný poměr a role výše čistého obchodního majetku zúčastněných společností při určení výše vkladu nebo hodnoty akcií, jež mají být vydány.

Výměnným poměrem u fúze akciových společností je vymezení akcií na nástupnické společnosti, které budou vyměněny za akcie zanikajících společností ve smyslu § 100 písm. a) ZoPř, totiž vymezení akcií co do jejich počtu, jmenovité hodnoty, podoby, druhu, formy a převoditelnosti.⁴¹

⁴⁰ § 64 odst. 1 ZoPř.

⁴¹ NOVÁK, T. Vybrané právní aspekty stanovení výměnného poměru při přeměnách, zejména akciových společností. *Právní rádce*. 10/2006, s. 1.

Výměnným poměrem v případě fúze společností s ručením omezeným je výše vkladu a výše obchodního podílu každého společníka v zanikající společnosti před fúzí a po fúzi v nástupnické společnosti ve smyslu § 88 písm. a) ZoPř.

Zákon o přeměnách nijak blíže nespécifikuje způsob stanovení výměnného poměru. Vzhledem k celé řadě ustanovení o stanovení doplatků na dorovnání a požadavku nepoškození společníků a akcionářů při výměně musí být výměnný poměr stanoven tak, aby byl vyjádřením ekonomické ekvivalence účasti na společnosti, kterou společník nebo akcionář zanikající společnosti pozbývá v zanikající společnosti a nabývá na společnosti nástupnické.

Zákon o přeměnách stanoví, že akcionáři a společníci mohou dostat tolik akcií a vkladů, aby jejich součet nepřesáhl výši čistého obchodního majetku zanikající společnosti. Domnívám se, že toto ustanovení není příliš přesné, vyjdeme-li z pojetí ekonomické ekvivalence účasti společníka nebo akcionáře na zanikající společnosti a z podílu této osoby na nástupnické společnosti.

Podíl má dvě složky: výši podílu a hodnotu. Výše podílu je stálou veličinou. U společnosti s ručením omezeným se výše podílu určuje podle poměru vkladů společníků do základního kapitálu v souladu s § 114 ObchZ (nestanoví-li společenská smlouva jinak). U akciové společnosti sice není výslovně stanoveno zákonem, nicméně dá se dovodit, že výše podílu je daná poměrem jmenovité hodnoty akcie k základnímu kapitálu. Výše podílu se vyjadřuje zlomkem nebo procentem.

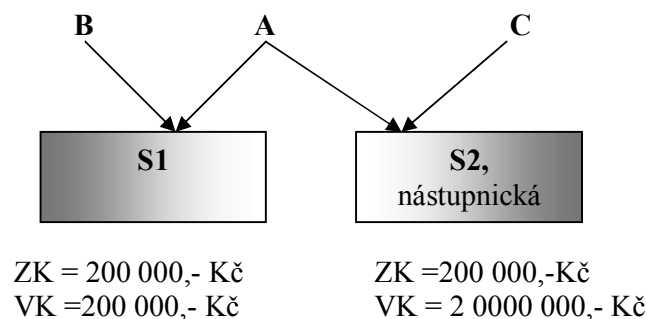
Na rozdíl od výše podílu, hodnota podílu vyjadřuje míru účasti společníka nebo akcionáře na čistém obchodním majetku neboli částku čistého obchodního majetku, která přísluší takové osobě. Proto je tato hodnota proměnlivá v závislosti na výsledcích hospodaření společnosti. Tato částka se vypočítává tak, že výše podílu (stanovená zlomkem nebo procentem) se vynásobí čistým obchodním majetkem⁴².

⁴² DĚDIČ, J. *Obchodní zákoník : Komentář. Díl I §1-92e*. Praha : Polygon, 2002, s. 409-410.

Zákon o přeměnách se snaží docílit toho, aby společník nebo akcionář zanikající společnosti měl v nástupnické společnosti po zvětšení o majetek zanikající společnosti hodnotově stejný podíl na výši čistého obchodního majetku, jaký mu připadal v jeho zanikající společnosti⁴³. Proto pro výpočet výše podílu (nikoliv hodnoty, ta je stejná do a po fúzi) je podstatný nejenom ten majetek, který společník nebo akcionář zanikající společnosti vnáší do nástupnické společnosti, nýbrž i ten majetek, který má před fúzí nástupnická společnost.

V návaznost na to musí být stanovena i výše vkladu nebo hodnota akcií, která takovému společníku nebo akcionáři bude vydána. Ilustrujeme uvedené na příkladě sesterských společností

Připravujeme fúzi dvou sesterských společností S1 a S2, kde S2 je nástupnická společnost. Obě společnosti jsou společnostmi s ručením omezeným, mají společného společníka A, dále mají stejný základní kapitál v minimální zákonné výši 200 000,- Kč, nicméně víme, že vlastní kapitál společnosti S1 je 200 000,- Kč a vlastní kapitál společnosti S2 je 2 000 000,- Kč. Společníci B a A se podílejí na společnosti S1 ve stejném poměru a každý má vklad ve výši 100 000,- Kč. Společníci A a C se podílejí na společnosti S2 ve stejném poměru a každý má vklad ve výši 100 000,-Kč.



⁴³ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 14. listopadu 2007 sp. zn. 29 Odo 989/2006: „[společníci zanikající společnosti] mají právo na takový podíl v nástupnické společnosti, jaký odpovídá - co do podílu na majetku – jejich majetkovému podílu v zanikající společnosti“.

Zákon o přeměnách dovoluje vydat společníkům A a B vklady na nástupnické společnosti v souhrnné výši 200 000,- Kč a na stejnou výši zvýšit základní kapitál nástupnické společnosti. Jaké budou důsledky takového rozhodnutí?

Nová výše základního kapitálu nástupnické společnosti je 400 000,- Kč, vklad společníka C zůstal v původní výši 100 000,- Kč, tím pádem se jeho podíl na základním kapitálu zmenšil z původních 50 % na pouhých 25 %. Výše podílu B se nezmění, A dostane podíl ve výši 25 %. Jestliže společník A měl původně podíl na zanikající společnosti ve výši 100 000,- Kč a na společnosti nástupnické ve výši 100 000,- Kč, tedy celkem 200 000,- Kč, po fúzi už jeho účast na vlastním kapitálu odpovídá 550 000,- Kč. Původní společník C měl účast na vlastním kapitálu ve výši 1 000 000,- Kč, po fúzi 550 000,- Kč.

Z tohoto příkladu je jasně vidět, že se společník A zanikající společnosti „obohatí“ na úkor původního společníka nástupnické společnosti C.

Proto hovoří-li zákon o přeměnách, že společníkům nebo akcionářům zanikající společnosti lze vydat vklady nebo akcie až do výše čistého obchodního majetku zanikající společnosti, upravuje zvláštní případ fúze, kdy takové vydání vkladů nebo akcií nepoškodí původní společníky nebo akcionáře nástupnické společnosti. Ve všech ostatních případech je nutno nastavit výši vkladů a akcií na nástupnické společnosti tak, aby se společníci nebo akcionáři takovým vkladem nebo akciemi podíleli na stejné výši čistého obchodního majetku jako před fúzí a aby takovým postupem nedošlo k poškození společníků nebo akcionářů jak nástupnické, tak i zanikající společnosti. Tento princip uvažování o stanovení výše vkladu a výše akcií je společný pro všechny typy fúzí v rámci skupiny společností (nahoru, dolů a fúze sesterských společností) a platí také pro klasickou fúzi mimo skupinu společností.

V návaznosti na výši všech vkladů nebo vydaných akcií se zkoriguje i výše, o kterou bude zvýšen základní kapitál nástupnické společnosti.

3.2. Nová akcie, nový vklad, zvýšení jmenovité hodnoty akcií, zvýšení výše vkladu.

Jak bylo uvedeno v předchozí podkapitole, za svoji účast na zanikající společnosti je společník nebo akcionář oprávněn dostat ekvivalentní majetkovou účast na nástupnické společnosti. Vnější projevem takové účasti jsou akcie nebo vklad, které bude mít akcionář nebo společník na nástupnické společnosti. V této souvislosti používá zákon o přeměnách pojem nová akcie a nový vklad.

Za nové akcie se považují akcie nástupnické společnosti, které byly nově vydané (na základě usnesení valné hromady nebo představenstva nástupnické akciové společnosti) za účelem vydání akcionářům zanikající společnosti k výměně za akcie zanikající společnosti⁴⁴. Novým vkladem se rozumí vklad, který dostane společník zanikající společnosti na společnosti nástupnické výměnou za vklad na společnosti zanikající.

Zákon tak jasně říká, že akcionář nebo společník zanikající společnosti dostane nové akcie nebo nový vklad na společnosti nástupnické. Nicméně v případě, že se tato osoba podílela jak na zanikající, tak na nástupnické společnosti, zákon o přeměnách nedává jasnou odpověď, jestli bude nutno také přikročit k vydání nových akcií nebo vkladu, nebo zda postačí zvýšit jmenovitou hodnotu akcií nebo výši vkladu.

V případě nástupnické akciové společnosti se doktrína shoduje na tom, že podle současné právní úpravy pokud se jedna a táž osoba podílí jak na společnosti zanikající, tak na společnosti nástupnické, nelze zvýšit jmenovitou hodnotu jejich akcií, nýbrž je nutno přikročit k vydání nových akcií. Výjimkou z tohoto pravidla je, že pokud se stejné osoby podílely ve stejném poměru na všech zúčastněných společnostech, lze zvýšit jmenovitou hodnotu jejich akcií z majetku zanikající společnosti⁴⁵. Zvýšení

⁴⁴ § 103 ZoPř.

⁴⁵ DĚDIČ, J. *Obchodní zákoník : Komentář. Díl II §93-175*. Praha : Polygon, 2002, s.1300, KUHN, P., ŠTENGLOVÁ, I., BÍLÁ, I., HAVEL, B.: *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev: Komentář*. 1. Praha: C.H.Beck, 2010, s. 433, PELIKÁN, R. *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev : Komentář. 1. díl. §1-179*. Praha : Leges, 2010. s. 222.

jmenovité hodnoty akcií se provádí zvýšením jmenovité hodnoty všech druhů, forem a podob akcií v souladu se zásadou rovného zacházení s akcionáři⁴⁶. Pro názornost uvádím příklad.

Původními akcionáři nástupnické společnosti jsou osoby A, B, C, na zanikající společnosti se podílejí jako akcionáři osoby C, D. Protože nemáme stejné společníky, kteří by se podíleli na dvou společnostech ve stejném poměru, akcionáři C nelze zvýšit jmenovitou hodnotu jeho akcií, místo toho mu budou vydány nové akcie.

Úprava nástupnické společnosti s ručením omezeným se liší od úpravy akciové společnosti. V souladu s § 90 odst. 2 ZoPř lze zvyšovat výše vkladů společníků nástupnické společnosti z majetku zanikající společnosti, pokud nedochází ke změnám v osobách společníků nástupnické společnosti. Pokud se jedna a tatáž osoba podílí jak na společnosti zanikající, tak na společnosti nástupnické, nelze zvýšit výši jejího podílu, nýbrž je nutno přikročit k vydání nového podílu. Avšak v důsledku toho, že společník může mít zásadně jenom jeden obchodní podíl, jeho nový podíl automaticky „přiroste“ k podílu původnímu⁴⁷.

Můžeme shrnout, že podle současné úpravy se podmínky, za kterých lze zvýšit jmenovitou hodnotu akcií, liší od podmínek, kdy lze zvýšit výše vkladů. Domnívám se ale, že současná úprava, nedovolující zvýšit jmenovitou hodnotu akcií z čistého obchodního majetku zanikající společnosti akcionářem v těch nástupnických společnostech, kde nedochází ke změně v osobách akcionářů, zbytečně omezuje akcionáře v případě, že mají zájem na zvýšení jmenovité hodnoty svých akcií. Podle stávající úpravy, aby docílili zvýšení jmenovité hodnoty akcií, musejí nejdříve provést fúzi a až následným krokem provést zvýšení jmenovité hodnoty svých akcií už z vlastního kapitálu společnosti, který nově obsahuje i vlastní kapitál zaniklé společnosti. Tento postup je ale dle mého názoru zbytečně komplikovaný a přináší s sebou

⁴⁶ DĚDIČ, J. *Obchodní zákoník : Komentář. Díl III §176 –220 zb.* Praha : Polygon, 2002, s. 2600.

⁴⁷ KUHN, P., ŠTENGLOVÁ, I., BÍLÁ, I., HAVEL, B.: *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev: Komentář.* 1. Praha: C.H.Beck, 2010, s. 312; PELIKÁN, R. *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev : Komentář. 1. díl. §1-179.* Praha : Leges, 2010. s. 160.

dodatečné náklady vynaložené na emise nových akcií v těch případech, kde by se vystačilo prostým vyznačením vyšší jmenovité hodnoty na dosavadních akciích⁴⁸. Návrh novely zákona o přeměnách obsahuje nově § 109a, jehož úprava odpovídá úpravě společnosti s ručením omezeným, a totiž umožňuje v případě, že nedochází ke změnám v osobách akcionářů nástupnické společnosti, zvýšit jmenovitou hodnotu akcií akcionářům.

V tomto navrhovaném znění § 109a existuje určité úskalí a nebezpečí v případě akciové společnosti, že se akcie nebudou vyměňovat, ale bude zvýšena jejich jmenovitá hodnota. Toto úskalí spočívá v tom, že v mezidobí mezi schválením projektu přeměny a zápisem přeměny do obchodního rejstříku může akcionář převést akcie zanikající společnosti na třetí osobu. Nejvyšší soud již judikoval, že akcionář může převést akcie poté, co bylo do obchodního rejstříku zapsáno sloučení, a nabyvatelům akcií svědčí právo na vydání akcií nástupnické společnosti jako jejím akcionářům⁴⁹. V případě, kdy se vydávají nové akcie, se tato situace řeší tím, že budou vydané nové akcie novému akcionáři. V případě, kdy se zvyšuje jmenovitá hodnota původních akcií, situace je sice komplikovanější, ale není novinkou pro české právo přeměn. Toto riziko převodu akcií na třetí osobu již existuje v případě sesterských společností, kde se všechny osoby podílejí ve stejném poměru na všech zúčastněných společnostech a kde se provádí pouhé zvýšení jmenovité hodnoty akcií.

3.3. Výměna podílů v případě up-stream fúze a podíly původních společníků nebo akcionářů nástupnické společnosti.

Úprava up-stream fúze je obsažena v § 97 ZoPř pro fúze společností s ručením omezeným a v § 134 ZoPř pro fúze akciových společností. V případě křížových fúzí

⁴⁸ § 209 odst. 2 ObchZ.

⁴⁹ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 23. května 2000 sp. zn. 29 Cdo 2337/2000.

akciových společností se společnostmi s ručením omezeným odkazuje zákon na obdobné použití § 97 a § 134 zákona o přeměnách⁵⁰.

Úprava § 97 a § 134 ZoPř, jež má svůj původ v článku 19 odst. 2 písm. a) Třetí Směrnice, byla do zákona o přeměnách převzata z obchodního zákoníku⁵¹. Nově je zde výslovná úprava pro společnosti s ručením omezeným, která byla doposud řešena odkazem na úpravu výměny akcií v akciové společnosti.

Ustanovení § 97 a § 134 ZoPř určují, že pokud má nástupnická společnost podíl na zanikající společnosti ve svém majetku v době zápisu vnitrostátní fúze do obchodního rejstříku, je zakázána výměna podílu na zanikající společnosti za podíl na nástupnické společnosti. Jedná se o výjimku z obecného pravidla o výměně podílů. Tento zákaz nepochybně sleduje zamezení nabytí svých vlastních podílů⁵², protože by nástupnická společnost měla vydat sama sobě obchodní podíl nebo akcie za akcie nebo vklady na zanikající společnosti.

Pokud se jedná o případ 100% dceřiné společnosti, žádné podíly se vyměňovat nebudou. Nicméně mateřská společnost může z čistého obchodního majetku zanikající společnosti provést navýšení hodnoty vkladů svých společníků nebo vydat nové akcie svým akcionářům.

Pokud má zanikající dceřiná společnost kromě mateřské společnosti i další společníky nebo akcionáře, kteří se nevzdali práva na výměnu, nebude se vyměňovat jenom podíl mateřské společnosti jako společníka nebo akcionáře. Ostatní akcionáři nebo společníci zanikající společnosti mají nárok na výměnu svých podílů.

Jaká výše akcií nebo vkladu přísluší na nástupnické společnosti akcionářům nebo společníkům zanikající společnosti? V návaznosti na mé předchozí úvahy o účasti

⁵⁰ § 156 ZoPř.

⁵¹ § 220g ObchZ.

⁵² KUHN, P., ŠTENGLOVÁ, I., BÍLÁ, I., HAVEL, B.: *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev: Komentář*. 1. Praha: C.H.Beck, 2010, s. 431, 329, shodně DONNÉ, M. Výměnný poměr při přeměnách obchodních společností. *Právní rádce*. 11/2009, s. 5.

společníků nebo akcionářů na čistém obchodním majetku zanikající společnosti, všem ostatním společníkům nebo akcionářům přísluší účast na vlastním kapitálu nástupnické společnosti ve výši odpovídající hodnotě jejich podílu na čistém obchodním majetku zanikající společnosti. Od této účasti by se pak měla odvíjet i výše jejich vkladů nebo hodnota akcií na nástupnické společnosti.

Zcela logickou je tady otázka, jestli v případě up-stream fúze lze dosavadním společníkům nebo akcionářům nástupnické společnosti vydat nové akcie nebo nový vklad z čistého obchodního majetku zanikající společnosti? V souvislosti s principem odděleného posuzování zúčastněných společností platí, že vklad společníka nebo akcie akcionáře v nástupnické společnosti musí vždy pocházet z vlastních zdrojů té společnosti, na které se daný společník před fúzí podílel.

Sice současná úprava není jednoznačná, nicméně doktrína se přiklání k názoru, že společníkům nástupnické společnosti lze zvýšit výši jejich vkladů v případě, že zanikající společnost byla 100% vlastněna mateřskou společností a v každém dalším případě, kdy nedochází ke změnám v osobách společníků nástupnické společnosti (např. dceřiná společnost byla ještě vlastněna osobou, která se podílela zároveň i na mateřské společnosti).

Dle současné úpravy a podle převažujícího mínění je v případě akciové společnosti nutno vždy přikročit k vydání nových akcií, protože nemůže nastat situace, kdy by se na mateřské a na dceřiné společnosti podílely stejné osoby ve stejném poměru⁵³.

3.4. Nabytí vlastního obchodního podílu v případě down-stream fúze.

Down-stream fúzí přechází na nástupnickou dceřinou společnost její vlastní podíl. Zákon v § 99 a § 136 ZoPř říká, že nabude-li dceřiná společnost v důsledku vnitrostátní

⁵³ KUHN, P., ŠTENGLOVÁ, I., BÍLÁ, I., HAVEL, B.: *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev: Komentář*. 1. Praha: C.H.Beck, 2010, s. 432 - 433.

fúze své vlastní podíly, může nástupnická společnost - dceřiná společnost - použít tyto podíly k výměně akcionářům resp. společníkům za jejich podíly na zaniklé mateřské společnosti. Z dikce zákona jasně vyplývá alternativa: nástupnická společnost buďto použije tento podíl k výměně, nebo jej nabude sama. Společníci nebo akcionáři zanikající společnosti mají nicméně vždy přednostní právo na výměnu svých podílů.

Nejvyšší soud konstatoval: „*nástupnická společnost se může stát majitelem vlastního obchodního podílu pouze tehdy, nedojde-li takovým postupem k „majetkovému poškození“ společníků. Takový stav však přichází v úvahu jen výjimečně (bude tomu tak tehdy, vzdají-li se společníci zanikající společnosti práva na výměnu obchodních podílů). Ve všech ostatních případech je třeba dát přednost zájmům společníků zanikající společnosti a dovést, že mají právo na takový podíl v nástupnické společnosti, jaký odpovídá - co do podílu na majetku – jejich majetkovému podílu v zanikající společnosti“.*⁵⁴

Společníci mají nicméně právo vzdát se práva na výměnu podílu, např. vystupují-li ze zanikající společnosti pro nesouhlas s fúzí nebo jedná-li o restrukturalizaci skupiny společnosti, kde z pohledu celé skupiny je tady ekonomický důvod pro společníky zanikající společnosti vzdát se práva na výměnu.

Vzdá-li se některý ze společníků nebo akcionářů práva na výměnu svého podílu, přejde tento na nástupnickou společnost. Obchodní zákoník dovoluje, ale jen pro omezenou dobu 6 měsíců pro společnost s ručením omezeným a tři let pro akciovou společnost, vlastnit vlastní podíl. Po uplynutí této doby však společnost musí zcizit vlastní podíl nebo o jeho hodnotu snížit základní kapitál. V souvislosti s tím vzniká otázka, jak velký podíl může v důsledku vzdání se práva na výměnu přejít na nástupnickou společnost.

Může nástupnická společnost nabýt 100% vlastní podíl?

Argumentem, který by byl na podporu nemožnosti takového nabytí, je, že společnost sice může vlastnit svůj podíl, ale nesmí po tu dobu vykonávat hlasovací práva na valné

⁵⁴ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 14. listopadu 2007 sp. zn. 29 Odo 989/2006.

hromadě. To ve svém důsledku vede k tomu, že pokud by se jednalo o vlastní podíl v případě společnosti s ručením omezeným, tak společnost nemůže ani převést tento podíl na třetí osobu, neboť toto rozhodnutí přísluší valné hromadě⁵⁵. Po uplynutí lhůty pro zcizení podílu nemůže akciová společnost ani společnost s ručením omezeným přijmout rozhodnutí o snížení základního kapitálu o hodnotu tohoto 100 % vlastního podílu ani o následném zvýšení základního kapitálu aspoň na zákonem stanovenou minimální výši, protože toto rozhodnutí může přijmout jenom valná hromada.

Domnívám se, že v daném případě nelze hovořit o ochraně zájmů společníků nebo akcionářů a o jejich právu na vystoupení ze zanikající mateřské společnosti jako o argumentu na podporu možnosti nabýt 100% vlastní podíl. Společníci nebo akcionáři zanikající mateřské společnosti právě schválili projekt fúze a tak vyjádřili svůj souhlas s fúzí.

Názor o nemožnosti nabýt 100% vlastní podíl zastává i členka Prezidia Komory daňových poradců ČR Ing. Jana Skálová⁵⁶. Stejně tak připravovaná novela zákona o přeměnách výslovně stanoví, že se nelze vzdát práva na výměnu, pokud by v nástupnické společnosti nezůstal ani jeden společník nebo akcionář⁵⁷.

Nejvyšším soudem bylo nicméně dříve judikováno, byť v souvislosti se zánikem účasti jediného společníka ve společnosti vydáním exekučního příkazu k postižení jeho obchodního podílu, že společnost se může stát sama sobě jediným společníkem a v postavení jediného společníka rozhodnout o prodeji obchodního podílu může a musí⁵⁸.

⁵⁵ Pozn. autora: v případě akciové společnosti rozhodnutí o převodu vlastních akcií na třetí osobu činí představenstvo.

⁵⁶ SKÁLOVÁ, J.; ČOUKOVÁ, P. *Účetní a daňové dopady transakcí v kapitálové společnosti : 2.aktualizované a rozšířené vydání*. Praha : Wolters Kluwer ČR, 2009, s. 246.

⁵⁷ Návrh zákona o přeměnách ,§ 7a odst. 4.

⁵⁸ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 31. října 2006 sp. zn. 29 Odo 850/2006. Potvrzeno následně usnesením Nejvyššího soudu ze dne 1. srpna 2007 sp. zn. 29 Odo 1028/2006.

Osobně se přikláním k názoru, že nabytí 100% vlastního podílu není možné, nicméně vzhledem k existenci judikátu Nejvyššího soudu ze dne 31. října 2006 nevylučuji, že v praxi bude docházet k vypracování projektu fúze s nabytím 100% vlastního podílu, pokud nedojde k přijetí nové úpravy, která ukáže, na kterou stranu se přiklonil zákonodárce.

3.5. Výměna podílů v případě down-stream fúze.

Výměna podílů společníkům nebo akcionářům zanikající společnosti za podíly na nástupnické společnosti je tou primární variantou, která se může stát v rámci down-stream fúze, pokud se společníci nebo akcionáři nevzdali svého práva na výměnu.

Úprava této výměny je ale specifická v porovnání s úpravou výměny podílů u up-stream fúze a fúze sesterských společností. V podstatě se tady nejedná o výměnu podílů na nástupnické společnosti společníkům a akcionářům zanikající společnosti za jejich podíly na této zanikající společnosti.

Pro nástupnickou akciovou společnost zákon o přeměnách stanoví, že pokud na nástupnickou společnost přejdou v důsledku fúze její vlastní akcie, může nástupnická dceřiná společnost použít tyto akcie k výměně za akcie zaniklé společnosti⁵⁹.

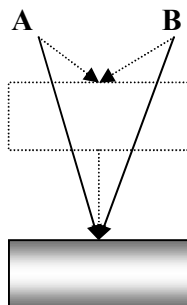
Pro nástupnickou společnost s ručením omezeným zákon říká, že pokud na nástupnickou společnost přejdou v důsledku fúze její vlastní obchodní podíly, může nástupnická dceřiná společnost použít tyto obchodní podíly k výměně za obchodní podíly zaniklé společnosti⁶⁰.

Podstata výměny podílů pro kapitálové společnosti v rámci down-stream fúze znamená, že ten obchodní podíl nebo akcie na dceřiné společnosti, které držela zanikající mateřská společnost, budou vydány společníkům nebo akcionářům zanikající mateřské

⁵⁹ §136 ZoPř.

⁶⁰ § 99 ZoPř.

společnosti, a tak společníci nebo akcionáři zaniklé společnosti budou přímo vlastnit obchodní podíl nebo akcie na nástupnické společnosti.



Taková výměna obchodních podílů, resp. akcií společníkům nebo akcionářům zanikající společnosti je sice preferovanou variantou, jak to vyznívá z rozhodnutí Nejvyššího soudu 29 Odo 989/2006 ze dne 14. listopadu 2007, avšak i tato varianta má své úskalí, na které nepamatuje zákon o přeměnách.

Vlastní akcie nebo vlastní obchodní podíl nástupnická společnost nabývá v důsledku fúze a následně je vyměňuje za akcie nebo obchodní podíly na zaniklé společnosti. V rámci této operace zákon o přeměnách provádí mechanickou výměnu vkladů⁶¹ nebo akcií bez ohledu na čistý obchodní majetek zanikající společnosti.

Nejvyšší soud vyjádřil obavu⁶², že v takovém případě může dojít k majetkovému poškození jak akcionářů nebo společníků zanikající společnosti, tak akcionářů nebo společníků nástupnické společnosti, a to v závislosti na majetkovém poměru zúčastněných společností.

⁶¹ Zákon sice mluví o obchodním podílu, nicméně nezohledňuje majetek zanikající společnosti, který nabude nástupnická společnost, proto zde není žádný faktor, který by změnil původní výši vkladu, který měla zanikající mateřská společnost na nástupnické dceřiné společnosti.

⁶² Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 14. listopadu 2007 sp. zn. 29 Odo 989/2006.

Pokud majetek zanikající společnosti tvoří nejenom akcie nebo obchodní podíl ve společnosti nástupnické, není vhodné a odůvodněné, aby dosavadní společníci nebo akcionáři získali na nástupnické společnosti ve svém souhrnu právě jen takový vklad nebo akcie v takové jmenovité hodnotě, které by odpovídaly vkladu nebo jmenovité hodnotě akcií na společnosti nástupnické⁶³. Tomu je tak proto, že ostatní majetek zanikající společnosti by přešel na společnost nástupnickou, aniž by společníci nebo akcionáři zanikající společnosti dostali další akcie nebo větší obchodní podíl na společnosti nástupnické.

Pokud by byla situace opačná, tj. majetek zanikající společnosti by tvořil jenom účast na společnosti nástupnické, avšak zanikající společnost by vykazovala významné závazky, následkem sloučení takové předlužené společnosti do její dcery by bylo snížení majetkové účasti původního společníka nebo akcionáře na nástupnické společnosti. Tímto postupem by došlo k poškození původního společníka nebo akcionáře ve prospěch společníků nebo akcionářů společnosti zanikající.

S ohledem na ustanovení § 99 a § 136 zákona o přeměnách a výše uvedené úvahy se domnívám, že současná úprava zohledňuje jenom tu situaci, kdy veškerý majetek zanikající společnosti tvoří akcie nebo obchodní podíl na společnosti nástupnické. Totiž jenom v takovém případě výměnou předpokládanou zákonem nedojde k poškození akcionářů nebo společníků žádné ze zúčastněných společností, neboť provedené sloučení nevyvolá žádné relevantní posuny v hodnotách účasti společníka nebo akcionáře zanikající a nástupnické společnosti.

Řešení tohoto problému navrhl Nejvyšší soud, a sice dovydání obchodních podílů nebo akcií těm společníkům nebo akcionářům, kteří by byli výměnou podílů poškozeni.

V této souvislosti bych chtěla pro zajímavost uvést precedentní rozhodnutí Rakouského Nejvyššího soudního dvora ze dne 11. 11. 1999, který se vyjádřil k otázce hodnoty

⁶³ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 14. listopadu 2007 sp. zn 29 Odo 989/2006.

aktiv, přecházejících na nástupnickou společnost při down-stream fúzi, a k možnosti výměny podílů společníkům zanikající společnosti⁶⁴.

Rakouský Nejvyšší soudní dvůr upozornil, že down-stream fúzi může dojít ke znevýhodnění starých věřitelů dceřiné společnosti, pokud mateřská společnost vykazuje značné závazky, které na dceřinou společnost jako nástupnickou společnost přejdou fúzí, a pokud majetková hodnota mateřské společnosti netvoří dostatečnou majetkovou kompenzaci. Za přípustné shledal Nejvyšší soudní dvůr takové fúze, kde buď existuje kladná tržní hodnota převáděných aktiv, nebo před fúzí dojde ke snížení základního kapitálu u nástupnické společnosti⁶⁵.

3.6. Výměna obchodních podílů v případě fúze sesterských společností.

Výměna podílů v případě fúze sesterských podílů se liší podle akcionářské struktury nebo struktury společníků zúčastněných na fúzi společností. V zásadě mohou nastat tři různé situace:

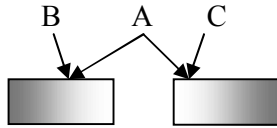
- (i) sesterské společnosti mají aspoň jednoho společného společníka nebo akcionáře;
- (ii) sesterské společnosti mají stejné společníky nebo akcionáře, kteří se podílejí v různém poměru na zúčastněných společnostech;

⁶⁴ Na tomto místě bych chtěla zdůraznit, že podle rakouské úpravy je povinnost, nikoliv možnost (na rozdíl od českého zákona o přeměnách) převést obchodní podíl či akcie na společníky či akcionáře zanikající společnosti. NOVÁK, T. Zadlužené akviziční struktury (Leveraged buyout - LBO). *Právní rádce* [online]. 6/2007, [cit. 2010-11-28]. Dostupný z WWW: <http://pravnicaradce.ihned.cz/c4-10078240-21466980-F00000_d-zadluzene-akvizicni-struktury-leveraged-buyout-lbo>.

⁶⁵ Rozhodnutí rakouského Nejvyššího soudního dvora ze dne 11. 11. 1999, 6 Ob 4/99b v NOVÁK, T. Zadlužené akviziční struktury (Leveraged buyout - LBO). *Právní rádce* [online]. 6/2007, [cit. 2010-11-28]. Dostupný z WWW: <http://pravnicaradce.ihned.cz/c4-10078240-21466980-F00000_d-zadluzene-akvizicni-struktury-leveraged-buyout-lbo>..

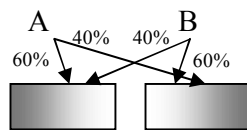
- (iii) sesterské společnosti mají stejné společníky nebo akcionáře, kteří se podílejí ve stejném poměru na zúčastněných společnostech;

Ad (i). Ilustrujeme tento případ schematicky:



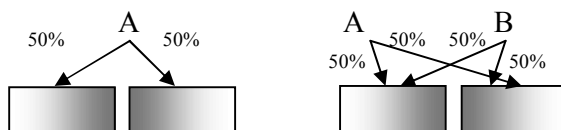
V tomto případě společníci nebo akcionáři zanikající společnosti dostanou výměnou za svůj podíl na zanikající společnosti podíl na nástupnické společnosti v podobě nových akcií nebo vkladů. V souladu s výše podaným výkladem v dané situaci nelze zvyšovat jmenovitou hodnotu akcií toho akcionáře nebo společníka, který se podílí zároveň na obou zúčastněných společnostech, protože není splněna podmínka stejných osob a stejných poměrů, kterými se podílejí na zúčastněných společnostech.

Ad (ii). Ilustrujeme tento případ schematicky:



Řešení této situace podle stávající právní úpravy je stejné, a sice že proběhne výměna podílu s tím, že společníkům zanikající společnosti budou vydány nové akcie a nové vklady. Nové vklady jim nicméně „přirostou“ k původním. Tady je na místě upozornit, že připravovaná novela nově umožní v takové situaci zvýšit jmenovitou hodnotu akcií a výše vkladů⁶⁶.

Ad (iii). Ilustrujeme tuto situaci schematicky.



⁶⁶ Důvodová zpráva k Návrhu zákona o přeměnách, Bod 163 (§ 89 odst. 1 písm. b) a c)) pro společnost s ručením omezeným a bod 205 (§ 109a odst. 1) pro akciovou společnost.

Zákon o přeměnách stanoví, že společnost s ručením omezeným nevymění obchodní podíly za své obchodní podíly, jestliže se tytéž osoby podílejí ve stejném poměru jak na nástupnické, tak na zanikající společnosti, jestliže tak stanoví projekt fúze. Výše obchodního podílu se vyjadřuje v procentech nebo zlomkem. Protože se všichni společníci podílejí ve stejném poměru na zúčastněných společnostech, není důvod vyměňovat podíl: jeho výše v procentuálním vyjádření zůstane stejná, změní se jenom jeho hodnota. Při tomto postupu je možnost zvýšit výše vkladů společníků nástupnické společnosti.

Podobná situace nastává i v akciové společnosti. Akcii jako podílu na společnosti bude po fúzi odpovídat vyšší hodnota čistého obchodního majetku, ale nezmění se výše podílu v procentech. Je tady zbytečné finančně a časově zatěžovat společnost vydáním nových akcií, a proto postačí změnit jmenovitou hodnotu akcií⁶⁷. Nicméně vydání nových akcií je také možné. Za nové akcie se budou považovat vlastní akcie použité pro účel vydání, nové akcie vydané podle § 103 zákona o přeměnách a akcie získané snížením jmenovité hodnoty původních akcií nástupnické společnosti podle § 213a obchodního zákoníku.

Zde je na místě poznamenat, že nevyměňovat podíly lze jenom tehdy, pokud všechny vklady do základního kapitálu zanikající společnosti s ručením omezeným byly zcela splaceny nebo emisní kurs akcií zanikající akciové společnosti byl plně splacen.

Při fúzi sesterských společností, stejně jako v případě jiných typů fúzí, zákon říká, že nominální hodnota emitovaných akcií nebo vydaných vkladů nesmí převýšit výši čistého obchodního majetku zanikající společnosti. Ve skutečnosti v souladu s výkladem podaným v podkapitole 3.1., přesněji by bylo říci, že výše nově vydaných vkladů nebo akcií (zvýšená výše vkladu nebo jmenovité hodnoty akcií) musí odpovídat stejnému podílu na čistém obchodním majetku nástupnické společnosti, jaký před fúzí měli společníci nebo akcionáři na zanikající společnosti.

⁶⁷ Postačí prosté vyznačení výše jmenovité hodnoty na dosavadních akciích v souladu s § 209 odst. 2 ObchZ.

3.7. Přípustnost výměny podílů v případě předlužených společností a jiné důsledky podstatného snížení vlastního kapitálu nástupnické společnosti.

Společníkovi nebo akcionáři v zásadě přísluší taková výše podílu na čistém obchodním majetku nástupnické společnosti, která by hodnotově odpovídala hodnotě jeho podílu na zaniklé společnosti.

Problematickou je z mého pohledu situace, kdy zanikající společnost vykazuje značnou neuhrazenou ztrátu minulých let a v tom případě je její vlastní kapitál buďto hodně nízký, nebo dokonce záporný. Uvedené ilustruji příkladem nízkého vlastního kapitálu.

Připravuje se up-stream fúze sloučením, kde M je mateřská společnost a je společností nástupnickou, D je dceřiná společnost a je zanikající společností. Společnost D je vlastněná z 50 % společností M a z 50 % dalším společníkem S. Veškerý majetek společnosti M tvoří jen podíl na společnosti D.

Konečná rozvaha společnosti M:

Aktiva		Pasiva	
50 % podíl v D	200 000 Kč	Základní kapitál	200 000 Kč
Celkem	200 000 Kč	Celkem	200 000 Kč

Konečná rozvaha společnosti D:

Aktiva		Pasiva	
Nemovitosti	50 000 Kč	Základní kapitál	400 000 Kč
		Neuhrazená ztráta	350 000 Kč
Celkem	50 000 Kč	Vlastní kapitál celkem	50 000 Kč

Z konečné rozvahy společnosti D je vidět, že její vlastní kapitál tvoří jenom 50 000,- Kč. Každý ze společníků se podílí z 50 % na čistém obchodním majetku této společnosti. Z toho vyplývá, že společnosti M, coby společníkovi, přísluší 25 000,- Kč a společníkovi S přísluší také 25 000,- Kč. Jenom svoji částku může použít společnost M na vyloučení podílu na společnosti D. Po odečtení (25 000 Kč - 200 000 Kč) vyšla záporná hodnota, kterou je nutno odečíst od vlastního kapitálu společnosti M. Tato matematická operace znázorňuje, že podíl na společnosti D v majetku společnosti M neodpovídal jeho reálné hodnotě, totiž majetek zanikající společnosti byl mnohem menší. Společník S je oprávněn dostat takový podíl na společnosti M, který by hodnotově odpovídal podílu 25 000,- Kč na čistém obchodním majetku nástupnické společnosti.

Domnívám se, že v takové situaci by se dal základní kapitál nástupnické společnosti maximálně zvýšit o 25 000 Kč, čemuž by odpovídal obchodní podíl společníka S, ale vlastní kapitál nástupnické společnosti by bylo nutno snížit o 150 000 Kč bez zásahu do základního kapitálu po vytvoření nové položky oceňovací rozdíly z přecenění majetku a závazků, což odráží podstatu vyloučení obchodního podílu oproti vlastnímu kapitálu.

V souvislosti s problémem nízkého vlastního kapitálu zanikající společnosti bych chtěla upozornit na problematičnost, ba dokonce potenciální nemožnost uskutečnit fúze sloučením do nástupnické společnosti s ručením omezeným. Souvisí to s požadavkem minimální výše vkladu společníka do společnosti nástupnické, která tvoří 20 000 Kč. Pokud je výše vlastního kapitálu zanikající společnost taková, hodnota podílu, která připadá na společníka, je menší než 20 000 Kč a společníkovi není možno vyměnit jeho podíl v zanikající společnosti za podíl ve společnosti nástupnické. Např. činí-li vlastní kapitál zanikající společnosti 20 000 Kč a společník se podílí z 50 % na základním kapitálu, přísluší společníkovi v nástupnické společnosti podíl ve výši 10 000 Kč a takovému společníkovi proto nelze vyměnit podíl. Případným řešením by bylo zvýšení základního kapitálu zanikající společnosti. Uvedený problém je však aktuální jen pokud je nástupnickou společností společnost s ručením omezeným. U akciové společnosti není žádné omezení výše hodnoty nově vydaných akcií.

Výše jsem rozebrala případ vykázání nízkého vlastního kapitálu, ale zanikající společnost může mít i záporný vlastní kapitál, vykazuje-li ztrátu.

S vykázáním záporného vlastního kapitálu je spojeno několik otázek: (i) jestli je přípustná fúze, kde zanikající společnost vykazuje záporný vlastní kapitál a pokud ano, tak (ii) může-li v tomto případě dojít k vydání nových obchodních podílů nebo vydání nových akcií, (iii) jestli je přípustná fúze, kde se výsledný vlastní kapitál nástupnické společnosti pohybuje v záporných hodnotách.

Ad (i) a (ii). Domnívám se, že záporný vlastní kapitál zanikající společnosti sám o sobě není překážkou úspěšného zápisu fúze: buď bude „pokryt“ vlastním kapitálem nástupnické společnosti a tím pádem jej značně odčerpá, anebo bude např. převzat do neuhrazené ztráty. Správnost tohoto závěru potvrzuje i praxe. V prvních měsících roku 2010 byly zapsány dvě fúze sloučením v rámci skupin společností, kde zanikající společnosti vykazovaly záporný vlastní kapitál. V prvním případě se jednalo o fúzi sloučením společností iStyle CZ, s.r.o. a AZSoft, s.r.o., kde zanikající společnost AZSoft, s.r.o. vykazovala záporný vlastní kapitál, který byl následně převeden do neuhrazené ztráty v nástupnické společnosti. Druhý případ ilustruje fúze společnosti C – CAFÉ, s.r.o. se záporným vlastním kapitálem do nástupnické společnosti PHL – SPRÁVNÍ, a.s., která snížila vlastní kapitál o hodnotu záporného vlastního kapitálu zanikající společnosti⁶⁸.

Přestože je taková fúze možná, domnívám se, že v tomto případě není možno vydat společníkům či akcionářům zanikající společnosti obchodní podíl nebo akcie na společnosti nástupnické. V souvislosti s nemožností vyměnit podíly se domnívám, že taková fúze je přípustná jen v těch případech, kde buď není nutno vydávat nové podíly,

⁶⁸ Viz projekt vnitrostátní fúze sloučením sesterských společností iStyle CZ, s.r.o., vedené u Městského soudu v Praze, oddíl C, vložka 117066, IČ: 275 83 368, a společnosti AZSoft, s.r.o., vedené u Krajského soudu v Brně, oddíl C, vložka 29907, IČ: 255 19 859 dostupný ve Sbírce listin na www.justice.cz. Dále např. projekt up-stream fúze sloučením společností C - CAFÉ s.r.o., vedené u Městského soudu v Praze, oddíl C, vložka 123822, IČ: 264 13 949 do nástupnické společnosti PHL - SPRÁVNÍ a.s., vedené u Městského soudu v Praze, oddíl B, vložka 12396, IČ: 281 62 854, dostupný ve Sbírce listin na www.justice.cz

nebo dojde ke vzdání se práva na výměnu. Podle mého názoru by totiž mohla být do obchodního rejstříku zapsána fúze předlužených zanikajících společností v případě up-stream fúze 100% dceřiné společnosti do své mateřské společnosti, fúze sesterských společností, vzdají-li se společníci nebo akcionáři práva na výměnu nebo pokud jsou sesterské společnosti vlastněny stejnými osobami a nebude se zvyšovat ani jmenovitá hodnota akcií, ani nebudou vydány nové akcie dosavadních akcionářů nástupnické společnosti, ani nebude zvýšená výše obchodního podílu dosavadního společníka nástupnické společnosti. Pro zajímavost uvedu, že v případě fúze sloučením společností iStyle CZ, s.r.o. a AZSoft, s.r.o., tedy sesterských společností se stejným jediným společníkem, nedošlo následně ke zvýšení výše vkladu tohoto jediného společníka na nástupnické společnosti. Příklad sloučení společnosti C – CAFÉ, s.r.o., do svého jediného společníka společnosti PHL – SPRÁVNÍ, a.s., je up-stream fúzí se svou 100% vlastněnou dcerou.

Zajímavá situace nastává v případě fúze down-stream. Zanikající společnost, jakkoliv by byla předlužena, bude mít v aktivech vždy podíl na nástupnické společnosti, který může být vyměněn za podíl na zanikající společnosti společníkům a akcionářům zanikající společnosti. Fúzí přecházejí na nástupnickou společnost dluhy zanikající společnosti k tíži nástupnické společnosti. Zákon nečiní žádnou překážku, aby taková fúze nebyla zapsaná do obchodního rejstříku. Proto je nastavení výměny podílu břemenem tížícím nástupnickou společnost, aby takovou fúzí nepoškodila své společníky a akcionáře.

Ad (iii) Záporný výsledný vlastní kapitál nástupnické společnosti je považován teorií za překážku úspěšného zápisu takové fúze do obchodního rejstříku⁶⁹. Praxe rejstříkových

⁶⁹ SKÁLOVÁ, J. Sloučení mateřské a dceřiné společnosti dle nového zákona o přeměnách. *Bulletin KDP ČR* . 3/2009, s. 62. , shodně viz KUHN, P., ŠTENGLOVÁ, I., BÍLÁ, I., HAVEL, B.: *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev: Komentář*. 1. Praha: C.H.Beck, 2010, s. 329.

soudů však potvrzuje pravý opak⁷⁰. Ve Sbírce listin obchodního rejstříku lze najít projekty fúze, které předpokládají mnohamilionové záporné vlastní kapitály nástupnických společností. Např. případ fúze sloučením společnosti Byga, a.s. do nástupnické mateřské společnosti CHLADÍČÍ TECHNIKA PRAHA, s.r.o. (dnes AURUM Development s.r.o.), s výsledným záporným vlastním kapitálem nástupnické společnosti ve výši 54 miliony Kč.

Chtěla bych tady ještě poukázat na jeden problém. V souvislosti s tím, že zákon o přeměnách nijak blíže nspecifikuje, které položky vlastního kapitálu mají být převedeny do kterých položek vlastního kapitálu v nástupnické společnosti, existuje zde reálný problém záměrného podhodnocení aktiv nástupnické společnosti. Nástupnická společnost má totiž možnost veškerý vlastní kapitál převést do položky cizí zdroje, a tak záměrně vytvořit účetní podhodnocení hodnoty společnosti za situace, kdy na společnost přejde reálný majetek zanikající společnosti.

V souvislosti se záporným vlastním kapitálem zde existuje ještě jeden problém, a to konkrétně z korporálního hlediska. V případě nástupnické akciové společnosti (§ 193 odst. 1 ObchZ) a v případě nástupnické společnosti s ručením omezeným (§ 128 odst. 2 ObchZ zde odkazuje rovněž na § 193 odst. 1) stíhá statutární orgán povinnost svolat valnou hromadu bez zbytečného odkladu poté, co zjistí, že celková ztráta společnosti dosáhla takové výše, že při jejím uhrazení z disponibilních zdrojů společnosti by neuhrazená ztráta dosáhla poloviny základního kapitálu, anebo pokud zjistí, že se společnost dostala do úpadku. V tomto případě má statutární orgán povinnost navrhnout valné hromadě zrušení společnosti nebo přijetí jiného opatření. Porušením povinnosti svolat valnou hromadu statutární orgán nejen odpovídá společnosti za vzniklou škodu, způsobenou tímto jednáním, ale může se dopustit také trestného činu (např. trestného činu porušování povinností při správě cizího majetku podle § 220 z. č. 40/2009 Sb., trestní zákoník).

⁷⁰Projekt vnitrostátní fúze sloučením ze dne 20.04.2008 společnosti Byga, a.s., IČ: 256 06 930, vedené u Městského soudu v Praze, oddíl B, vložka C, do nástupnické společnosti CHLADÍČÍ TECHNIKA PRAHA, s.r.o., IČ: 251 10 641, vedená u Městského soudu v Praze, oddíl C, vložka 50450, dostupný ve Sbírce listin na www.justice.cz.

O takové kritické výši ztráty nástupnické společnosti bude známo již ve chvíli, kdy je připravena zahajovací rozvaha nástupnické společnosti resp. kdy se schvaluje projekt fúze. Valná hromada, která má schvalovat projekt fúze, musí totiž v souladu s § 193 odst. 1 ObchZ rozhodovat o případném zrušení společnosti. Tak se však děje ještě za situace, kdy se ztráta jenom předpokládá (z faktického hlediska nenastala, protože dosud nedošlo k fúzi). Až v okamžiku, kdy rejstříkový soud zapíše fúzi do obchodního rejstříku, mění se kritická ztráta z předpokládané na zjištěnou. Právě rozhodnutí rejstříkového soudu o zápisu je tak impulsem pro statutární orgán, aby svolal valnou hromadu a navrhl zrušení nástupnické společnosti nebo přijetí jiného opatření⁷¹.

Tímto jiným opatřením většinou bývá dodatečné zvýšení základního kapitálu příplatkem společníka nebo akcionáře nástupnické společnosti⁷², který může být poskytován buď jako povinný, uložený rozhodnutím valné hromady, anebo jako příplatek dobrovolný⁷³. Chtěla bych tady upozornit, že úprava se liší pro společnost s ručením omezeným a akciovou společnost.

V případě společnosti s ručením omezeným lze poskytnout povinný i dobrovolný příplatek. Omezenost využití povinného příplatku mimo základní kapitál je v tom, že může být poskytnut v maximální výši nepřesahující polovinu výše vkladu společníka nebo akcionáře⁷⁴. Ohledně výše dobrovolného příplatku není v odborné veřejnosti shoda, jestli se na ni vztahuje stejné omezení. Dědič se přiklání k restriktivnímu

⁷¹ Důvodová zpráva k Návrhu zákona o přeměnách., bod 10 k novému §5a ZoPř.

⁷² SKÁLOVÁ, J. Sloučení mateřské a dceřiné společnosti dle nového zákona o přeměnách. *Bulletin KDP* ČR . 3/2009, s. 63.

⁷⁴ DĚDIČ, J. *Obchodní zákoník : Komentář. Díl II §93-175*. Praha : Polygon, 2002, s.1076.

výkladu⁷⁵, kdežto daňoví poradci⁷⁶ uvádějí, že výše dobrovolného příplatku není omezená. Nejvyšší soud se přiklonil na stranu neomezenosti dobrovolného příplatku⁷⁷.

V případě akciové společnosti obchodní zákoník neřeší otázku příplatku do vlastního kapitálu mimo základní kapitál. Vycházejíc z ústavní zásady, že povinnosti mohou být ukládány jenom na základě zákona⁷⁸, nelze akcionáře zavázat k příplatkové povinnosti rozhodnutím valné hromady. Naopak v případě dobrovolného příplatku akcionáře „nelze z kontextu žádného ustanovení obchodního zákoníku ani zásad, na nichž spočívá úprava akciové společnosti, obchodní zákoník či český právní řád, dovodit, že by se akcionář nemohl dobrovolně zavázat k příplatku a takový příplatek akciové společnosti poskytnout“⁷⁹.

Příplatek do vlastního kapitálu však není pro společnost řešením vždy, např. pokud není možno poskytnout příplatek v nutné výši. Připravovaná novela zákona o přeměnách obsahuje řešení, které spočívá v tom, že za situace, kdy celková ztráta společnosti dosáhla takové výše, že při jejím uhrazení z disponibilních zdrojů společnosti by neuhrazená ztráta dosáhla poloviny základního kapitálu, osoby zúčastněné na společnosti doloží znalecký posudek, z něhož vyplývá, že fúze nezpůsobí úpadek nástupnické společnosti⁸⁰.

⁷⁵ DĚDIČ, J. *Obchodní zákoník : Komentář. Díl II §93-175*. Praha : Polygon, 2002, s.1078.

⁷⁶ MROZEK, D.; OBRUSNIK, J. Povinnosti statutárního orgánu při vykazání záporného vlastního kapitálu. *TPA Horwath odborné články* [online]. 10.07.2008, [cit. 2010-11-28]. Dostupný z WWW: <<http://www.tpa-horwath.cz>>.

⁷⁷ Viz usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28.07.2005 sp. zn. 29 Odo 892/2004.

⁷⁸ Usnesení České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, čl. 4 odst. 1.

⁷⁹ DĚDIČ, J.; ŠTENGLOVÁ, I.; Čech, P.; KRÍŽ, R. *Akciové společnosti*. 6. Praha : C.H.Beck, 2007. s. 361-362.

⁸⁰ Návrh zákona o přeměnách, §5a ZoPř [...] *přeměna může být zapsána do obchodního rejstříku, jen jestliže osoby zúčastněné na přeměně doloží znalecký posudek, z něhož vyplývá, že přeměna nezpůsobí úpadek nástupnické společnosti*.

4. OKAMŽIK, KE KTERÉMU SE SPOLEČNÍK RESP. AKCIONÁŘ ZANIKAJÍCÍ SPOLEČNOSTI STÁVÁ SPOLEČNÍKEM RESP. AKCIONÁŘEM NÁSTUPNICKÉ SPOLEČNOSTI.

Jedním z účinků fúze je skutečnost, že společníci nebo akcionáři zanikající společnosti se stávají společníky resp. akcionáři nástupnické společnosti, pokud nevyužijí svého práva na vystoupení ze společnosti. K tomuto účinku dochází okamžikem zápisu fúze do obchodního rejstříku⁸¹.

V určitých případech se ale akcionář nebo společník zanikající společnosti nestává akcionářem nebo společníkem nástupnické společnosti. Zařazujeme sem případy upstream fúze. V souladu s ustanovením § 97 písm. a) ZoPř a § 134 písm. a) ZoPř nástupnická společnost nevymění akcie nebo obchodní podíly zanikající společnosti, které jsou v jejím majetku, za své akcie nebo obchodní podíly.

Pokud se stejná osoba podílí jak na zanikající společnosti, tak na společnosti nástupnické ještě před zápisem fúze, nic se nezmění na členství ve společnosti zápisem fúze do obchodního rejstříku. Taková situace může nastat v případě sesterských společností.

Některé nejasnosti může vyvolat tato otázka v případě down-stream fúze, pokud nástupnická společnost rozhodne o výměně svých podílů, které na ni přejdou fúzí, za podíly společníků nebo akcionářů zanikající společnosti na společnosti nástupnické. Konkrétně je tady otázkou, ke kterému okamžiku se akcionáři nebo společníci zanikající společnosti stanou akcionáři nebo společníky nástupnické společnosti s ohledem na to, že společnost nabývá sama svůj podíl a teprve pak jej vyměňuje. Přikláníme se k názoru Dědiče, že „nástupnická společnost se k žádnému okamžiku nestane majitelem vlastního obchodního podílu“ a společníci zanikající společnosti se

⁸¹ KUHN, P., ŠTENGLOVÁ, I., BÍLÁ, I., HAVEL, B.: *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev: Komentář*. 1. Praha: C.H.Beck, 2010, s. 431, 329, PELIKÁN, R. *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev: Komentář. 1. díl. §1-179*. Praha: Leges, 2010. s. 130.

stanou majiteli obchodního podílu k okamžiku zápisu fúze sloučením do obchodního rejstříku⁸².

5. POVINNOST OCENIT JMĚNÍ ZANIKAJÍCÍ SPOLEČNOSTI.

V předchozích kapitolách jsem mluvila o čistém obchodním majetku zanikající společnosti jako o maximální hodnotě všech podílů, které společníci nebo akcionáři zanikající společnosti dostanou na společnosti nástupnické. Tato hodnota čistého obchodního majetku se zjišťuje podle znaleckého posudku. Na tomto místě bych ráda zdůraznila, že absence posudku znalce v situaci, kdy je vyžadován, vede k zamítnutí návrhu na zápis vnitrostátní fúze rejstříkovým soudem. Zákon o přeměnách bohužel nepodává vyčerpávající a jasný přehled všech situací, kdy je nezbytné opatření posudku. Proto je v některých situacích nutno vyložit příslušné ustanovení o povinnosti ocenění z pohledu účelovosti ocenění.

Povinnost ocenit jmění zanikající společnosti je institutem, jehož účelem je chránit určitou kategorii osob. Fúzí mohou být z majetkového hlediska dotčeni společníci/akcionáři nebo věřitelé zúčastněných společností. Dle mého názoru je ocenění jmění zanikající společnosti určeno k ochraně věřitelů nástupnické společnosti a je spojeno se zásadou zachování základního kapitálu.

Snaha, aby společníci/akcionáři zanikající společnosti nedostali na základním kapitálu vyšší hodnotu, než odpovídá čistému obchodnímu jmění zanikající společnosti, nechrání původní společníky a akcionáře nástupnické společnosti. I když totiž společníci nebo akcionáři zanikající společnosti dostanou vklady nebo akcie na nástupnické společnosti přesně ve výši čistého obchodního majetku zanikající společnosti, neznamená to, že po fúzi případně na jejich vklad nebo akcie stejný majetek jako před fúzí a že se tak neobohatí na úkor původních společníků nebo akcionářů.

⁸² DĚDIČ, J. *Obchodní zákoník : Komentář. Díl II §93-175*. Praha : Polygon, 2002, s.1318.

Požadavek, aby společníci/akcionáři zanikající společnosti nedostali na základním kapitálu vyšší hodnotu, než odpovídá čistému obchodnímu jmění zanikající společnosti, má totiž za cíl zajistit, aby vkladu do základního kapitálu nástupnické společnosti odpovídal reálný majetek, který na společnost přešel fúzí. Ochrana základního kapitálu nástupnické společnosti skrz ocenění majetku zanikající společnosti je tak zaměřena právě na ochranu věřitelů nástupnické společnosti.

Základ pro povinnost opatřit znalecký posudek najdeme v § 73 odst. 1 ZoPř, který stanoví, že zanikající společnost je povinna nechat ocenit své jmění posudkem znalce, mají-li být vydány nástupnickou akciovou společností nové akcie pro akcionáře zanikající společnosti nebo mají-li být společníkům zanikající společnosti přiznány vklady a s nimi spojený obchodní podíl na nástupnické společnosti s ručením omezeným nebo zvyšují-li se dosavadní vklady společníků nástupnické společnosti (a tím dochází automaticky i ke zvýšení základního kapitálu), jestliže zdrojem zvýšení je majetek zanikající společnosti.

Určitou nepřesností formulace zmíněného ustanovení je, že z účetního hlediska se zvyšování vkladu odehrává v pasivech a je realizováno nikoliv z majetku zanikající společnosti, ale z jejího vlastního kapitálu⁸³.

Případy, kdy je stanovena povinnost ocenit jmění zanikající společnosti v souladu s § 73 ZoPř, lze shrnout do dvou situací:

- (A) pokud se vydávají nové akcie nebo vklady pro akcionáře resp. společníky zanikající společnosti;
- (B) pokud se zvyšuje dosavadní vklad společníka nástupnické společnosti s ručením omezeným, jestliže je zdrojem zvýšení majetek zanikající společnosti.

⁸³ SKÁLOVÁ, J. Sloučení mateřské a dceřiné společnosti dle nového zákona o přeměnách. *Bulletin KDP* ČR . 3/2009, s. 61.

Dále povinnost ocenit majetek zanikající společnosti najdeme v případě zvýšení jmenovité hodnoty akcií dosavadních akcionářů nástupnické společnosti z majetku (přesněji z vlastního kapitálu) zanikající společnosti podle § 135 odst. 1 ZoPř.

Na první pohled se zdá uvedená úprava komplexní, avšak v praxi, jak to potvrdila judikatura, právě v případě sloučení společností v rámci skupiny společností dochází k nejasnostem.

5.1. Příklad sloučení up-stream.

Zákon o přeměnách neobsahuje speciální ustanovení pro povinnost ocenění majetku v případě up-stream fúze, proto se aplikují obecná pravidla § 73 ZoPř.

Společným pro společnost s ručením omezeným a akciovou společností je, že k oceňování jmění zanikající společnosti dojde podle varianty A (tj. vydávají-li se nové akcie nebo vklady) tehdy, pokud se akcionář nebo společník zanikající společnosti nevzdal práva na výměnu podílů a následně se stane společníkem nebo akcionářem nástupnické mateřské společnosti.

Oceňování jmění zanikající společnosti je povinné, pokud nástupnická společnost s ručením omezeným hodlá zvýšit výše vkladů dosavadním společníkům z majetku zanikající společnosti. Tato situace může nastat ve dvou případech: buď se bude zvyšovat výše vkladu společníků nástupnické společnosti z vlastního kapitálu 100% vlastněné dcery, anebo se bude zvyšovat výše vkladu těm společníkům, kteří se podílí zároveň na zanikající i nástupnické společnosti.

V případě nástupnické akciové společnosti při sloučení up-stream může jen těžko dojít k situaci, za které by se stejné osoby podílely ve stejném poměru na fúzujících společnostech. V tom případě, jak jsem uvedla výše, podle stávající úpravy není možné, aby se zvýšila jmenovitá hodnota akcií dosavadních akcionářů nástupnické společnosti. Proto v případě akciové společnosti v up-stream sloučení je možné jenom vydání

nových akcií. Jakmile však dochází k vydání nových akcií, je zapotřebí opatřit si posudek znalce o ocenění čistého obchodního majetku zanikající společnosti.

5.2. Případ down-stream fúze.

Navazujíc na podkapitulu o výměně obchodních podílů v případě down-stream fúze, otázku o povinnosti resp. absenci povinnosti ocenit posudkem znalce jmění zanikající společnosti je nutno položit v případě:

(i) fúze sloučením do stoprocentně vlastněné dceřiné společnosti, kde se společníci nebo akcionáři zanikající společnosti vzdávají práva na výměnu svých podílů,

(ii) fúze sloučením do dceřiné společnosti, která má i jiné společníky nebo akcionáře, kde se společníci nebo akcionáři zanikající společnosti vzdávají práva na výměnu svých podílů,

(iii) fúze sloučením do dceřiné společnosti, která má i jiné společníky nebo akcionáře, s výměnou podílů,

(iv) fúze sloučením do stoprocentně vlastněné dceřiné společnosti s výměnou podílů.

Ad (i). Taková situace vede k tomu, že nástupnická společnost bude sama sobě společníkem. Podle připravované novely by se taková situace stát neměla. Domnívám se, že pokud by taková situace nastala podle stávající úpravy, nebylo by zapotřebí provedení znaleckého ocenění majetku zanikající společnosti, protože se tu nebudou vydávat nové vklady nebo akcie na základním kapitálu nástupnické společnosti.

Ad (ii). Zákon výslovně neřeší situaci ohledně povinnosti ocenit jmění zanikající mateřské společnosti, pokud nástupnická dceřiná společnost má i další akcionáře resp. společníky a společníci nebo akcionáři zanikající společnosti se vzdají práva na výměnu. Dceřiná společnost tak nabude svůj podíl o velikosti menší než 100 %. Protože v tomto případě nedochází k vydání nových vkladů nebo akcií, čistý obchodní

majetek se neoceňuje. Pokud ale za této situace dojde k vydání nových akcií nebo vkladu z majetku zanikající společnosti (nikoliv však pro původní akcionáře nebo společníky, protože zde striktně platí princip odděleného posuzování společnosti), musí být provedeno ocenění jmění zanikající společnosti posudkem znalce.

Ad (iii). Pro případ down-stream fúze sloučením do nástupnické společnosti, která má další společníky resp. akcionáře, s výměnou obchodních podílů resp. akcií nestanoví zákon o přeměnách výslovně povinnost ocenění majetku zanikající společnosti. Nicméně Nejvyšší soud dovozuje, že tato povinnost v těchto případech existuje.

Nejvyšší soud uvádí, že se nelze spokojit s tím, že společníci zanikající společnosti obdrží v souhrnu jen obchodní podíl, kterým zanikající společnost disponovala na společnosti nástupnické⁸⁴. A to právě z důvodu nepoškození společníků nebo akcionářů zúčastněných společností. Jak jsem uváděla výše, tvoří-li majetek zanikající společnosti nejenom podíl na nástupnické společnosti, dojde výměnou podílů společníků a akcionářů zanikající společnosti za tento podíl zanikající společnosti na společnosti nástupnické k poškození společníků a akcionářů zanikající společnosti. A naopak, pokud by zanikající společnost vykazovala značné závazky, tak se snížila následkem sloučení hodnota podílu původního společníka nebo akcionáře nástupnické společnosti. Proto *„podle okolností by bylo nutno přikročit k vydání nových obchodních podílů ve smyslu ustanovení § 69a odst. 6 obch. zák. [dnes § 73 odst. 1 ZoPř] ať již společníkům zanikající společnosti (pokud by zanikající společnost vykazovala významný další majetek) anebo dosavadnímu společníkovi společnosti nástupnické (v případě, že by zanikající společnost vykazovala významné závazky), a totiž i k předchozímu znaleckému ocenění obchodního jmění“*⁸⁵ zanikající společnosti dle § 73 odst. 1 ZoPř.

Dovydáním nových obchodních podílů se Nejvyšší soud snaží docílit podřazení uvedené situace pod situaci s povinným oceněním majetku zanikající společnosti znalcem. Nicméně se domnívám, že povinnost ocenit znalcem by byla namísto jen

⁸⁴ Pro odůvodnění viz kapitolu o výměně obchodních podílů v případě down-stream fúze.

⁸⁵ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 14. listopadu 2007 sp. zn. 29 Odo 989/2006.

tehdy, pokud by šlo o dovydání obchodních podílů společníkům zanikající společnosti, nikoliv původnímu společníku nástupnické společnosti. Zákon o přeměnách vychází z principu odděleného posuzování zúčastněných společností, což implikuje, že nové podíly z majetku zanikající společnosti lze vydat jenom společníkům nebo akcionářům zanikající společnosti. Pro společníka nebo akcionáře nástupnické společnosti lze vydat nové vklady nebo akcie jenom z vlastních zdrojů této společnosti. Povinnost ocenění znalcem dle § 73 ZoPř se vztahuje jenom na případ, pokud jsou vydány podíly z majetku zanikající společnosti. Proto bude-li zapotřebí vydat nové akcie nebo vklady původnímu společníku nebo akcionáři nástupnické společnosti, nevede to ve svém důsledku k povinnému ocenění jmění zanikající společnosti podle § 73 odst. 1 ZoPř.

Ad (iv). V případě, že dochází k výměně obchodních podílů resp. akcií společníkům nebo akcionářům zanikající společnosti za obchodní podíl nebo akcie, které držela zanikající společnost na společnosti nástupnické, a nástupnická společnost byla stoprocentně vlastněná zanikající společností, Nejvyšší soud uzavírá, že ocenění obchodního jmění a tedy i vydání nových obchodních podílů se nevyžaduje. „*V takovém případě skutečně (bez ohledu na majetkové poměry zanikající společnosti) není třeba, aby vznikly nové obchodní podíly společníků zanikající společnosti na společnosti nástupnické, neboť k založení jejich účasti na nástupnické společnosti lze využít podílu zanikající společnosti obdobně, jako by se při fúzi sloučením akciové společnosti využily akcie nástupnické společnosti ve vlastnictví společnosti zanikající*“⁸⁶.

Existuje však i názor, který se závěrem Nejvyššího soudu nesouhlasí a považuje za nezbytné oceňovat jmění zanikající společnosti, i pokud zanikající společnost byla jediným společníkem nástupnické společnosti. Tento postoj je založený na dvou argumentech. První směřuje k tomu, že podíl, který drží do okamžiku fúze zanikající společnost a který zároveň bude posléze vyměněn za zanikající podíly společníků zanikající společnosti, je podíl nový a tím pádem je nutno ocenit majetek zanikající společnosti. Druhý argument je založen na myšlence, že společníci zanikající společnosti nesmějí dostat vyšší souhrnné vklady do základního kapitálu, než je čistý

⁸⁶ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 14. listopadu 2007 sp. zn. 29 Odo 989/2006.

obchodní majetek zanikající společnosti, vyplývající z posudku znalce⁸⁷. Domnívám se, že tento druhý argument míří na společnosti vykazující rozsáhlou ztrátu. Vzhledem k tomu, že ocenění majetku zanikající společnosti má za účel poskytnout ochranu právě věřitelům nástupnické společnosti, přikláním se k názoru, že i v případě 100% vlastněné dceřiné společnosti je nutno přikročit k ocenění jmění zanikající společnosti.

Současné znění zákona o přeměnách neposkytuje možnost ocenit majetek zanikající společnosti v případě stoprocentně vlastněné zanikající společnosti. Do toho navíc rozhodnutí Nejvyššího soudu zakládá precedent, i když nebylo publikováno ve sbírce (bylo zařazeno do kategorie B, tj. důležitá nepublikovaná rozhodnutí). Rozhodnutí, které by zaujalo opačné stanovisko, už může vydat jenom velký senát Nejvyššího soudu.

5.3. Příklad fúze sesterských společností.

Z hlediska oceňování jmění zanikající společnosti v rámci fúzí sesterských společností mohou nastat tři situace: buď A) sesterské společnosti mají jenom jednoho nebo několik společných společníků nebo akcionářů, nebo B) všichni společníci jsou stejné osoby, ale nepodílejí se ve stejném poměru na všech zúčastněných společnostech, anebo C) se tytéž osoby podílejí ve stejném poměru na všech zúčastněných společnostech.

Ad A). Ocenění majetku zanikající společnosti bude nutno provést vždy, pokud se žádný ze společníků nebo akcionářů zanikající společnosti nevzdá práva na výměnu, protože se budou vydávat nové akcie nebo vklady (příp. bude zvýšena výše vkladu).

Ad B). Pokud jsou všichni společníci nebo akcionáři stejné osoby, tak povinnost provést ocenění zaleží na tom, jestli se budou vydávat nové vklady a nové akcie. Pokud k vydání nových akcií a vkladů nedojde, není zde povinnost oceňovat majetek zanikající společnosti.

⁸⁷ NOVÁK, T. První případ downstream fúze před Nejvyšším soudem. *Jurisprudence*. 5/2008, s. 58-59.

Ad C). V rámci případu, kde se tytéž osoby podílejí ve stejném poměru na všech zúčastněných společnostech, zákon předpokládá tři scénáře: (i) podíly se vyměňovat nebudou a základní kapitál nástupnické společnosti zůstane v původní výši, (ii) podíly se vyměňovat nebudou a dojde ke zvýšení základního kapitálu, (iii) dojde k výměně obchodních podílů.

Pokud se tytéž osoby podílí ve stejném poměru na všech zúčastněných společnostech, není nutno vyměňovat podíly těmito osobám po fúzi, protože bude-li zvýšena jmenovitá hodnota jejich akcií nebo výše vkladu, zůstane výše podílu procentuálně stejná.

Rozhodujícím pro povinnost ocenit jmění zanikající společnosti však není to, jestli se budou nebo nebudou vyměňovat podíly. Rozhodujícím je, jestli při tomto postupu bude zvýšena jmenovitá hodnota akcií nebo výše vkladů anebo budou-li vydávány nové akcie. „*Důvodem nařízení ocenění je to, aby nástupnická společnost nezvýšila základní kapitál pro společníky, u nichž mají být vklady u nástupnické společnosti zvýšeny, výše, než kolik odpovídá čistému obchodnímu majetku zanikající společnosti*“⁸⁸. Výše uvedené platí i ohledně jednoosobních společností s jediným společníkem, pokud je jediným společníkem u zúčastněných společností stejná osoba. Chtěla bych tady upozornit, že výše základního kapitálu může zůstat v původní výši přesto, že budou vydané nové akcie nebo vklady. Tak tomu bude tehdy, bude-li snížena jmenovitá hodnota původních akcií nebo výše vkladů nástupnické společnosti. Proto je nutné v každém případě, kdy dochází k vydání nových akcií nebo vkladů (nebo ke zvýšení jmenovité hodnoty akcií nebo výše vkladů), provést ocenění jmění zanikající společnosti posudkem znalce.

⁸⁸ Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ze dne 2. 9. 2004 sp. zn. 7 Cmo 460/2003.

5.4. Čistý obchodní majetek podle posudku znalce jako hodnota odrážející skutečný stav majetku.

Zákon o přeměnách sice ukládá povinnost provést ocenění jmění zanikající společnosti posudkem znalce, ale nikde blíže nevysvětluje, ke kterému dni se má ocenění jmění provést. Na ocenění jmění znalcem pak následně navazuje účetní ocenění, které musí být zpracováno do konečných účetních závěrek. Konečná účetní závěrka se zpracovává ke dni předcházejícímu rozhodný den. Proto se praxe vyvinula tak, že u fúze znalec oceňuje jmění zanikající společnosti ke dni předcházejícímu rozhodný den fúze, přestože to zákon o přeměnách výslovně nestanoví.

Požadavek ocenění jmění zanikající společnosti posudkem znalce plní účel zajištění krytí nového základního kapitálu čistým obchodním majetkem zanikající společnosti a ochrany minoritních akcionářů. Avšak, vzhledem k tomu, že provedení ocenění se provádí před rozhodným dnem a k vydání nových podílů či nových akcií proběhne až po zápisu fúze do obchodního rejstříku, mezi těmito daty může uplynout i 12 měsíců. Znamená to, že v tomto mezidobí může docházet ke změnám v majetku zanikající společnosti. Pokud zanedbáme běžné podnikatelské aktivity, domnívám se, že společnosti v rámci jedné skupiny jsou více náchylné k převodu majetku v rámci své skupiny, např. v rámci restrukturalizačních procesů.

Proto může teoreticky dojít k situaci, kdy bude umožněno vydat nové akcie nebo nové obchodní podíly i tehdy, pokud aktuální výše jmění zanikající společnosti již nedosahuje potřebně výše, nebo naopak jmění zanikající společnosti vzroste, nicméně dle posudku znalce je nedostačující pro vydání nových akcií nebo obchodních podílů.

Určitými kontrolními mechanismy, které by měly čelit popsaným situacím, je zpracování mezitímní účetní závěrky dle § 11 odst. 2 ZoPř, zpráva o přeměně dle § 24 ZoPř, přezkoumání projektu znalcem dle § 94, § 113 – § 117 ZoPř, předložení zprávy

valné hromadě představenstvem dle § 122 odst. 3 ZoPř, práva věřitelů dle § 35 a odpovědnost za škodu podle § 50 požadující jednání s péčí řádného hospodáře⁸⁹.

ZÁVĚR

Tato diplomová práce zkoumá kapitálové aspekty fúze v rámci skupiny společností z hlediska obchodně-právního a účetně-právního. Fúze v rámci skupin společností lze schematicky roztrždit do tří základních variant: společnost fúzuje do svého společníka (up-stream fúze nebo fúze nahoru), společník-společnost fúzuje do své společnosti (down-stream fúze nebo fúze dolů), jedna společnost fúzuje do druhé společnosti, přičemž obě společnosti mají aspoň jednoho společného společníka nebo akcionáře (fúze sesterských společností). Kapitálová propojenost společností činí tyto fúze specifickými a vyžaduje speciální úpravu. Zákodárce si je toho sice vědom, nicméně jak jsem poukázala v jednotlivých kapitolách, ne vždy se mu podařilo dát do zákona nezbytnou úpravu.

Nástupnická společnost přebírá veškerý majetek zanikající společnosti a spolu s tím i závazky zanikající společnosti. Společníci nebo akcionáři zanikající společnosti, nevzdají-li se svého práva na výměnu nebo nemají-li to zakázáno zákonem, dostanou výměnou za své obchodní podíly či akcie na zanikající společnosti obchodní podíly či akcie na společnosti nástupnické. V otázce stanovení výměnného poměru se pak zohledňuje nikoliv výše jejich vkladu nebo hodnota akcií v zanikající společnosti, nýbrž hodnota jejich podílu na čistém obchodním majetku, protože právě výše čistého obchodního majetku je východiskem pro stanovení té maximální hodnoty, kterou mohou společníci či akcionáři dostat jako podíl na nástupnické společnosti.

V případě up-stream zákonodárce nastavil pravidlo, že mateřská společnost nesmí dostat své akcie výměnou za akcie nebo podíly, které drží na dceřiné společnosti. Proto,

⁸⁹ KUHN, P., ŠTENGLOVÁ, I., BÍLÁ, I., HAVEL, B.: *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev: Komentář*. 1. Praha: C.H.Beck, 2010, s. 262.

s ohledem na toto pravidlo, je podstatně nižší i maximální výše, která náleží ostatním společníkům či akcionářům zanikající společnosti.

V případě down-stream fúze si nástupnická dceřiná společnost může ponechat všechny nebo jen část svých vlastních akcií, které na ni přejdou fúzí, na určitou obchodním zákoníkem stanovenou dobu, anebo použít všechny akcie na výměnu. Úprava de lege lata však z nesrozumitelných důvodů odbočila od vázanosti výše vkladu a akcií na nástupnické společnosti na výši čistého obchodního majetku zanikající společnosti. Tím se potenciálně vytvořila hrozba poškození akcionářů nebo společníků zúčastněných společností v závislosti na výši majetku fúzujících společností. Vzhledem k tomu, že i Nejvyšší soud uznal za nezbytné oceňovat jmění zanikající společnosti v případech down-stream fúze, kde nástupnická společnost má své původní společníky nebo akcionáře, domnívám se, že by praxe uvítala novelizaci této úpravy se zavedením povinného ocenění jmění zanikající společnosti.

Fúze sesterských společností se nejvíce podobá „klasickým“ fúzím: všichni akcionáři nebo společníci obdrží podíly nástupnické společnosti výměnou za ty, které drželi na zanikající společnosti, jenom výše vkladu společného společníka se zvýší a pro společného akcionáře budou buď vydané nové akcie, nebo se zvýší jejich jmenovitá hodnota (pokud se nevzdá práva na výměnu).

Oceňování jmění zanikající společnosti je tak způsobem zajištění krytí nových obchodních podílů nebo akcií majetkem a „technickým“ předpokladem pro přiznání účasti na nástupnické společnosti. Zákon o přeměnách nestanoví, že by fúze nemohla proběhnout, pokud by zanikající společnost vykazovala záporný vlastní kapitál, např. měla značné závazky, neuhrazenou ztrátu minulých let atd. Vycházejíc z logiky výměny v obchodních společnostech, společníci či akcionáři zanikající společnosti by nemohli dostat vklady či akcie na nástupnické společnosti. Praxe však ukazuje, že rejstříkovým soudům se obdobný stav nejeví nijak problematickým. Stejně tak zákon o přeměnách nestanoví, zda výsledný vlastní kapitál nesmí klesnout pod nulu. Teorie a praxe se v tom však rozcházejí: zatímco teorie považuje záporný vlastní kapitál nástupnické společnosti za značnou překážku zápisu takové fúze, rejstříkové soudy v tom žádný problém neshledávají.

Zákon o přeměnách nedává uspokojivé odpovědi na řadu otázek, které vznikají v souvislosti s uskutečněním vnitroskupinové fúze. Skromně se domnívám, že se mi aspoň touto mou prací podaří upozornit na problémy zákona o přeměnách, cestu k definitivnímu řešení nám snad v blízké budoucnosti ukáže vývoj legislativy nebo alespoň jasná interpretace Nejvyššího soudu.

SEZNAM LITERATURY:

PRÁVNÍ PŘEDPISY:

- Důvodová zpráva k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony, dostupná na <http://eklep.vlada.cz/eklep/page.jsf;jsessionId=FE632567F067B4AE81D80AC4C141B9ED>
- Důvodová zpráva k zákonu č. 370/2000 Sb., kterým se mění zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, sněmovní tisk 476/0, dostupný na <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=3&CT=476&CT1=0>
- Český účetní standard pro podnikatele č. 011.
- Návrh zákona, kterým se mění zákon č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev, důvodová zpráva, obecná část. <http://eklep.vlada.cz/eklep/page.jsf;jsessionId=FE632567F067B4AE81D80AC4C141B9ED>
- Směrnice č. 78/855/EHS, ze dne 9. října 1978, o fúzích akciových společností
- Směrnice Evropského Parlamentu a Rady 2005/56/ES L 310/1.
- Usnesení České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky.
- Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník.
- Zákon č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev.
- Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník.
- Zákon č. 563/1991 Sb., o účetnictví.

- Zákon č.142/1996 Sb., kterým se mění a doplňuje zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník.

MONOGRAFIE:

- DĚDIČ, J. *Obchodní zákoník : Komentář. Díl I §1-92e*. Praha : Polygon, 2002.
- DĚDIČ, J. *Obchodní zákoník : Komentář. Díl II §93-175*. Praha : Polygon, 2002.
- DĚDIČ, J. *Obchodní zákoník : Komentář. Díl III §176 –220 zb.* Praha : Polygon, 2002.
- DĚDIČ, J.; ŠTENGLOVÁ, I.; Čech, P.; KRÍŽ, R. *Akciové společnosti*. 6. Praha : C.H.Beck, 2007.
- DVOŘÁK, T. *Přeměny obchodních společností a družstev*. Praha : ASPI, 2008.
- GAUGHAN, P. A. *Mergers, Acquisitions, and corporate restructurings*. 4th edition. New Persey : John Wiley & Sons, Inc., 2007.
- KUHN, P.; ŠTENGLOVÁ, I.; BÍLÁ, I.; HAVEL, B. *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev : Komentář*. 1. Praha : C.H.Beck, 2010.
- PELIKÁN, R. *Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev : Komentář. 1. díl. §1-179*. Praha : Leges, 2010.
- SKÁLOVÁ, J.; ČOUKOVÁ, P. *Účetní a daňové dopady transakcí v kapitálové společnosti : 2. aktualizované a rozšířené vydání*. Praha : Wolters Kluwer ČR, 2009.
- ŠTENGLOVÁ, I.; PLÍVA, S.; TOMSA, M. a kol. *Obchodní zákoník : Komentář*. 11. Praha : C.H.Beck, 2006.

ČLÁNKY V ODBORNÝCH ČASOPISECH:

- BÁRTA, J. Některé otázky zrušení obchodněprávních subjektů bez likvidace ve zvláštních případech. *Právní rozhledy*. 12/1995.
- ČERNÁ, St. Fúze akciových společností. *Právo a podnikání* . 2/2001.
- DĚDIČ, J. Nad zákonem o přeměnách aneb druhá „podařená“ dekodifikace obchodního zákoníku. *Právní zpravodaj*. 7/2008.
- DONNÉ, M. Výměnný poměr při přeměnách obchodních společností. *Právní rádce*. 11/2009.
- KRÍŽ, P. Ještě několik poznámek k přeměnám společností. *Auditor*. 9/2008.
- MICHELFEITOVÁ, J. Je sloučení dceřiné a mateřské (zanikající) s.r.o. absolutně vyloučeno?. *Právní rozhledy*. 5/1996.
- MROZEK, D.; OBRUSNIK, J. Povinnosti statutárního orgánu při vykázání záporného vlastního kapitálu. *TPA Horwath odborné články* [online]. 10.07.2008, [cit. 2010-11-28]. Dostupný z WWW: <<http://www.tpa-horwath.cz>>.
- NOVÁK, T. První případ downstream fúze před Nejvyšším soudem. *Jurisprudence*. 5/2008.
- NOVÁK, T. Vybrané právní aspekty stanovení výměnného poměru při přeměnách, zejména akciových společností. *Právní rádce*. 10/2006.
- NOVÁK, T. Zadlužené akviziční struktury (Leveraged buyout - LBO). *Právní rádce* [online]. 6/2007,[cit. 2010-11-28]. Dostupný z WWW: <http://pravniradce.ihned.cz/c4-10078240-21466980-F00000_d-zadluzene-akvizicni-struktury-leveraged-buyout-lbo>.
- NOVÁK, T. Zadlužené akviziční struktury (Leveraged buyout - LBO). *Právní rádce* [online]. 6/2007,[cit. 2010-11-28]. Dostupný z WWW:

<http://pravniciradce.ihned.cz/c4-10078240-21466980-F00000_d-zadluzene-akvizicni-struktury-leveraged-buyout-lbo>.

- SKÁLOVÁ, J. Rozdělování vlastního kapitálu po přeměně. *Auditor*. 10/2008.
- SKÁLOVÁ, J. Sloučení mateřské a dceřiné společnosti dle nového zákona o přeměnách. *Bulletin KDP ČR* . 3/2009.
- VAIGER, D.; ŠVEJDA, M. Právní aspekty přeměny (transformace) společnosti s ručením omezeným na akciovou společnost po novele obchodního zákoníku. *Právní rozhledy*. 5/1997.

JUDIKATURA:

- Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ze dne 2. září 2004 sp. zn. 7 Cmo 460/2003.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. února 2005 sp. zn. 29 Odo 300/2004.
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 1. srpna 2007 sp. zn. 29 Odo 1028/2006.
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 14. listopadu 2007 sp. zn. 29 Odo 989/2006.
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 23. května 2000 sp. zn. 29 Cdo 2337/2000.
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28. července 2005 sp. zn. 29 Odo 892/2004.
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 31. října 2006 sp. zn. 29 Odo 850/2006.

PROJEKTY VNITROSTÁTNÍ FÚZE SLOUČENÍM:

- Projekt vnitrostátní fúze sloučením společnosti C - CAFÉ s.r.o., vedené u Městského soudu v Praze, oddíl C, vložka 123822, IČ: 264 13 949 do nástupnické společnosti PHL - SPRÁVNÍ a.s., vedené u Městského soudu

v Praze, oddíl B, vložka 12396, IČ: 281 62 854, dostupný ve Sbírce listin na www.justice.cz

- Projekt vnitrostátní fúze sloučením společností iStyle CZ, s.r.o., vedené u Městského soudu v Praze, oddíl C, vložka 117066, IČ: 275 83 368, a společnosti AZSoft, s.r.o., vedené u Krajského soudu v Brně, oddíl C, vložka 29907, IČ: 255 19 859 dostupný ve Sbírce listin na www.justice.cz.
- Projekt vnitrostátní fúze sloučením ze dne 20.04.2008 společností Byga, a.s., IČ: 256 06 930, vedené u Městského soudu v Praze, oddíl B, vložka C, do nástupnické společnosti CHLADÍČÍ TECHNIKA PRAHA, s.r.o., IČ: 251 10 641, vedená u Městského soudu v Praze, oddíl C, vložka 50450, dostupný ve Sbírce listin na www.justice.cz

SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK.

ObchZ	Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník.
ZoPř	Zákon č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev.
DZ	Důvodová zpráva.
Třetí směrnice Rady	Směrnice č. 78/855/EHS, ze dne 9. října 1978, o fúzích akciových společností.
Návrh zákona o přeměnách	Důvodová zpráva k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev, ve znění pozdějších předpisů.

ABSTRAKT A KLÍČOVÁ SLOVA:

Fúze v rámci skupin společností lze schematicky rozdělit do tří základních variant: společnost fúzuje do svého společníka (up-stream fúze nebo fúze nahoru), společník-společnost fúzuje do své společnosti (down-stream fúze nebo fúze dolů), jedna společnost fúzuje do druhé společnosti, přičemž obě společnosti mají aspoň jednoho společného společníka nebo akcionáře (fúze sesterských společností). Kapitálová propojenost společností činí tyto fúze specifickými a vyžaduje speciální úpravu.

Stávající právní úprava přeměn kapitálových společností má určité nedostatky, z nichž nejzávažnější je ten, že zákon o přeměnách nepamatuje na specifiku fúzí v rámci skupin společností. Výsledkem toho je, že doslovná aplikace zákona o přeměnách může vést v některých případech k poškození společníků a věřitelů zúčastněných společností a že pro změnu subsidiární aplikace obchodního zákoníku může vést k absurdní povinnosti společnosti podat návrh na zrušení společnosti při schválení projektu přeměny.

Diplomová práce je věnována výhradně kapitálovým aspektům fúze. Proto pracuji s otázkami nastavení výše základního kapitálu v nástupnické společnosti a zamýšlím se nad tím, proč nelze doslova aplikovat úpravu o maximální výši základního kapitálu v nástupnické společnosti dle zákona o přeměnách. Poté se na tuto problematiku dívám z pohledu akcionářů a společníků v otázce stanovení výše podílů. A konečně probírám otázku ocenění jmění zanikající společnosti posudkem znalce, kdy tato povinnost vzniká nebo naopak kdy zde tato povinnost vůbec není. V rámci všech kapitol probírám uvedené okruhy otázek z hlediska různých typů skupinových fúzí: „fúze nahoru“, „fúze dolů“ a „fúze sesterských společností“.

Fúze je problematikou, která částečně přesahuje rámec obchodního práva. Právě na případě fúzí propojených osob je jasně vidět, že za situace, kdy zákon mlčí, bez zapojení ekonomických úvah a znalosti účetních předpisů vystačit nelze. V dnešní době se připravuje rozsáhlá novela zákona o přeměnách, která podstatně zasáhne stávající úpravu a pokusí se o odstranění nejzávažnějších nedostatků. Nicméně v mezidobí se společnosti stále řídí stávajícím zákonem o přeměnách a je úlohou právních poradců, aby upozornili své klienty na veškerá úskalí a nebezpečí současné úpravy.

KLÍČOVÁ SLOVA: fúze nahoru, fúze dolů, vlastní kapitál, výměna podílů, ocenění jmění.

Charles University in Prague
Law Faculty

Margarita Kukharchuk

**MERGERS WITHIN A GROUP OF
COMPANIES AND THEIR SPECIFICS**
**(UP-STREAM MERGERS, DONW-STREAM MERGERS,
MERGERS OF SISTER COMPANIES)**

Thesis

Supervisor: JUDr. Petr Čech, LL.M.

Department: commercial law

Date: 30 November 2010

ABSTRACT AND KEY WORDS:

Mergers within a group of companies can be divided into three basic variants: a company merges into its shareholder (up-stream merger), a shareholder-legal entity merges into its company (down-stream merger), a company merges into other company given that both companies have at least shareholder in common (merger of sister companies). Capital interconnection of companies makes these mergers to be special and requires a specific regulation.

The present regulation of mergers of companies has particular weak points, the gravest is the fact, that the Act on Transformations does not take into account the specifics of the mergers within a group of companies. This entails that in some cases the word-to-word application of the Act on Transformations can lead to harming of shareholders and creditors of the companies participating on the merger. In some cases it leads to an absurd duty to file an application for dissolving of the company while the general meeting is convoked to approve the project of merger.

The thesis is dedicated exclusively to the capital aspects of mergers. Therefore I deal with the issues of the amount of the capital stock in the succession company pursuant to the Act on Transformations. I elaborate why it is not possible to apply word-to-word the law on the maximum possible amount of the capital stock in the succession company. Then the same issue I examine from a point of view of a shareholder. Here the amount of the share is the main issue to deal with. And at last I examine the question of mandatory evaluating of the assets of the company ceasing to exist as to whether this duty exists or not. All issues are being examined as regarding to up-stream, down-stream mergers and mergers of sister companies.

Mergers are the field which goes far beyond the sphere of commercial law. Mergers within a group of companies give a clear understanding that in the situation, when the law keeps silent, it is not enough to be guided by law, but economical and accounting analysis come into consideration. At present a huge amendment of the Act on Transformations is being prepared, which aim is to correct the main faults of the Act. However, in the meantime companies are to act pursuant to the existing law, and that is why it is the task of the legal councils to pay attention of their clients to the dangerous

issues of the present law and to give such advice as to avoid such solutions for merger which could imperil the whole transaction.

KEY WORDS: up-stream merger, down-stream merger, equity capital, exchange of shares, evaluation of assets.