

Univerzita Karlova
Právnická fakulta
Katedra obchodního práva

Téma diplomové práce (název):

**Americké a evropské pojetí základního kapitálu a jeho
funkce**

Vedoucí diplomové práce: Doc. JUDr. Stanislava Černá, CSc.

Diplomant: Jiří Absolon

Eldorado 1740

735 32 Rychvald

1. Úvod.....	4
2. Základní kapitál obecně.....	5
2.1. Původ základního kapitálu.....	5
2.2. Funkce základního kapitálu.....	7
3. Koncepce reálné tvorby a udržení základního kapitálu.....	9
3.1. Evropské prameny.....	9
3.2. Vnitrostátní prameny.....	10
3.3. Evropská koncepce reálné tvorby a udržení základního kapitálu.....	10
3.4. Kritika evropského přístupu.....	11
4. Základní teze amerického režimu adekvátní kapitalizace.....	13
4.1. Obecně ke korporátnímu právu.....	13
4.2. Koncepční východiska amerického přístupu a hlavní problémy vedoucí ke změně tohoto přístupu.....	15
5. Tvorba základního kapitálu.....	19
5.1. Minimální základní kapitál.....	19
5.2. Vklad.....	20
5.2.1. Kdo rozhoduje o emisi akcií.....	20
5.2.2. Povinnost vkladová a její odložení.....	20
5.2.3. Možné formy vkladu.....	21
5.2.4. Ocenění vkladu.....	22
5.2.5. Prostředky nápravy.....	22
5.3. Akcie a jejich emise.....	23
5.3.1. Typy obecně.....	23
5.3.2. Stanovení množství, druhů a práv s druhem akcií spojených.....	24
5.3.3. Stanovení ceny za akcii a emise vůbec.....	25
5.3.4. Náprava v situacích, kdy emisní cena akcie je příliš nízká.....	25
5.3.5. Předkupní právo.....	26
6. Akcie s nominální hodnotou a akcie bez nominální hodnoty.....	28
6.1. Obecně.....	28
6.2. Akcie s nominální hodnotou a akcie bez nominální hodnoty v současnosti.....	28
7. Distribuce.....	31
7.1. Pojem.....	31
7.2. Distribuce podle RMBCA.....	32
7.2.1. Historie a obecně.....	32

7.2.2.	Test insolvence vlastního kapitálu	32
7.2.3.	Test rozvahy	34
7.2.4.	Náprava nezákonné distribuce	35
7.3.	Jiné metody úpravy.....	35
7.3.1.	Čistý test insolvence.....	35
7.3.2.	Test vydělaným přebytkem	36
7.3.3.	Dividendová pravidla státu Delaware	36
7.3.3.1.	Test nezhoršení kapitálu neboli Holý test čistého obchodního majetku.....	36
7.3.3.2.	Reparace.....	38
8.	Jiné distribuce	39
8.1.	Nabývání vlastních akcií	39
8.2.	Snížení deklarovaného kapitálu.....	40
8.3.	Finanční asistence.....	40
9.	Jiné způsoby jak ochránit věřitele proti poškozujícím distribucím	41
9.1.	Obecně.....	41
9.2.	Zákon o podvodném převodu	41
9.2.1.	Obecné principy	41
9.2.2.	Skutkové podstaty, způsoby nápravy a mantinely aplikace.....	42
9.3.	Doktrína podřízení podle práva equity	44
9.4.	Propichování závoje společnosti	46
9.4.1.	Důvod kontroly	48
9.4.1.1.	Test instrumentality	48
9.4.1.2.	Alter ego test.....	49
9.4.2.	Veřejný zájem (<i>public policy</i>).....	49
9.4.3.	Equity	50
9.4.3.1.	Důvod spočívající v nedodržení formalit spojených s fungováním společnosti.....	50
9.4.3.2.	Nedostatečná kapitalizace	51
9.5.	Smluvní ochrana	52
10.	Závěr.....	54
11.	Seznam použité literatury.....	57

1. Úvod

Ve své práci bych se chtěl zabývat tím, co je pro kapitálovou společnost velmi důležité, jde dokonce o jeden z pojmových znaků, a to je její kapitál. Existují dva základní přístupy k této otázce, a to přístup evropský, stále neochvějně stojící na teorii reálné tvorby a udržení základního kapitálu, a přístup americký, nazývaný teorie adekvátní kapitalizace. Nutné už na tomto místě je zmínit, že nejde o „americký“ přístup ve smyslu jednotného přístupu, ale mnoho více či méně si podobných přístupů.

Po základním vymezení původu, funkcí základního kapitálu a evropského pojetí se chci stěžejně věnovat teorii adekvátní kapitalizace. Jejím stěžejním projevům, rysům, účelu, pramenům a těm institutům, které jsou v evropské koncepci spatřovány jako problematické (finanční asistence, nabývání vlastních akcií). Často jsou s teorií adekvátní kapitalizace spojovány akcie bez nominální hodnoty, zaměřím se tedy i na tento institut v základních rysech a na vztah k adekvátní kapitalizaci. V závěru práce bych se rád dopustil generalizace a srovnání jednotlivých přístupů, zejména s ohledem na plnění účelu základního kapitálu a stav podnikatelského prostředí.

Problematickostí každé komparace je v pojmosloví a umocněno je to, je-li to spojeno s překladem do odlišného jazyka. Stejně pojmy mohou mít různý význam a vzniká nebezpečí nesprávného úsudku v důsledku nesprávně určených tezí. Na druhou stranu podrobné definování každého pojmu by zase práci zahltilo a učinilo nepřehlednou. Tento problém se snažím „přehlížet“ a jen, kde je to významné, vzhledem ke zkoumanému problému, na odlišnosti poukážu.

2. Základní kapitál obecně

2.1. Původ základního kapitálu

Vývoj pojetí základního kapitálu je nutné spojit s pojetím samotné akciové společnosti, tak jak se od 16. a 17. století vyvíjí. Jisté paralely s dnešními akciovými společnostmi lze najít už v římském právu, tzv. berní společnosti (*societas vecligalium publicorum*)¹ i středověkém právu, přesto o moderní akciové společnosti se dá hovořit až od 16. a 17. století.

Významným impulsem k jejímu vzniku a rozšíření je koloniální obchod. V této době vznikají první společnosti, byť i tyto mají k dnešnímu pojetí dost daleko. Jde o anglickou společnost pro Východní Indii (*Honourable East India Company*, 1600), Holandskou východoindickou společnost (*Vereenigde Oostindische Compagnie*, 1602), dánskou Východoindickou společnost (*Dansk Ostindisk Kompagni*, 1616) nebo francouzskou společnost pro Orientální Indii (*La Compagnie française des Indes orientales* or *Compagnie française pour le commerce des Indes orientales*, 1628).

V dalším výkladu se omezím pouze na anglické společnosti a anglické právo obchodních společností.

Vůbec první akciová společnost moderní doby vznikla 31. prosince 1600. Anglická Východoindická společnost (s původním názvem *Governor and Company of Merchants of London Trading into the East Indies*) vznikla udělením královské charty královnou Alžbětou I. Původním účelem společnosti byl obchod s Indií, k němuž společnost získala královské oprávnění na patnáct let. Pozdějším vývojem se tato společnost stala faktickým vládcem Indie s vládními a vojenskými funkcemi. Roku 1858 společnost zanikla. Forma této společnosti měla stále daleko ke kapitálovému typu společnosti, podobala se spíše dnešní veřejné obchodní společnosti. Podíl ve společnosti byl velmi obtížně převoditelný a společníci neomezeně ručili za závazky společnosti.

V druhé polovině 17. století vznikají další společnosti, tentokrát už i v oblasti vnitrostátního obchodu a čím dál tím víc se podobají moderním akciovým společnostem (účelem je soustředění externího kapitálu, akcie se stávají volně převoditelnými, obchodují s nimi speciální zprostředkovatelé)². S nárůstem jejich počtu začínají vnikat i podvody. Na ty „reaguje“³ „The Bubble Act“ z roku 1720 (*Royal Exchange and London Assurance*

¹ Černá, S., *Obchodní právo III*, Aspi, 2006, str. 27

² Pelikánová, I., *Akciová společnost*, 1996, dostupné z www.srovnacipravo.cz (10. 6. 2007)

³ Tento zákon měl reagovat na spekulace, jejichž důsledkem byl vznik „ekonomických bublin“ v podobě přeceněných akcií společností. Jeho skutečný záměr byl ovšem jinde. Měl jiným společnostem zabránit v ekonomické soutěži se The South Sea Company (obchodující s Jižní Amerikou) o získávání investorů.

Corporation Act 1719), jenž zakazoval zakládání akciových společností jinak než královskou chartou a snažil se čelit i jiným nepoctivým praktikám.

Dalším krokem k moderní akciové společnosti je rok 1834, kdy je zákonem stanovena možnost společnosti získat subjektivitu patentem, byť omezení odpovědnosti společníků za závazky společnosti ještě umožněno nebylo. V roce 1844 je přijat revoluční „*Joint Stock Company Act*“. Zavádí tři moderní principy⁴ (dvoufázovost vzniku, povinnost zápisu do rejstříku a publicitu). Zákon významně usnadňuje inkorporaci akciové společnosti a zavádí moderní principy při zakládání a vzniku. Vytvořil se registrační úřad (*Registrar of Joint Stock Companies*). Společnost má povinnost být v něm zapsána (být až od 25 společníků), subjektivitu společnost získává samotnou registrací a jsou zveřejňovány významné údaje o společnosti v tomto rejstříku. V důsledku těchto novelizací je možné pokládat vývoj obchodní společnosti za úplný. Ovšem její charakter, jako kapitálové společnosti založené na odlišných principech než společnost osobní, je stále předmětem vývoje.

Omezené ručení společníků je konstituováno až v roce 1855. Šlo o obrovský zvrat a nebyl přijímán jednoznačně⁵, nicméně historie ukázala, že se osvědčil. Společníci byli odpovědní věřitelům pouze do výše svých nesplacených vkladů. Tomu odpovídaly povinnosti společnosti např. povinnost uvádět dodatek „*limited*“ v názvu společnosti nebo musely být upsány alespon tři čtvrtiny základního kapitálu. Zákon byl ještě několikrát novelizován, ale podstata reálné tvorby základního kapitálu a to jeho povinná tvorba a výhoda v podobě omezeného ručení už byla v hlavních rysech zachována. Mezi nejvýznamnější novelizace po roce 1855 patří novela z roku 1869 zavádějící novou společnost *company limited by guarantee*⁶, řada novelizací po roce 1972 reflektující evropské směrnice⁷ a rozsáhlá novela z roku 2006. Poslední novela je tak významná, že bylo nezbytné vytvořit konsolidovanou verzi a tím se změnila i citace tohoto zákona na „*Companies Act 2006*“⁸. Vzhledem k předmětu práce spočívá nejpodstatnější změna ve zrušení základního kapitálu u tzv. „*private*

⁴ Blíže viz. „*Modern Company Law for a Competitive Economy*“, přístupné z www.berr.gov.uk/files/file23283.pdf (18. 6. 2007)

⁵ „*Utopia Limited*“, nebo „*The Flowers of Progress*“ je název savojské opery (zvláštní styl komické opery z dob Viktoriánské Anglie) satirizující omezené ručení společníků společnosti a především, že zbankrotovaná společnost může zanechat neuspokojené věřitele bez jakékoliv odpovědnosti jejich společníků.

⁶ Tato společnost nevytváří základní kapitál, ale společníci se zavazují uspokojit dluhy společnosti do určité výše. Tato forma, s ohledem na jiné nevýhody pro podnikání, je používána zejména za nepodnikatelským účelem.

⁷ Na počátku 60. let pojala Evropská komise plán harmonizovat právo kapitálových obchodních společností formou přijetí 14 směrnic. Ne všechny byly přijaty. Velká Británie vstoupila do Evropského hospodářského společenství (EHS), Evropského společenství uhlí a oceli (ESUO) a Evropského společenství pro atomovou energii (Euratom) v roce 1973 a musela harmonizovat své právo obchodních společností jak při vstupu tak i následně v důsledku následně přijímaných směrnicí.

⁸ Elektronicky dostupné na <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006a.htm> (10. 8. 2007) _____

companies“⁹. Někteří angličtí autoři¹⁰ vyslovují nad závazností kapitálové směrnice politování a mají za to, že Velká Británie by dnes přistupovala k základnímu kapitálu i u tzv. „public companies“¹¹ obdobně jako Spojené státy americké.

2.2. Funkce základního kapitálu

O funkcích základního kapitálu nelze mluvit bez ohledu na typ koncepce, kterou jsou konstituovány. Níže pojednávám o funkcích z pohledu evropského, ovládaného koncepcí reálné tvorby a udržení. Funkce z pohledu koncepce adekvátní kapitalizace je pojednáno níže.

Základnímu kapitálu jsou přisuzovány čtyři funkce¹²:

1. garanční,
2. základ pro určení podílu společníka na společnosti,
3. měřítko zisku a ztrát,
4. vlastní zdroj financování.

Garanční funkce je vnímána jako nejdůležitější. Povinnost vnést vklady, a tak vytvořit základní kapitál, je druhou stranou mince, na jejíž lící straně nalezneme výhodu spočívající v zásadní neexistenci ručení společníků za závazky společnosti. Zákonodárce se tak snaží chránit zájem věřitelů na řádném uspokojení pohledávky vůči společnosti. Základní kapitál má tvořit rezervu, jež musí být vytvořena již při vzniku společnosti (princip reálné tvorby základního kapitálu) a udržena ve společnosti (princip udržení základního kapitálu), pro uspokojení pohledávek věřitelů.

Druhou funkcí je základní kapitál jako základ pro určení podílu společníků. Podíl jmenovité hodnoty k základnímu kapitálu určuje rozsah práv na dividendu, likvidační zůstatek, podíl na hlasovacích právech, ale jiná práva akcionáře. Některá práva akcionáře nejsou odvislá od podílu a vyplývají už ze samotného pojmu podílu na společnosti bez ohledu na kvantitativní stránku podílu, např. žaloba ut siguli, povinnost loajality aj.

Třetí funkcí základního kapitálu je základ pro určení měřítka jako zisku a ztrát. *Základní kapitál je v tomto smyslu pevným bodem, kolem něhož se pohybuje směrem nahoru či dolů*

⁹ Společnost, jejíž podíl, akcie nejsou kótovány, nejsou veřejně obchodovatelné. Opakem je tzv. „public company“

¹⁰ Známý je výrok prof. L. B. Gowera, že korporátní právo je po „evropských“ novelizacích „v nejhorším stavu, v kterém kdy bylo v tomto století“

¹¹ Společnost, jejíž podíl, akcie jsou kótovány, jsou veřejně obchodovatelné. Opakem je tzv. „private company“

¹² Černá, S., Obchodní právo III, Aspi, 2006, str. 84

*vlastní kapitál. Posun pod tuto rysku signalizuje (za jinak nezměněných podmínek) ztrátu, pohyb směrem nahoru naznačuje (opět za konstantních podmínek) ziskový vývoj.*¹³

Čtvrtá funkce zohledňuje základní kapitál jako zdroj financí pro zahájení podnikání. Nejen vklady při vzniku nebo při zvýšení základního kapitálu mohou být zdrojem financování podnikání, ale i zdroje vnější (bankovní úvěry, emise dluhopisů, tichý společník atp.)

¹³ Čemá, S., Obchodní právo III, Aspi, 2006, str. 85

3. Koncepce reálné tvorby a udržení základního kapitálu

3.1. Evropské prameny

Nejvýznamnějším evropským právním předpisem je druhá směrnice tzv. kapitálová (druhá směrnice Rady ze dne 13. prosince 1976 o koordinaci ochranných opatření, která jsou na ochranu zájmů společníků a třetích osob vyžadována v členských státech od společností ve smyslu čl. 58 druhého pododstavce Smlouvy při zakládání akciových společností a při udržování a změně jejich základního kapitálu, za účelem dosažení rovnocennosti těchto opatření (77/91/EHS)). Tato směrnice na úrovni Evropské unie upravuje kruciólní otázky koncepce reálné tvorby a udržení základního kapitálu a nedává prostor pro odchýlení se od nich. Mezi další významné předpisy lze zařadit ostatní směrnice práva kapitálových společností¹⁴ a dále nařízení o statutu evropské společnosti¹⁵.

Kapitálová směrnice se podle Smlouvy o přistoupení v České republice vztahuje jen na akciovou společnost.

Sílicí skepse při pohledu na efektivnost evropského přístupu a snaha zatraktivnit evropské podnikatelské prostředí a učinit je konkurenceschopnějším přiměly Evropskou komisi, aby se touto oblastí zabývala. V roce 1996 byl zahájen projekt „SLIM“ (*Simpler Legislation for Internal Market*), byť až o rok později zaměřen i na právo obchodních společností (původně zaměřen na jiné oblasti pojišťovnictví, sociální zabezpečení atp.). Evropská komise pak v roce 1998 vytvořila tzv. *Company Law Slim Working Group* pod předsednictvím prof. Eddyho Wymeersche. Byť skupina vyslovila pochybnosti o správnosti evropské doktríny, výsledkem byly jen „konzervativní“ doporučení, jež shrnula v dokumentu „*Report on the simplification of the First and Second Company Law Directives*“ a navrhla odstranit jen nejkřiklavější případy omezující podnikání.

Druhá skupina (*High Level Group of Company Law Experts*) svolaná Evropskou komisí v roce 1999 pod předsednictvím prof. Jaape Wintera předložila zprávu (*Report of The High Level Group of Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*). Jejich daleko liberálnější přístup ke korporátnímu právu se projevil radikálnější výsledkem. Svá doporučení rozdělili do tří fází. V první fázi doporučili odstranit nejspornější ustanovení¹⁶. Tato fáze prostřednictvím návrhu SLIM-plus vyústila v novelizaci druhé

¹⁴ Viz bod. 7

¹⁵ Nařízení Rady SE č. 2157/2001 o statutu evropské společnosti

¹⁶ Skupina převzala doporučení komise prof. Wymeersche, které částečně rozšířila. Nicméně skutečná novelizace druhé směrnice se spíše podobá návrhu původní skupiny a např. rozšíření o možnost vkladů ve formě

směrnice směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2006/68/ES ze dne 6. září 2006. Ve střednědobém horizontu doporučili zpracovat studii posouzení proveditelnosti změny současného režimu, resp. vytvořit alternativní režim, pro který by státy mohly optovat¹⁷. A případně v dlouhodobém horizontu tento režim zavést.

3.2. Vnitrostátní prameny

Základním vnitrostátním pramenem je Obchodní zákoník, zákon č. 513/1991 Sb., o kterém je možno prohlásit, že je plně v souladu s druhou směrnicí. Úprava základního kapitálu obsahující základní ustanovení společná pro všechny společnosti je v části druhé, hlavy první, dílu prvním Obecných ustanovení. Hlavní díl zákonných ustanovení je obsažen v dílu pátém téže hlavy s názvem Akciová společnost. Obchodní zákoník obsahoval koncepci reálné tvorby a udržení základního kapitálu už před přistoupením ČR k EU, takže nebylo třeba jej významně novelizovat vzhledem k druhé směrnici resp. k této koncepci.

Mimo Obchodní zákoník mají význam pro koncepci reálné tvorby a udržení základního kapitálu i jiné zákony (zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálových trzích, zákon č. 591/1992 Sb., o cenných papírech, zákon č. 563/1991 Sb., o účetnictví).

3.3. Evropská koncepce reálné tvorby a udržení základního kapitálu

Základním účelem koncepce reálné tvorby a udržení základního kapitálu je chránit věřitele. Jde o základní nástroj ochrany věřitelů. Podstata spočívá v povinnosti vytvořit a udržet určitou částku, která umožní věřitelům dosáhnout uspokojení jejich pohledávek, neboť věřitelé nemohou vymáhat pohledávku po společnících akciové společnosti jako je tomu u osobních obchodních společností, jež osobně a neomezeně ručí za závazky společnosti.

Společnost samozřejmě neodpovídá pouze do výše svého základního kapitálu, ale odpovídá celým svým majetkem §154 Obchodního zákoníku.

Tato doktrína nikdy nebyla a ani nemohla být dovedena do důsledků, tedy až k příkazu udržovat majetek alespoň na úrovni základního kapitálu. Zákonem totiž nelze zabránit ani živelným pohromám, které mohou společnost připravit o majetek, ani ztrátám, které s sebou

prací a služeb, vytvoření akcií bez nominální hodnoty nebo zrušení předkupního práva pro kótované společnosti se do návrhu Komise nedostaly.

¹⁷ V současné době je ukončena fáze tendru pro podání nabídek na zpracování studie proveditelnosti alternativního režimu (*Feasibility study on alternative to capital maintenance regime as established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13. 12. 1976 and the examination of the implications of the new EU accounting regime on profit distribution*).

nese každé podnikání.¹⁸ Stanovit povinnost společnosti udržovat majetek alespoň ve výši základního kapitálu by zmařil funkci vneseného majetku do společnosti jako zdroje financování podnikání. V širším smyslu doktrína zachování kapitálu znamená, že se zákonodárce snaží zabránit hlavním potenciaálním zdrojům nebezpečí. Proto je tato doktrína charakteristická velmi velkým množstvím podrobných, kogentních pravidel snažících se zajistit reálnou tvorbu a udržení základního kapitálu.

3.4. Kritika evropského přístupu

Hlavní funkcí základního kapitálu, v očích koncepce reálné tvorby a udržení, je ochrana věřitelů. Reálnou tvorbu není velký problém zajistit, společnost nebude zapsána do Obchodního rejstříku a nevznikne, pokud tento kapitál od svých zakladatelů neobdrží. Problém nevzniká ani při vkladu spočívající v nepeněžitě hodnotě, neboť společníci mají povinnost nechat ocenit nepeněžitý vklad nezávislým znalcem jmenovaným soudem, čímž se zabránuje možnosti předcenit vklad a tím zapříčinit tzv. rozředění akcií, podílů. Z jiného pohledu jsou, ale tato ustanovení problematická a to z pohledu přeregulovanosti. Základní kapitál v minimální hodnotě je nejspíše zákonodárcem stanoven jako průměrný, základní kapitál ve výši hodící se pro většinu společností. Tímto jsou však „postiženi“ společnosti, u nichž by velikost a druh podnikání ospravedlňoval vklad menší. A naopak se vytváří potenciaální nebezpečí v případech, kde druh podnikání je extrémně náročný na počáteční kapitál. V případě obligatorního ocenění nepeněžitého vkladu znalcem, jmenovaného soudem, nemusí být vždy nezbytné takto stanovené odborné, přesné a nestranné ocenění. Případem jsou situace, kdy cena je zřejmá. I zákaz vkladu ve formě prací a služeb je velmi omezující, zejména v případě společností zabývajících se moderními technologiemi může být např. závazek programování nebo designérská činnost velmi výhodný jak pro společnost, tak i pro společníka a takový společník může být vyloučen z účasti na podnikání, neboť nemusí mít dostatečné finance, aby splnil vkladovou povinnost. A obdobně i podmínka využitelnosti nepeněžitého vkladu ve vztahu k předmětu podnikání se může někdy jevit jako neodůvodněně limitující omezení.

Naopak reálné udržení základního kapitálu je už od počátku odsouzeno k nezdaru. Už nejčastější zdroj problémů, distribuce akcionářům, je vyřešen dle mého názoru neuspokojivě. Jednak neodůvodněně omezuje ekonomické rozhodování představenstva a na druhou stranu

¹⁸ Černá, S., Obchodní právo III, Asp1, 2006, str. 76

nedokáže zabránit úpadku společnosti v důsledku rozdělení dividend. Příkladem druhé výtky může být situace, kdy společnost rozdělí volné zdroje, zisk, ale v důsledku plánovaných investic se následně zadluží a nebude schopna plnit závazky, jak se stanou splatnými, a zbankrotuje. Dále nelze zákonem zohlednit možnost přírodní pohromy, špatného ekonomického úsudku představenstva atp. Možné by to snad bylo, kdyby měla společnost povinnost udržovat hodnotu svého majetku alespoň na úrovni základního kapitálu popř. povinnost snížit základní kapitál v případě ztráty, to by ale popřelo další funkci základního kapitálu a to funkci zdroje financování podnikání. Více viz výše.

I druhou funkci základního kapitálu, a to základ pro určení podílu společníka na společnosti, nelze chápat absolutně. Deformována je jednak právy menšinových akcionářů, k nimž jsou oprávnění, aniž by to bylo legitimováno jejich kvantitativní stránkou podílu ve společnosti, ale legitimace vyplývá ze zákonem stanovené hranice. Z druhé strany dochází k deformacím většinovým akcionářem, který dosáhne-li většinového podílu (což nemusí být vždy padesát jedna procent, např. u vysoce rozprostřených akcií u veřejnosti to může být i třicet procent), tak de-facto ovládá celou společnost.

Třetí funkcí je měřítko zisku a ztrát. Ale položka základního kapitálu je účetní pojem a ziskovost určité operace nemusí být v účetnictví uvedena jako zisková, byť z ekonomického pohledu „zisk“ přinesla nebo v případě snížení základního kapitálu o částku rovnající se nominální hodnotě vlastních akcií v případě, že společnost tyto akcie nabyla za hodnotu nižší než je jejich jmenovitá hodnota.

4. Základní teze amerického režimu adekvátní kapitalizace

4.1. Obecně ke korporátnímu právu

Americké právo obchodních společností je ryze národním právem, proto existuje 51 právních režimů pro zakládání a další regulaci obchodních společností. Nějaký sjednocující prvek v podobě směrnic a nařízení známý v EU, v USA nenajdeme. Na federální úrovni nejsou právní předpisy, které by tuto oblast upravovaly. Z tohoto důvodu nelze mluvit ani o federálním *common law* v užším smyslu¹⁹ vztahujícím se ke korporacím.

V USA je možné hledět na právo obchodních společností jako na trh se statuty společností, na němž jednotlivé právní úpravy vystupují jako produkt. Poptávka je tvořena zájemci o korporátní právo, vybírající si nejlepší systém. Nabídku tvoří státy snažící se nabídnout co nejlepší právní úpravu pro zakladatele. Přesto však jednotlivé právní úpravy obchodních společností něco spojuje. Jde o společnou tradici práva *common law*, rozhodnutí Nejvyššího soudu a „*Model Business Corporatin Act*“²⁰, jež vznikl z iniciativy advokátní komory USA.

Nicméně federální právo upravuje určité oblasti, které jsou pro právo obchodních společností velmi významné. Jde zejména o federální zákon o cenných papírech z roku 1933²¹ upravující cenné papíry (zejména akcie a dluhopisy), jejich náležitosti, emisi, nutnost registrace každého obchodování, náležitosti prospektu atd., dále federální zákon o úpadku z roku 1987²² upravující bankrotní řízení s velmi důležitým §510 (c) „odkazující“ soudy na doktrínu podřízenosti podle práva equity²³. Mezi trojici nejvýznamnějších zákonů mimo oblast korporátního práva lze řadit i zákon o podvodném převodu (UFTA)²⁴, jenž má v právu obchodních společností významné důsledky. Jde o uniformní zákon vypracovaný odborníky a jednotlivé státy jej mohou inkorporovat do státních právních řádů, nejde tedy o federální předpis a konkrétní znění je třeba hledat v úpravě jednotlivých států.

¹⁹ „*Common law*, pojem o více významech. V nejširším slova smyslu jde o označení pro angloamerický typ právní kultury, v užším slova smyslu o tzv. obecné právo, tvořené soudními precedenty a obyčejovým právem ve Velké Británii, v nejužším smyslu pak o jeden ze dvou systémů soudcovského práva (vedle equity) ve Velké Británii.“ Zdroj: Právníký slovník, 2. vydání, C. H. Beck, 2001, autor hesla Gerloch A.

²⁰ MBCA a RMBCA jsou modelové návrhy zákonů. MBCA byl tvořen od počátku 40 let Komisí korporátního práva Americké advokátní komory (*Committee on Corporate Laws of the American Bar Foundation*). Následně byl v roce 1984 významně revidován a změněn název na „*Revised Model Business Corporatin Act*“. Více v Kapitole 4.2.1.

²¹ Securities Act of 1933 (15 U. S. C.)

²² Federal Bankruptcy Code of 1987 (11 U. S. C.), který zrušil Bankruptcy Act of 1897 známý jako Nelson's Act

²³ Viz Kapitola 7.2.

²⁴ Uniform Fraudulent Transfers Act (UFTA) z roku 1918, resp. 1984. (Modelový návrh se odlišuje od uniformního/jednotného návrhu v možnosti opce. Modelový zákon ponechává některé otázky na volbě, kdežto uniformní návrh tuto volbu nedává. Jinými slovy, cílem obou návrhů je sjednocení úprav, ale rozdílem je míra jaké má být sjednocením dosaženo.)

Kapitálová pravidla se týkají zejména tzv. „Corporations“, jiné formy sdružení zabývající se podnikáním jako „Partnership“ (*The General Partnership, The Limited Liability Partnership - LLP, The Limited Liability Limited Partnership – LLLP*) nebo „Limited Liability Companies“ - LLC, tak i jiné formy sdružování za jiným účelem než podnikání, nejsou podrobeny těmto pravidlům, byť jsou některé formace některými obecnými pravidly povinny se řídit. Na druhou stranu těmto pravidlům zásadně podléhají jak „C-Corporations“²⁵ tak „S-Corporations“²⁶. Pro přehled uvádím tabulku, v níž srovnávám americké společnosti a společnosti podle českého práva. Základem pro srovnání je zejména, tvorba kapitálu, odpovědnost společníků a vyše jejich ručení. Uvedené třídění není ideální, neboť nejde o identickou formu společnosti odpovídající obchodní společnosti ve státě druhém.

Česká republika	Spojené státy americké
veřejná obchodní společnost (v.o.s.)	general partnership
komanditní společnost (k.s.)	limited liability partnership (LLP)
společnost s ručením omezeným (s.r.o.)	limited liability company (LLC.)
akciová společnost (a.s.)	corporation ²⁷

Důležité je již na tomto místě zdůraznit, že akcie s nominální hodnotou nejsou spjaty s tímto systémem nerozlučně. Proto se snažím oddělovat na jedné straně vývoj a pravidla vedoucí k odstoupení od základního kapitálu, jehož hlavní funkcí je ochrana věřitelů od vývoje a pravidel vedoucí k odstoupení od nominální hodnoty akcie, jejíž hlavní funkcí je ochrana rovného zacházení se všemi akcionáři na straně druhé. Blíže viz kapitola pátá Akcie s nominální hodnotou a akcie bez nominální hodnoty.

V současnosti se ve Spojených státech lze setkat s více jak padesáti různými pojetími základního kapitálu, z důvodů výše zmíněných (51 států a obecné, uměle vytvořené, modelové návrhy zákonů). Nicméně největší význam má pojetí obsažené v Revidovaném

²⁵ Společnost, jež je povinna platit federální daň z příjmů zároveň i akcionáři platí daň z příjmů, dochází tak ke dvojímu zdanění.

²⁶ Společnost, jež sama daň neplatí, byť je povinna podat daňové přiznání. Toto „informační“ daňové přiznání slouží k lepšímu výběru daní od samotných akcionářů. Jinými slovy akcionáři platí daň jako by byli sami podnikateli, zaměstnanci společnosti a společnost sama daň neplatí.

²⁷ V rámci této společnosti existuje několik mutací: C-corporation (zisk je daněn společností i akcionáři), S-corporation (zisk je daněn pouze akcionáři), Professional corporation (pro příslušníky svobodných povolání, jako jsou lékaři, právníci atp.), Close corporation (smí mít omezený počet akcionářů), Open corporation (neomezený počet akcionářů), Public corporation (akcie jsou obchodovatelné), Non-Profit corporation (nezisková společnost).

modelovém návrhu práva obchodních společností z roku 1984 (dále jen RMBCA), který vychází z Modelového návrhu práva obchodních společností z roku 1950 (dále jen MBCA) a to z důvodu mnoha recepcí do jednotlivých státních předpisů. Druhým významným předpisem je *General Corporation Law*²⁸ státu Delaware (dále jen DGCL) a to pro počet jím inkorporovaných společností²⁹. Proto další výklad se zaměří především na tyto dva systémy.

4.2. Konceptní východiska amerického přístupu a hlavní problémy vedoucí ke změně tohoto přístupu

Až od roku 1811 bylo možné ve Spojených státech amerických založit společnost jinak než legislativním aktem. V tomto roce stát New York dovolil zakládat specifické společnosti³⁰ bez legislativního aktu. V roce 1875 stát New Jersey přijal už komplexní úpravu zakládání a existence obchodních společností s cílem přitáhnout kapitál. Tato ustanovení byla relativně liberální. Zákon dal prvně na americkém kontinentě i možnost, aby podíl jedné společnosti byl ve vlastnictví jiné obchodní společnosti (trust). Tuto úpravu v roce převzal stát Delaware. Následně, v roce 1913 pod vedením guvernéra Woodrow Wilsona, stát New Jersey eliminoval liberální ustanovení z původního zákona. Od té doby až do dneška je stát Delaware díky svému přístupu na jednu stranu liberálnímu na stranu druhou dávající dostatečnou ochranu jak věřitelům, tak akcionářům, považován za velmi atraktivní místo pro založení obchodní společnosti.

Zakladatelé společnosti museli v zakládajícím dokumentu společnosti stanovit určitou částku základního kapitálu³¹ a ten musel být celý upsán a celý splacen. Bylo to vnímáno quid pro quo omezeného ručení korporace³². Tento základní kapitál měl mít hlavně garanční funkci, měl chránit věřitele v případě, kdyby se společnost dostala do úpadku a věřitelé nemohli dosáhnout na osobní majetek akcionářů. Lze tak mluvit o reálné tvorbě základního kapitálu, tak jak je známa v dnešním evropském pojetí.

²⁸ Title 8, Chapter 1, Delaware Code

²⁹ Více než 50% veřejně obchodovaných amerických společností je inkorporováno ve státu Delaware a více než 60% společností v žebříčku Fortune 500 (seznam největších společností dle tržeb) – zdroj: <http://www.corp.delaware.gov/aboutagency.shtml>

³⁰ Tzv. Manufacturing Corporations

³¹ Je ovšem důležité odlišovat stanovení výše základního kapitálu v zakládajícím dokumentu a povinnosti jej splatit a na druhé straně stanovení nominální hodnoty akcie. V prvním případě se hovoří zejména o funkci ochrany věřitele, kdežto v případě druhém, nominální hodnoty akcie, spíše o rovném zacházení se všemi akcionáři. Nelze ale říci, že tyto funkce plní pouze tyto funkce a, že ochrana akcionářů a věřitelů je zabezpečena pouze těmito pravidly. Jde o spojitě a vzájemně se doplňující věci.

³² Institut omezeného ručení vznikl jako institut common law, zákonnými akty byl až následně převzat, je tedy velmi obtížné určit kdy konkrétně se tak stalo a na základě jaké teorie. Obecně se v této souvislosti uvádí judikát Wood v. Dummer.

Zajímavé je, že většina států stanovovala nejen minimální, ale i maximální částky základního kapitálu, kterou společnost může získat prodejem akcií. Lišily se podle typu podnikání. Strach z překapitalizované společnosti pramenila z teorie, že korporace je částečným ramenem státu nebo že by mohly získat stejný statut jako lidé. New York toto omezení zrušil v roce 1890, ale v některých státech přetrvávaly až do dvacátých let dvacátého století.

Problématickost garanční funkce byla spatřována ve dvou ohledech. Jednak vzhledem k okolnosti, že většinou nebyla stanovena minimální výše základního kapitálu v dostatečné výši, nemohl základní kapitál plnit garanční funkci už od samého počátku³³. Druhý problém spočívá ve vztahu vkladu a jmenovité hodnoty akcie. V této době neexistují zákony, které by stanovily povinnost vklad ve výši jmenovité hodnotě vnést. To vytváří prostor pro vznik tzv. zředěných akcií (*watered stock*³⁴).

Základem koncepčního přístupu k základnímu kapitálu, zejména k její druhé části a to udržení základního kapitálu ve společnosti, byl judikát *Wood v. Dummer*³⁵ z roku 1824, v němž byla rozpoznána tzv. teorie svěřeneckého fondu (*Trust Fund Theory*). Podstata této teorie tkví v tom, že akcionářům není dovoleno vzít „jejich“ majetek zpět ze společnosti, protože základní kapitál je jakýsi „svěřenecký fond“³⁶ pro uspokojení věřitelů. Velmi zjednodušeně šlo o to, že banka v blízkosti úpadku rozdělila svým akcionářům svá zbylá aktiva, čímž úpadek ještě uspíšilí. Věřitelé pak u soudu žádali po akcionářích náhradu. Soud ji poskytl v rozsahu rozdělených aktiv a odůvodnil to právě tzv. teorií svěřeneckého fondu, kterou tímto konstituoval.

Teorie svěřeneckého fondu, z roku 1824, byla později soudy popřena z právně teoretických důvodů a nahrazena teorií podvodu. Historicky je teorie svěřeneckého fondu spjata s akciemi s nominální hodnotou, dnes v USA považovanou za archaistický a matoucí koncept³⁷, kdy (par hodnota) je součástí zakladatelského dokumentu jako nezbytná část identifikující podíl akcií, včetně počtu takovýchto akcií.

³³ Černá, S., Přehodnotí Evropa přístup k základnímu kapitálu?, *Právní rozhledy* 22/2005, str. 819

³⁴ Zředěné akcie (*watered share*) mohou být pojímány v širším i užším smyslu. Bonusové akcie (*bonus share*) se nazývají akcie bez jakékoliv protihodnoty. Rozředěné akcie (*watered share*) jsou v užším smyslu akcie upsány za majetek v hodnotě nižší než je jejich nominální hodnota. Akcie se slevou (*discount share*) jsou akcie upisovány za peněžitý vklad, který je ale navíc menší než jejich jmenovitá hodnota. Všechny tři druhy jsou v širším slova smyslu nazývány rozředěné, zředěné akcie (*watered share*).

³⁵ *Wood v. Dummer*, 30 F. Cas. 435 (C.C.D. Me. 1824)

³⁶ „*capital of a corporation constitutes a trust fund for benefit of creditors*“

³⁷ Hamilton, W. Robert; *Corporations including Partnerships and Limited Liability Companies*; St. Paul, Minnesota; 2001; str. 366

Příčinou odmítnutí teorie svěřeneckého fondu je případ *Hospes v. Northwestern Mfg. & Car. Co* z roku 1892³⁸. Jeho podstata tkví v emisi bonusových akcií, tedy akcií, za něž není poskytována žádná protihodnota. Spor byl v tom, zda u rozředěných akcií se v případě úpadku vytváří závazek majitele takové akcie splatit, doplatit nominální hodnotu ve prospěch věřitelů. Soud se v roce 1892 musel vypořádat s teorií svěřeneckého fondu (*Trust Fund Theory*) vzniklou v roce 1824, kterou odmítl z právně teoretických důvodů³⁹, byť by náhradu umožňovala. V situaci, kdy je na vztah mezi společností a akcionářem nazíráno teorií smluvní (*Contract Theory*)^{40, 41}, a kdy zákon nestanoví povinnost splatit protihodnotu za akcii, viděl soud jedinou možnost v aplikaci obecné doktríny podvodu. Ta spočívá v tom, že zdání kapitalizace společnosti, jak byla vytvořena jejich par akciemi, je veřejná prezentace, na kterou budoucí věřitelé mohou spoléhat. Jinými slovy věřitelé mohou donutit akcionáře učinit za dost jejich představě, pokud společnost nemůže prokázat (presumpce nevědomosti akcionářů), že věřitelům byly známy informace v momentě zadlužení, že dostatečný kapitál nemá. Tento přístup je nazýván teorií odpovědnosti rozředěných akcií (*Watered Stock Liability*).

Soud vyslovil nesouhlas s původní doktrínou svěřeneckého fondu (*Trust Fund Theory*), jež byla ve svých důsledcích podobná dnešnímu evropskému pojetí. Toto odmítnutí z právně teoretických důvodů pak bylo jinými soudy následováno. Dále soud vytvořil doktrínu novou, kterou ale aplikoval pouze na rozředěné akcie (*Watered Stock*). Řešení „rozředěných a bonusových akcií jako jednoho z největších podvodů spojených s řízením moderních společností“⁴² tak může být trojí. Prvním je teorie svěřeneckého fondu, jež je dnes jednoznačně odmítána. Dále aplikací teorie odpovědnosti rozředěných akcií (*Watered Stock*

³⁸ *Hospes v. Northwestern Mfg. & Car Co.*, 48 Minn. 174, 50 N.W. (Minn.1892)

³⁹ Podstata svěřenectví tkví dvojakostí, jedna osoba vlastní a řídí ve prospěch druhé osoby - cestu que trust. Absolutní kontrola nad majetkem vylučuje ideu svěřenectví. Společnost je vlastníkem a je i „požívatelem“ výhod z něho plynoucích.

⁴⁰ Když akcionáři upíší akcie a společnost přijme jejich závazek a rozdělí jim akcie, vytváří se tím vzájemný závazkový právní vztah. Podle kontraktační teorie akcionáři mohou být shledáni odpovědní pouze za podmínek, za kterých nabyli akcie resp., kterým se podřídili při úpisu a věřitelé insolventní společnosti jsou oprávněni vynutit takový závazek na akcionářích. Mwenda K., *Shareholders And Their Obligation To Pay-Up For Shares*, Murdoch University Electronic Journal of Law, ročník 6, číslo 3 (září 1999).

⁴¹ Její podstata není odlišná od českého vnímání vkladu jako závazkové povinnosti. „... znamená, že uzavřením společenské smlouvy ... vznikne zakladateli (společníkovi) právní povinnost (závazek, dluh) poskytnout společnosti dohodnuté plnění. Tím společnosti vznikne proti společníkovi pohledávka a tato pohledávka se stane součástí jejího majetku.“ - Pelikánová I., Černá S., *Obchodní právo II*, Aspí, 2006 str. 71

⁴² *Hospes v. Northwestern Mfg. & Car Co.*, 48 Minn. 174, 50 N.W. (Minn.1892) - ... in view of the fact that watered and bonus stock is one of the greatest abuses connected with the management of modern corporations...

Liability), ale pouze rozředěných akcií. Posledním v úvahu připadajícím východiskem je zákonem stanovená povinnost neupisovat akcie s nominální hodnotou pod par⁴³.

⁴³ např. § 153 (a) DGCL

5. Tvorba základního kapitálu

5.1. Minimální základní kapitál

RMBCA ani dřívější MBCA nepředepisují minimální částku základního kapitálu, resp. RMBCA vůbec základní kapitál nezná. Naproti tomu DGCL hovoří o deklarovaném kapitálu, který je tvořen souhrnem veškerých nominálních hodnot PV akcií⁴⁴ a celého vkladu nebo části připadající na NPV akcií^{45, 46}. Ovšem ani DGCL nepředepisuje minimální částku.

Nicméně kapitál nezbytný pro podnikání je, a to jak při jeho zahájení, tak i v jeho průběhu. Opakem společnosti s dostatečným kapitálem je podkapitalizovaná společnost. Ta může být podkapitalizována jednak od svého počátku tím, že už její zakladatelé nevytvořili dostatečný kapitál nebo se jako podkapitalizovaná může ocitnout v důsledku specifické operace, nejčastěji půjde o rozdělování dividend.

Nepřiměřená kapitalizace může mít výjimečně za následek jednak odpovědnost akcionářů nebo i jiných osob (představenstva, třetích osob). Uskutečnitelné je to aplikací buď doktríny podřízenosti podle práva equity resp. federálního zákona o bankrotu nebo uplatnění zákona o podvodném převodu (UFTA), popřípadě propíchnutím závoje společnosti. Nicméně praxe ukazuje, že podkapitalizace společnosti sama o sobě není důvodem pro jejich uplatnění. Soudy v těchto případech někdy uvádějí, že by akcionáři neměli být trestáni za uplatnění výhody, kterou je možnost založit společnost s minimálním kapitálem, ale zejména že restituci spravedlnosti je možno uplatnit jinak. A to svázat ji s konkrétním právním úkonem, obchodem, který poškodil věřitele nebo vedl k úpadku společnosti. Podkapitalizace se tak sice může stát důležitým prvkem při naplnění předpokladů pro rozhodnutí např. o podřízení, ale samo by ho mít za následek nemělo⁴⁷.

Blíže o aplikaci „nekorporátních“ zákonů a institutů, zákona o podvodném převodu, federálního zákona o bankrotu, resp. doktríny podřízenosti podle práva equity, propíchnutí firemního závoje, stejně jako o pravidlech distribuce se zabývám níže.

⁴⁴ Akcie s nominální hodnotou (*Par Value Share*).

⁴⁵ Akcie bez nominální hodnoty (*No Par Value Share*).

⁴⁶ Více viz. Kapitola 5.2. Akcie s nominální hodnotou a akcie bez nominální hodnoty v současnosti.

⁴⁷ Jsou ale známy i výjimečné případy kdy pouze a jen samotná počáteční nepřiměřená kapitalizace vedla

k podřízení pohledávky např. *Arnolds v. Philips (1941)*, ale dnes by tato situace nastat neměla. viz Kapitola 8.1. a 8.2.

5.2. Vklad

5.2.1. Kdo rozhoduje o emisi akcií

Právo rozhodnout o emisi akcií stejně jako o jejich počtu, formě, nominální hodnotě nebo rozhodnout, že jsou bez nominální hodnoty, stanovení ceny za akcii, způsobu splacení, určení dokdy mají být splaceny a dalších náležitostech, které nejsou vyhrazeny např. akcionářům, má představenstvo společnosti. A to jak podle §6.21 (a)RMBCA, tak podle §161 DGCL. Nicméně oba systémy dávají možnost společností stanovit v zakladatelském dokumentu, že právo rozhodnout o emisi nebo jiném aspektu emise nebo akcie bude náležet akcionářům.

§6.21 (f) RMBCA obsahuje nutnost, aby určité rozhodnutí bylo schváleno zároveň i akcionáři ve dvou zvláštních případech. Prvním případem je situace, kdy akcie nebo jiné cenné papíry umožňující nabytí akcií nejsou spláceny peněžitými hodnotami nebo hodnotami ekvivalentními penězi (nejspíše zde půjde např. o vysoce likvidní cenné papíry). Tím druhým případem je situace, kdy dochází k emisi akcií, s nimiž je spojeno hlasovací právo a to v rozsahu překračující 20% celkových hlasovacích práv předcházející emisi.

Obdobné omezení DGCL neobsahuje.

5.2.2. Povinnost vkladová a její odložení

Samotná povinnost splatit vklad je zmiňována v §6.22 RBMCA pojednávající o odpovědnosti akcionáře za závazky společnosti, kde stanoví, že akcionář není zavázaný (primární povinnost) nebo odpovědný (sekundární povinnost) korporaci nebo jejím věřitelům, kromě povinnosti splatit vklad, za který byly emitovány akcie, resp., k němuž se úpisem akcií zavázal.

RBMCA neobsahuje žádná ustanovení ohledně povinnosti splatit část nebo celý vklad okamžitě nebo před zápisem do rejstříku. Z tohoto se odvozuje, že je možné oddálit částečné nebo úplné splacení vkladu. V konkrétním případě tak stanoví představenstvo v emisních podmínkách, kdy popř. v jaké části má být vklad splacen. Původní MBCA nedával představenstvu tak široké pole působnosti a upravoval tato ustanovení v §25 restriktivněji.

Naproti tomu DGCL explicitně stanoví v §163, že vklad musí být splacen v takové výši a takovém čase jaké určí představenstvo. Dále §162 obsahuje zajímavé ustanovení. Pomocí tohoto ustanovení, s názvem *Odpovědnost akcionáře nebo upisovatele za plně nesplacené*

akcie⁴⁸, dokáže věřitel společnosti prosadit plné splacení vkladu. Za podmínek, kdy vklad akcionáře nebyl plně splacen, majetek společnosti nepostačuje k uspokojení pohledávek věřitelů, jsou akcionáři povinni zaplatit částku, která bude postačovat k uspokojení nároku věřitele. Limity jsou jednak horní hranice pohledávky věřitele a nikoliv rozdíl mezi splacenou a nesplacenou částkou připadající na akcie, dále dobrá víra v to, že akcie byla splacena v případě, že byla postoupena a dále nelze překročit lhůtu šesti let od data úpisu akcie. Další podmínkou je soudní rozhodnutí, jímž bylo společnosti nařízeno zaplatit, a výkon tohoto rozhodnutí nepřinesl požadovaný výsledek⁴⁹.

5.2.3. Možné formy vkladu

Dřívější Modelový zákon dovoľoval vklad pouze v určité formě majetku nebo služeb. Např. vklad ve formě dlužního úpisu nebo vlastní směnky⁵⁰ dovoľen nebyl, neboť jde vlastně o nahrazení splnění jednoho závazku (splatit vklad) závazkem jiným (splatit např. směnečný peníz) nesplněným. Stejně tak nebyly možné vklady ve formě závazku poskytovat práci a služby⁵¹. Revidovaný modelový zákon už toto omezení neobsahuje. §6.21 stanoví, že představenstvo může schválit emisi akcií za protihodnotu spočívající v jakémkoliv hmotném nebo nehmotném majetku nebo prospěchu společnosti (*benefit to the corporation*⁵²), zahrnující hotovost, dlužní úpis, vlastní směnku, závazek výkonu prací a služeb nebo cenné papíry jiné společnosti⁵³. V případě, že za akcie je poskytován závazek budoucích služeb, prací nebo závazek poskytnout v budoucnu určitou hodnotu (např. vlastní směnka) je možné emitovat tzv. podmíněné akcie (*escrow shares*). Podstata spočívá v tom, že společnost může vyloučit nebo omezit převoditelnost těchto akcií a dále pozastavit distribuce do výše nabývací ceny těchto akcií. Jestli pak nejsou práce nebo služby vykonány, směnka nebo dlužní úpis není splacen podle smlouvy, podmíněná akcie může být zrušena a pozastavené distribuce z části nebo celé propadnout společnosti.

⁴⁸ Liability of stockholder or subscriber for stock not paid in full. § 162 DGCL

⁴⁹ § 162 DGCL ve spojení s § 325 DGCL

⁵⁰ § 19 MBCA

⁵¹ ibidem

⁵² Oficiální komentář k §6.21 stanoví, že termín prospěch (*benefit*) by měl být „... široce vykládán, aby zahrnul, na příklad, snížení odpovědnosti, zproštění závazku nebo benefity získané společností vkladem jejich akcií do charitativní společnosti nebo jako odměna při propagaci.“

⁵³ §6.21 (b) *The board of directors may authorize shares to be issued for consideration consisting of any tangible or intangible property or benefit to the corporation, including cash, promissory notes, services performed, contracts for services to be performed, or other securities of the corporation.*

Obdobně tomu je i v DGCL §153 (a) a (b). Představenstvo stanoví formu, způsob, čas splacení vkladu a může určit i formu vkladu, která je jedinečně akceptovatelná. Tou může být hotovost, jakýkoliv hmotný nebo nehmotný majetek nebo jakýkoliv prospěch (*benefit*) společnosti nebo jejich kombinace.

V obou případech je tedy na představenstvu, co přijme jako protihodnotu za akcie. Volná úvaha představenstva je omezena povinností péče řádného hospodáře §8.30 (a) RMBCA a §141 DGCL.

5.2.4. Ocenění vkladu

Vzhledem k výše řečenému nelze očekávat, že by RMBCA nebo DGCL stanovil povinnost nepeněžitý vklad ocenit nezávislým auditorem. V systému RMBCA je povinností a odpovědností představenstva zjistit, zda je přijatá hodnota adekvátní. Podle §8.30 (b) může představenstvo spoléhat mimo jiné na zprávy expertů, viz níže. Obdobně je tomu podle DGCL.

5.2.5. Prostředky nápravy

Problémy v oblasti přijímání, stanovení druhu, ceny, způsobu splacení vkladu mohou vzikat především v souvislosti s oceněním nepeněžitého vkladu. Mimo některých specifických prostředků zmíněných výše lze užít k nápravě prostředek obecný, jež je obsažen v §8.30 a jež stanoví povinnost představenstva konat s péčí řádného hospodáře⁵⁴.

Představenstvo musí provést řádné obchodní posouzení určující, zdali je protihodnota adekvátní. V případě, že by členové představenstva tuto povinnost nesplnili, mohou být uznáni odpovědní podle §8.30⁵⁵. §8.30 (a) stanoví, že každý člen představenstva musí konat:

1. v dobré víře a
2. způsobem, jež oprávněně považuje za nejlepší zájem společnosti.

⁵⁴ V literatuře se hovoří o „*business judgement rule*“ (pravidlu podnikatelského úsudku)

⁵⁵ §8.30 (a) *Each member of the board of directors, when discharging the duties of a director, shall act: (1) in good faith, and (2) in a manner the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation.*

§8.30 (b) *The members of the board of directors or a committee of the board, when becoming informed in connection with their decision-making function or devoting attention to their oversight function, shall discharge their duties with the care that a person in a like position would reasonably believe appropriate under similar circumstances.*

§8.30 (b) dovoluje představenstvu při získávání informací ve spojení s jejich rozhodovací činností, řízením a dozorem spoléhat na informace, kterým by osoby ve stejné pozici mohly důvodně věřit za obdobných okolností.

I podle práva státu Delaware je představenstvo povinno provést řádné obchodní posouzení vkladu, zdali je daný vklad adekvátní hodnotě akcií. Napadnout hodnotu vkladu je možné zásadně, jen pokud lze usuzovat na podvod. Z precedenčního práva vyplývá, že lze mít za to, není-li prokázán opak, že jde o podvod při splnění dvou podmínek. Za první, protiplnění musí být hrubě nadhodnoceno a za druhé, že z dalších okolností můžeme mít za to, že došlo k podvodu. Nicméně druhá podmínka byla následnými judikáty delawarského soudu pro korporátní právo (*Delaware Court of Chancery*)⁵⁶ zmírněna. Existuje-li přespřílišné přehodnocení hodnoty vkladu, postačí už samo o sobě pouze toto, aby se uplatnila presumpce existence podvodu.

Nelze ve specifických případech vyloučit aplikaci zákona o podvodném převodu, federálního zákona o bankrotu, podřízení pohledávky a propichování firemního závoje.

5.3. Akcie a jejich emise

5.3.1. Typy obecně

Americké akciové právo umožňuje emitovat velký počet nejrůznějších druhů akcií, s nimiž jsou spojena nejrůznější práva akcionáře nebo naopak, u nichž jsou některá práva pozastavena nebo omezena. Akcie lze rozdělit na dvě skupiny, na běžné, kmenové (*Ordinary Share*) a prioritní (*Preferred Share*). Kmenové akcie jsou takové, které obsahují dvě základní fundamentální práva, a to právo volit a právo přijímat distribuce, resp. dividendy z čistého zisku, resp. alespoň jedno toto právo bez jakéhokoliv omezení. Kdežto preferenční akcie obsahují preferenční právo na výplatu dividendy, ale na druhou stranu je limitováno hlasovací právo (většinou je hlasovací právo úplně vyloučeno). Preferenční akcie na výplatu dividendy bývají často doprovázeny i přednostním právem na výplatu likvidačního zůstatku.

Federální zákon o cenných papírech⁵⁷ dává velký prostor pro specifikaci zejména preferenčních akcií. Mezi zvláštní akcie lze řadit akcie s právem na kumulativní dividendu

⁵⁶ Soud vytvořený v důsledku popularity delawarského obchodního práva a obrovskému množství inkorporovaných společností a z toho vyplývající množství soudních sporů. Tento soud urovnává spory vyplývající z práva obchodních společností.

⁵⁷ Securities Act of 1933, byl několikrát významně novelizován, naposledy a velmi významně Sarbanes-Oxley Act z roku 2002 (Který prezident Bush označil jako „největší reformu amerických obchodních praktik od času Franklina Delana Roosevelta“). Zákon zavádí mnoho reforem za účelem zvýšení korporátní odpovědnosti, zvýšení finančních průhledností a boje s korporátními a finančními podvody a vytvořil "Public Company Accounting Oversight Board", aby dohlížela na činnost finančních auditorů.).

(*Cumulative preferred stock*). To znamená, že jestli preferenční dividenda nebyla vyplacena ve stávajícím roce, převádí se právo na tuto dividendu do dalších let, kdy se kumuluje s případně dalšími, nově vzniklými právy na dividendu. Nezaplacená kumulativní dividenda není dluh společnosti, ale pouze právo priority při budoucí distribuci. Opakem budou akcie s nekumulativní dividendou (*Non-cumulative Preferred Stock*), jež obsahují „pouze“ právo na přednostní vyplacení dividendy před kmenovými akcionáři. Další zvláštní typy jsou vyměnitelné preferenční akcie (*Convertible Preferred Stock*) obsahující právo opce na kmenové akcie, účastnické preferenční akcie (*Participating Preferred Stock*) obsahující právo na výplatu běžné dividendy a navíc i dividendy zvláštní, vykoupitelné akcie (*Redemption Preferred Stock*) obsahující právo požadovat odkoupení akcie zpět za cenu, kterou společnost určí, zlatá akcie (*Golden Stock*) obsahuje právo veta ve věcech vymezených v zakladatelském dokumentu, super volicí akcie (*Super-voting Stock*) poskytují více jak jeden hlas při volbě představenstva nebo podobného orgánu. Existují i mnohé jiné druhy akcií, ale výše zmíněné bývají nejčastější.

5.3.2. Stanovení množství, druhů a práv s druhem akcií spojených

Podle RMBCA §2.02 (a) a §6.01 (a) má společnost povinnost stanovit v zakladatelském dokumentu maximální počet akcií, které společnost může emitovat. Dále musí stanovit, jaké druhy akcií emituje a práva s tímto druhem akcií spojená. Každý druh akcií musí být spojen se stejnými právy. Pokud společnost nestanoví jinak v zakladatelském dokumentu je hlasovací právo spojeno s každou akcií v oběhu. Je tak uplatněn princip jedna akcie – jeden hlas (*one share – one vote*). V rámci této úvahy jsou zakladatelé omezeni v §6.01 (b) tím, že minimálně jeden druh akcií musí být emitován s nelimitovaným hlasovacím právem a minimálně jeden druh akcií musí být oprávněn k likvidačnímu zůstatku⁵⁸ a tyto akcie musí být po celou dobu existence společnosti „v oběhu“ (§6.03 (c)). RMBC v §6.01 (c) výslovně, byť jen demonstrativně uvádí možné modifikace. Jsou jimi speciální, podmíněné nebo omezené hlasovací právo; právo na vykoupení nebo výměnu akcie; kumulativní, nekumulativní nebo částečně kumulativní právo na dividendu; právo na jakoukoliv jinou distribuci; přednostní právo na likvidační zůstatek. Zakladatelé tak mají velmi širokou možnost tvorby druhů akcií.

⁵⁸ Doktrína toto ustanovení vykládá širěji, jako povinnost emitovat akcie oprávněné přijmout přebytečný majetek a to buď za existence společnosti nebo v případě likvidace. (Hamilton, W. Robert, *Corporations including Partnerships and Limited Liability Companies*, St. Paul, Minnesota, 2001, str. 359)

RMBCA v § 6.04 dovoluje vydávat i frakční akcie⁵⁹ a upravuje způsob emise, jejich podmínky, dispozice apod.

V případě emise akcií už za existence společnosti je představenstvo oprávněno stanovovat druh akcií, práva s tímto druhem spojená, popř. změnit druh a práva s akcií spojená pouze tehdy, pokud jim toto právo zakladatelský dokument přiznává. Jinak by o takové určení nebo změně museli rozhodnout akcionáři.

Obdobně k tomuto přistupuje DGCL v §151. Zakládající dokument musí obsahovat celkový maximální počet akcií, určení druhů akcií a práv spojených s určitým druhem. Představenstvo pak rozhodne o vlastní emisi akcií, o určení nebo změně druhu akcií jen, přiznává-li to představenstvu zakladatelský dokument. Stejně tak uvádí nejčastější odchylky od kmenových akcií. Možné je i emitovat frakční akcie. I DGCL je založen na principu jedna akcie – jeden hlas.

5.3.3. Stanovení ceny za akcií a emise vůbec

V obou systémech právo stanovit emisní cenu za akcie je právem představenstva, ovšem pouze pokud zakládající dokument nestanoví, že toto právo vykonávají akcionáři.

Oba systémy vycházejí z presumpce vydání akcií bez nominální hodnoty a v praxi je většina akcií ve Spojených státech amerických také emitována bez nominální hodnoty. Jediným kritériem ceny se tak stává fiduciární povinnost představenstva stanovit přiměřenou cenu. Nicméně RMBCA dovoluje emitovat i akcie s nominální hodnotou, ale pro tento případ nestanoví, že by se akcie nesměla prodávat po par. Naproti tomu DGCL v §153 (a) velmi zajímavě stanoví, že v případě akcií s nominální hodnotou nesmí být emisní cena nižší její nominální hodnota.

5.3.4. Náprava v situacích, kdy emisní cena akcie je příliš nízká

RMBCA nemá specifické ustanovení pro tento případ, proto je nutné vycházet z obecné povinnosti představenstva konat s péčí řádného hospodáře podle § 8.30. V případě, že byla stanovena nepřiměřená cena představenstvem a lze-li usuzovat na porušení povinnosti konat s péčí řádného hospodáře, může být člen představenstva uznán odpovědným. Více o povinnosti představenstva konat s péčí řádného hospodáře Kapitola 4.2.5. Prostředky nápravy.

⁵⁹ Jde o podíl na společnosti, který je menší než jedna akcie.

Naproti tomu právo státu Delaware poskytuje speciální instituty, tedy neužijí-li se tyto speciální instituty, připadá v úvahu aplikace ustanovení o péči řádného hospodáře. Za určitých okolností, členové představenstva, kteří rozhodovali o emisi akcií bez vkladu nebo za vklad vysoce neadekvátní, můžou být shledáni osobně odpovědní z důvodů plýtvání majetku společnosti. Plýtvání majetkem společnosti je interpretováno jako převod majetku společnosti bez legitimního obchodního účelu nebo za menší hodnotu než jakou by jiná osoba za běžného obchodního úsudku považovala za adekvátní, jinými slovy podstata spočívá v odvodu majetku společnosti z nepatřičného nebo zbytečného důvodu⁶⁰.

Dalšími možnostmi jsou jednak za určitých okolností možnost anulovat celou emisi nebo její část nebo donutit akcionáře zaplatit přiměřenou cenu za akcie.

Posledně zmíněná možnost vyplývá z precedenčního práva, které dovoluje domáhat se na akcionáři zaplacení přiměřené ceny za akcii. Právním základem tohoto nástroje je povinnost akcionáře, vyplývající z upisovacího aktu, zaplatit vkladem ve spravedlivé hodnotě.⁶¹

5.3.5. Předkupní právo

Předkupní právo není aspektem ochrany věřitelů, ale je konstituováno jako ochrana samotných akcionářů, při emisi dalších akcií, proti rozředění jejich poměru účasti na společnosti.

RMBCA o předkupním právu pojednává v Kapitole 6 (*Shares and Distributions*) v části C v §6.30 poměrně rozsáhle. Ovšem pokud společnost ve svém zakladatelském dokumentu výslovně nestanoví, že akcionářům popř. majitelům jiných cenných papírů umožňující nabytí akcií⁶² §6.30.(c) společnost toto právo přiznává, akcionáři předkupní právo nemají, jinými slovy je zde zakotven princip opt-in⁶³. Přizná-li zakladatelský dokument jednou toto právo, nemůže ustanovení §6.30 (b) změkčit, lze jej jen rozšířit. Předkupní právo je vybudováno na těchto principech:

- akcionáři mají právo za rovných podmínek, stanovených představenstvem, řádnou a spravedlivou možnost vykonat právo nabytí poměrnou část emitovaných akcií,
- akcionáře se mohou zříct předkupního práva,

⁶⁰ *Michelson v. Duncan*, 407 Atlantic Reporter, Second Series 211 (1979)

⁶¹ *In case law it is established that "the stockholder's acceptance of the stock raises an implied agreement and equitable obligation to pay lawful consideration for it".*

⁶² obdobně §160/6 ObchZ

⁶³ Principy opt-in znamená možnost optovat pro něco, kdežto princip opt-out znamená možnost optovat z něčeho pryč, resp. optovat neúčast.

- předkupní právo se netýká určitých zvláštních emisí, např. akcií poskytnutých jako náhrada představenstvu, vedoucím pracovníků nebo jiným zaměstnancům, dále při uspokojení práva spjatého s konvertibilními cennými papíry, dále se to logicky netýká emise do šesti měsíců od inkorporace společnosti, ani emise akcií, jež jsou spláceny jinak než hotovostí,
- majitelé akcií určitého druhu mají zásadně právo jen na úpis akcií stejného, popř. obdobného druhu §6.30.(b) (4) a (5),
- akcie, u nichž nebylo využito předkupní právo, mohou být nabyty jakoukoliv jinou osobou ve lhůtě jednoho roku po té, co byly nabídnuty akcionářům s přednostním právem a za cenu, která nesmí být nižší. Po lhůtě jednoho roku nebo v případě nižší ceny je nutné znovu akcie nabídnout akcionářům s přednostním právem.

Obsahově se může zdát, že jde o obdobné pojetí jako v našem právu s odchylkami, která zohledňuje existenci široké možnosti tvořit různé druhy akcií a odlišnou koncepci při emisi, ale samotná podstata předkupního práva je odlišná.

Patrné je to z toho, že předkupní právo není krucióální součástí akcionářských práv. Přitom nezáleží na způsobu, jakým společnost toto právo uplatňuje, tj. ať už způsobem optovat pro něj (opt-in) nebo optovat pro neúčast (opt-out). Původní koncepci založil judikát Stokes v. Continental Trust z roku 1906⁶⁴ jako neodmyslitelný, vnitřní aspekt vlastnického práva akcionáře na proporční ochranu jeho zájmu ve společnosti⁶⁵. A jako takové jej není možné vyloučit bez souhlasu konkrétního akcionáře. Ovšem současné pojetí chápe předkupní právo jako samostatné právo, jako „bonus“ spočívající v přiznání práva na proporční ochranu, které je možné v zakladatelském dokumentu přiznat⁶⁶.

§102 (b) (3) DGCL tuto koncepci přebírá, byť je stručnější. Akcionáři nemají předkupní právo při emisi nových akcií, pokud tak nestanoví zakládající dokument.

V praxi se dnes vyskytují společnosti s předkupním právem velmi zřídka a zejména jde o společnosti, jež nejsou obchodovány veřejně, jsou uzavřeny.

⁶⁴ Stokes v. Continental Trust Co. (1906) 186 N. Y. 285

⁶⁵ Hamilton, W. Robert, Corporations including Partnerships and Limited Liability Companies, St. Paul, Minnesota, 2001, str. 414

⁶⁶ V roce 1955, kdy byl částečně novelizován MBCA se změnil princip opt-out, presumpce existence předkupního práva, na princip opt-in.

6. Akcie s nominální hodnotou⁶⁷ a akcie bez nominální hodnoty

6.1. Obecně

Byť je koncepce adekvátní kapitalizace v USA většinou spojena s akciemi bez nominální hodnoty, nelze tvrdit, že akcie bez nominální hodnoty jsou condition sine qua non pro systém adekvátní kapitalizace. Je možná existence akcií systému adekvátní kapitalizace i s akciemi s nominální hodnotou. RMBCA je založen na emisi akcií bez nominální hodnoty, ale akcie s nominální hodnotou zakázány nejsou. Právo státu Delaware dovoluje emitovat jak akcie s nominální hodnotou tak i bez nominální hodnoty, dokonce je i možné, aby jedna společnost emitovala kombinaci akcií, tedy část akcií s nominální hodnotou a část akcií bez nominální hodnoty. To znamená, že systém adekvátní kapitalizace lze spojit jak s akciemi s nominální hodnotou tak s akciemi bez nominální hodnoty. Ve Spojených státech, ale existují státy, byť jde o výjimky, které nedovolují emitovat akcie bez nominální hodnoty (v současnosti jde o stát Nebraska, Severní Dakota).

Zvláštní situace je v Austrálii, kde v roce 1998 byly zrušeny akcie s nominální hodnotou a nadále je možné emitovat pouze akcie bez nominální hodnoty⁶⁸.

Nicméně možnost emise akcií bez par hodnoty je jednak velmi zajímavá, naprostá většina akcií v USA je dnes emitována bez nominální hodnoty, historicky je odstoupení od základního kapitálu spjato s přechodem na akcie bez nominální hodnoty, ale především systém adekvátní kapitalizace musí reflektovat odlišnosti akcií bez nominální hodnoty. Proto jsou níže zmíněny některé základní aspekty systému akcií bez nominální hodnoty.

6.2. Akcie s nominální hodnotou a akcie bez nominální hodnoty v současnosti

Existuje několik faktorů, které přispěly k „zániku“ akcií s nominální hodnotou. Asi nejdůležitějším je právě emise rozředěných akcií zmiňovaná výše, dále problém při vkladu nejisté hodnoty (např. práce, služeb, vlastní směnka), menší flexibilita ve stanovení ceny za akcii s nominální hodnotou (společnost emituje akcie, ale v důsledku delší doby úpisu a pohybu na kapitálových trzích už není zájem o emisi akcií za původní cenu, investoři si raději

⁶⁷ Při studiu jsem se setkal s názory autorů, kteří rozlišovali pojmy face value, nominal value, par share tak i s autory, kteří jej používali promiscuite. Vzhledem k této práci nevidím podstatný důvod nevyházet z druhého postoje.

⁶⁸ Důvodem pro zrušení akcií s nominální hodnotou byl argument, že by povolením obou možností tj. akcií s i bez nominální hodnoty neúnosně narostl rozsah právních předpisů. Že by bylo nutné upravit velkou část pravidel jak pro akcie s nominální hodnotou tak bez ní.

koupí akcie od osob, které se originární emise zbavují za nižší cenu, než za jakou by je upsali od společnosti).

Dnešní RMBCA nic nestanoví o ceně, za kterou má být prodána akcie s nominální hodnotou a ani nestanoví nic o alokaci částky odpovídající součtu hodnot společností za akcie obdržených. Naproti tomu dřívější MBCA tuto volnost dával pouze u akcií bez par hodnoty §21. Obdobně jako §21 MBCA i DGCL stanoví povinnost vklad obdržený za akcii s nominální hodnotou vést jako deklarovaný kapitál a neumožňuje upsat akcii s par hodnotou za cenu nižší, než je její jmenovitá hodnota.

Níže uvádím tři příklady, jak společnost bude alokovat hodnotu, kterou obdrží za akcie se jmenovitou hodnotou tak bez jmenovité hodnoty. První příklad znázorňuje rozvahu u akcií upsaných za nominální hodnotu akcie (*nominal par share*), druhý akcie za cenu vyšší než je nominální hodnota (*high par share*) a následně akcie bez nominální hodnoty (*no par share*). Příklady jsou podle DGCL vzhledem k jím stanoveným omezením.

1. společnost upíše 10 akcií s nominální hodnotou \$100 za \$1,000 v hotovosti (*nominal par share*)

	Aktiva		Pasiva
hotovost	\$1,000	kapitálový účet	
		deklarovaný kapitál	\$1,000
		kapitálový přebytek	\$0
	<u>\$1,000</u>		<u>\$1,000</u>

V případě upsání akcií za cenu rovnající se nominální hodnotě je souhrn této částky alokován jako deklarovaný kapitál (*stated capital*). Jinými slovy souhrn částek přijatých za akcie a rovnajících se nominální hodnotě musí být uváděn jako deklarovaný kapitál.⁶⁹

2. společnost upíše 10 akcií s nominální hodnotou \$1 ovšem prodá je za \$1,000 v hotovosti (*high par share*)

	Aktiva		Pasiva
hotovost	\$1,000	kapitálový účet	
		deklarovaný kapitál	\$10
		kapitálový přebytek	\$990
	<u>\$1,000</u>		<u>\$1,000</u>

⁶⁹ §154 DGCL

V tomto případě má představenstvo povinnost vykazovat deklarovaný kapitál v minimální výši \$10, ale může i stanovit vyšší částku, která bude připadat na základní kapitál.⁷⁰ Složitější případy nastávají, jestliže společnost emituje část akcií s nominální hodnotou a část bez nominální hodnoty. Jednoduše řečeno – nominální hodnota musí být vždy v celé výši tvořit minimální částku deklarovaného kapitálu, ale může být představenstvem stanovena i částka vyšší.

3. společnost upíše 10 akcií bez nominální hodnoty za \$1,000 v hotovosti (*no par share*)

	Aktiva		Pasiva
hotovost	\$1,000		kapitálový účet
			deklarovaný kapitál
			\$10 /750/1,000
			kapitálový přebytek
			\$990/250/0
	\$1,000		\$1,000

Dnes nejčastější případ. Jak dřívější MBCA §21 tak DGCL §154 stanoví, že celou částku přijatou společností jako protihodnotu za úpis akcie bez nominální hodnoty je společnost povinna vykázat jako deklarovaný kapitál, nestanoví-li částku menší, jinými slovy představenstvo může svým rozhodnutím určit poměr, jaký připadne do deklarovaného kapitálu a jaký připadne do kapitálového přebytku. Některé státy tuto totální svobodu omezují, např. Texas do roku 1985 povoloval alokovat maximálně 25% do kapitálového přebytku. Zajímavé je znění §154 DGCL, který stanoví, že „...část vkladu může být alokována...“ tzn. nikoliv celá částka, jinými slovy, představenstvo musí ponechat část vkladu jako deklarovaný kapitál, byť by to byl pouze \$1.

Logická otázka, kterou je teď nutné zodpovědět, je, jaký je rozdíl mezi deklarovaným kapitálem a kapitálovým přebytkem? Rozdíl je v možnosti nakládání s částkami představujícími deklarovaný kapitál nebo kapitálový přebytek. Toto je vyloženo zejména v kapitole o distribucích.

⁷⁰ ibid

7. Distribuce

7.1. Pojem

Co se rozumí pojmem distribuce, vymezuje RMBCA v §1.40 (6). Rozumí jím „přímý nebo nepřímý převod peněz nebo jiného majetku (mimo vlastních akcií) nebo zadlužení se společností akcionářům nebo pro jejich benefit vzhledem k akciím. Distribuce může být ve formě přiznání nebo výplat dividend, nákupu, výkupu (redemption) nebo jakékoliv jiné nabytí akcií nebo dělení zadlužení (a distribution of indebtedness); ale i jinak“. Jde o velmi širokou definici zahrnující jak výplatu dividend, nabývání vlastních akcií společnosti, finanční asistenci, tak i snížení základního kapitálu. Byť je podstata těchto institutů jiná, řídí se zásadně stejnými pravidly pro jejich provádění.

Definice používá i pojem „benefit“, který ale nevymezuje a nechává jej judikatuře a doktríně, aby jej interpretovala. Oficiální komentář k §6.21 uvádí, že termín prospěch (*benefit*) by měl být „široce vykládán, aby zahrnul, například snížení odpovědnosti, zproštění závazku nebo benefity získané společností vkladem jejich akcií do charitativní společnosti nebo jako odměna při propagaci.“⁷¹

Do roku 2001 37 států akceptovalo pojetí distribucí §6.40 RMBA a v menších obměnách jej přijalo do svého zákonodárství. Zbývající státy, mezi které ale patří i státy Delaware, New York, New Jersey nebo Ohio, tedy státy pro inkorporaci společnosti velmi významných, setrvávají na starších koncepcích. Ustanovení distribuce kapitálu, dividend, nebo nabytí vlastních akcií se v americké doktríně traktovalo podle starších zákonů jako jedno z nejproblematičtějších ustanovení korporátního práva. A nebylo to, tak jak je tomu v RMBCA, podřízeno jednotným pravidlům, ale samostatná pravidla byla pro výplatu dividend, nabývání vlastních akcií atp. „Ustanovení dnešního RMBCA je možné chápat jako posun k racionalizaci zbytečných omezení a očekává se, že i ostatní státy dříve nebo později si zvolí systém RMBCA“⁷². Dnešní Část D Kapitoly 6 obsahuje pouze jeden relativně stručný paragraf

V dalších kapitolách rozebírám distribuci podle RMBCA, čistý test insolvence, test vydělaným přebytkem a holý test čistého obchodního majetku. Záměrně pro přehlednost snížení kapitálu, finanční asistenci a nabývání vlastních akcií popisují až v Kapitole 5, byť např. RMBCA je podřizuje stejným pravidlům.

⁷¹ „...broadly construed to include, for example, a reduction of a liability, a release of a claim, or benefit obtained by a corporation of its shares to a charitable organization or as a prize in a promotion.“

⁷² Hamilton, W. Robert, *Corporations including Partnerships and Limited Liability Companies*, St. Paul, Minnesota, 2001, str. 454

7.2. Distribuce podle RMBCA

7.2.1. Historie a obecně

Modelový zákon o obchodních společnostech (*Model Business Corporation Act, MBCA*) je modelový návrh zákona. MBCA byl tvořen od počátku 40 let Komisí korporátního práva Sekcí obchodního práva Americké advokátní komory (*Committee on Corporate Laws of the Section of Business Law of the American Bar Foundation*). Jde o nezávazný návrh zákona vypracovaný odborníky a dán k dispozici státům, aby jej inkorporovali do svých právních řádů. Důvody jeho přijetí byly zejména: „nebezpečí“ přijetí federální úpravy, byť se hovoří o neexistenci oprávnění federace upravit oblast obchodních společností, dále právo státu Delaware bylo vnímáno jako příliš volné a za třetí, byla potřeba vytvořit soubor právních norem s komentářem, strukturou a vnitřní logikou a „nahradit“ tak nahodilá pravidla vznikající jako common law. V roce 1984 byl MBCA významně revidován a byl změněn i název na „*Revised Model Business Corporation Act*“

Distribuce podle RMBCA je založena na testu insolvence a testu rozvahy. Při revizi MBCA stála Komise korporátního práva Americké advokátní komory před otázkou, zda by se měly udržet oba testy nebo by měl zůstat jen test insolvence. Hlavním argumentem proti testu rozvahy je to, že je velmi závislý na účetních principech a ty není možné upravit v rámci korporátního práva. Nicméně argumenty pro jeho udržení převážily, hlavním byla dlouhodobá existence a důvěra v tento test potvrzována mnoha recepty ve státních zákonech.

Tím, kdo rozhoduje o výplatě dividend, resp. jakékoliv distribuci, je podle §6.40(a) RMBCA představenstvo za podmínek stanovených v zakládajícím dokumentu a především v zákoně. Akcionáři tak mají právo na to, co jim představenstvo přizná, na druhou stranu akcionáři nemají vůči společnosti nebo jejím věřitelům žádné závazky mimo povinnosti splatit vklad podle § 6.22 (a). Podle §6.22 (b) je možné, aby zakladatelský dokument stanovil, že společník je osobně odpovědný za konání nebo závazky společnosti.

7.2.2. Test insolvence vlastního kapitálu⁷³

Na první pohled velmi jednoduše znějící §6.40 (c) (1) stanoví, že *společnost nemůže provádět distribuci, jestliže v důsledku toho nebude schopna plnit své dluhy, jak se stanou*

⁷³ *Equity Insolvency Test*

splatné s ohledem na obvyklý průběh podnikání⁷⁴. Jinými slovy, distribuce jsou zakázány, jestliže společnost je nebo v důsledku distribuce se stane insolventní.

Orgánem, který bude o distribuci rozhodovat a posuzovat její zákonnost je představenstvo.

Ve většině případu bude zjevné, že solventnost společnosti nebude distribucí ohrožena a nebude nezbytné podrobně zkoumat situaci. Jen když okolnosti ukazují, že společnost je v obtížích nebo v nejisté pozici vyplývající z její likvidity popř. zamýšlených nebo uskutečňovaných operací, bude nezbytné situaci podrobně zkoumat.

Ani výsledovka ani rozvaha nemůžou být dostatečně relevantní na úsudek o splnění tohoto testu, neboť jde o účetní výkazy zobrazující zejména minulý stav bez jakékoliv predikce budoucnosti. Jediné dvě relevantní okolnosti pro úsudek na splnění tohoto testu jsou:

1. jednak existence významného obchodního majetku akciové společnosti
2. obvyklý průběh podnikání.

Problematičnost tohoto testu je především v druhém kritériu, neboť je predikcí budoucnosti a nelze jej mít za exaktní. Z toho vyplývá i to, že jakékoliv pochyby by neměly být automaticky považovány za nesplnění testu, jinými slovy, pro určení zda test insolvence vlastního kapitálu byl splněn, stačí není-li dán jasný důkaz, který by splnění vyvracel. Tato pravděpodobnost budoucího zahrnuje, že:

1. existující nebo zamýšlená poptávka po zbožích a službách společnosti bude generovat po určitou dobu dostatečné fondy k uspokojení jejich existujících nebo rozumně očekávaných závazků
2. zadlužení, které se stane splatné v krátké době, bude refinancováno, kde vzhledem k současnému finančnímu stavu společnosti, budoucímu výhledu a obecné dostupnosti kapitálu společnosti v obdobných situacích, je důvodné předpokládat, že toto refinancování by mělo být řádně splněno. Nutné je zohlednit mimo pohledávek už uplatňovaných vůči společnosti i ty které by teprve mohly být vůči společnosti uplatněny.

Oficiální komentář k RMBCA v určitých případech doporučuje vyhotovit cash flow analýzu, založenou na odhadu hospodářské činnosti a rozpočtu zahrnující dostatečný časový úsek opravňující ke tvrzení, že známé závazky mohou být důvodně očekávány jako splnitelné v době, kdy se stanou splatné.

Představenstvo při svém úsudku je oprávněno spoléhat podle §8.30(b)⁷⁵ na informace, názory, zprávy a výkazy připravené experty. Nelze očekávat, že členové představenstva

⁷⁴ *No distribution may be made if, after giving it effect, the corporation would not be able to pay its debts as they become due in the usual course of business*

budou informováni o všech detailech různých analýz nebo tržních nebo ekonomických plánů. Relevantní jsou informace získané v momentě rozhodování, nelze zakládat odpovědnost na nepředvídatelných okolnostech.

7.2.3. Test rozvahy⁷⁶

Druhou podmínkou pro výplatu dividend resp. pro jakoukoliv distribuci je test rozvahy v §6.40 (c) (2), jenž byl při sporech o podobu testů distribuce při revizi v roce 1984 nakonec ponechán. Jeho podstata tkví v tom, že společnost po jakékoliv distribuci musí mít obchodní majetek rovný nebo větší než závazky plus majetek nezbytný k uspokojení práv vyplývajících z akcií s preferenčním právem na likvidační zůstatek⁷⁷, slovy českého zákonodárce, společnost musí mít po distribuci nějaký čistý obchodní majetek §6 odst. 3 Obchodního zákoníku.

Tady je potencionálním problémovým místem způsob určení hodnoty majetku. RMBCA je velmi liberální. §6.40(d) dovozuje ocenit majetek a závazky, pro tento účel, buď:

1. finančními výkazy připravenými na základě účetní praxe a principů, které jsou přiměřené daným okolnostem nebo
2. tržní hodnotou (*fair value*) nebo dalšími metodami, které jsou přiměřené daným okolnostem.

Zjištění majetku společnosti a jejích závazků, stejně jako určení metody je ponecháno na rozhodnutí představenstva, které se může podle §8.30 spoléhat na zprávy, názory, sdělení, finanční výkazy připravené nebo předložené auditory popř. jinými osobami⁷⁸.

V případě ocenění podle způsobu prvního (pomocí finančních výkazů) RMBCA nestanoví, podle jakých pravidel mají být finanční výkazy sestaveny, stanoví jen, že musí být užita účetní praxe a principy, které jsou přiměřené okolnostem. Zákon o burze cenných papírů z roku 1934, ale pro veřejně obchodovatelné společnosti stanoví povinnost použít americké všeobecně uznávané účetní zásady (GAAP). Většina společností pak má na výběr, zda použije americké všeobecně uznávané účetní zásady nebo ne.

⁷⁵ §8.30(b), více viz Kapitola 4.2.5. 4.2.5. Prostředky nápravy

⁷⁶ Balance sheet test

⁷⁷ No distribution may be made if, after giving it effect, the corporation's total assets would be less than the sum of its total liabilities plus (unless the articles of incorporation permit otherwise) the amount that would be needed, if the corporation were to be dissolved at the time of the distribution, to satisfy the preferential rights upon dissolution of shareholders whose preferential rights are superior to those receiving the distribution.

⁷⁸ §8.30(b), více viz Kapitola 5.2.5. Prostředky nápravy

Způsob druhý výslovně dovoluje ocenit majetek a závazky tržní hodnotou nebo jinou metodou přiměřenou daným okolnostem. Zákon tak dovoluje odchytil se od historických účetních cen a dovoluje užít taxační metodu⁷⁹ nebo metodu aktuální hodnoty. Různé metody můžou být odůvodněné okolnostmi, jako je typ podnikání, typ distribuce nebo účel distribuce. Dovětek „nebo dalšími metodami, které jsou přiměřené daným okolnostem“ ještě více rozšiřuje způsob, jakým může být oceněn majetek a závazky společnosti.

Zajímavé tedy je, že pro splnění testu rozvahy není nezbytné použít rozvahu samu, i když ve většině případů tomu tak nejspíše bude.

7.2.4. Náprava nezákonné distribuce

Pro nápravu nezákonné distribuce stanoví RMBCA zvláštní nápravný prostředek v §8.33.

Pokud člen představenstva koná v rozporu s výsledky testů, může být shledán osobně odpovědným. Podle §8.33 (a) RMBCA členové představenstva, kteří hlasují pro distribuci v rozporu s §6.40 RMBCA, čímž konají v rozporu s povinností náležitě péče podle §8.30 RMBCA, jsou osobně odpovědní společnosti v rozsahu přesahující řádnou distribuci. Platí i zde §8.30 (b) dovolující členům představenstva spoléhat na informace, názory, návrhy, zprávy jiných osob podle⁸⁰.

Členové představenstva jsou podle §8.33 (b) oprávněni požadovat „příspěvek“ od každého dalšího člena představenstva, jenž by mohl být shledán odpovědným podle §8.33 (a). A dále mohou požadovat poměrné odškodnění od každého akcionáře, který věděl, že distribuce je v rozporu s testy.

Mezi další způsoby jakými lze zajistit nápravu, nelze opominout pravidla o podvodném převodu nebo aplikaci doktríny podřízenosti. O tom blíže v Kapitole 8.

7.3. Jiné metody úpravy

7.3.1. Čistý test insolvence

Uplatnění pouze testu insolvence, na všechny distribuce, je vyjimečné. Příkladem, ale může být stát Massachusetts. Jde vlastně o „zjednodušení“ RMBCA tím, že je odstraněn test rozvahy. Doprovázeno je to společnou a nerozdílnou odpovědností představenstva za dluhy v rozsahu výplaty dividend v případě, že jsou deklarovány nebo vyplaceny dividendy a

⁷⁹ metoda odhadu, ohodnocení

⁸⁰ §8.30(b), více viz Kapitola 5.2.5. Prostředky nápravy

společnost je nebo v důsledku toho se ocitne v úpadku. To se netýká členů představenstva hlasujících proti takovému vyplacení dividend. Rozsahem tento test odpovídá rozsahu RMBCA, vztahuje se tedy i např. na snížení základního kapitálu nebo finanční asistenci.

7.3.2. Test vydělaným přebytkem⁸¹

Tento systém je aplikovatelný toliko na výplatu dividend. Ostatní distribuce mají svá vlastní pravidla, jež ale pro jejich složitost a z důvodu úzké aplikace (jen několik států užívá tento test) se o nich blíže nezmiňují.

V současné době už ani deset států neseťvává na těchto pravidlech, původně obsažených v MBCA, tedy znění před revizí z roku 1984. Původní MBCA stanovoval dvě obecná pravidla pro zákonnou výplatu dividend:

1. dividendy mohou být vyplaceny pouze z čistého zisku (nerezervovaného a neomezeného vydělaného přebytku společnosti) a
2. nutnost aplikovat test solventnosti k okamžiku po výplatě.

Navíc §46 MBCA dovoľoval za určitých okolností i distribuci z kapitálu, nikoliv tedy jen ze zisku. Hlavní odlišnost je v tom, že taková distribuce v užším smyslu musela být schválena dvoutřetinovou většinou akcionářů. Některé státy toto ustanovení nepřevzaly do svých státních úprav. Státy, které jej ve svých úpravách mají, jej nazývají „částečná likvidace“ pro zdůraznění odlišnosti zdroje distribuce.

7.3.3. Dividendová pravidla státu Delaware

7.3.3.1. Test nezhoršení kapitálu neboli Holý test čistého obchodního majetku⁸²

Mezi několik málo států mající odlišný přístup k dividendovým pravidlům patří i stát s nejvýznamnějším korporátním právem, stát Delaware. Tento stát stanoví testy pro určení zákonnosti distribuce spíše ve vztahu k rozvaze než ve vztahu k budoucím příjmům.

Jestliže RMBCA pod pojem distribuce zahrnuje jak dividendy, finanční asistenci, snížení základního kapitálu aj⁸³, tak DGCL má užší pojetí, resp. každá „distribuce“ je upravena zvlášť. Níže je pojednáno zejména o dividendových pravidlech, o zbylém je pojednáno v Kapitole 7.

⁸¹ *Earned Surplus Test*

⁸² *Test of Capital Impairment, Bare Net Assets Test*

⁸³ Viz Kapitola 7 I.

Dividendy podle §173 DGCL mohou být distribuovány jak v hotovosti, tak ve formě majetku, ale i ve formě akcií samotné společnosti. O výplatě, způsobu a dalších náležitostech rozhoduje představenstvo společnosti podle §170 (a). Pokud není další omezení v zakladatelském dokumentu společnosti, může společnost provádět distribuci dividend jednak:⁸⁴

1. z jejího přebytku (*surplus*) jak je definován v § 154 a §244 DGCL nebo
2. v případě, že takový přebytek nemá, z čistého zisku vytvořeného ve fiskálním roce, v němž bylo o dividendách rozhodnuto.

Velmi významný je tedy pojem přebytek (*surplus*), který je definován v obsáhlém §154⁸⁵ DGCL zjednodušeně jako vše, co přesahuje souhrn par hodnoty emitovaných akcií plus jakákoliv další částka, kterou společnost dobrovolně určí a vede ji na jejím kapitálovém účtu po odečtení závazků, jinými slovy, rozsah čistého obchodního majetku po odečtení deklarovaného kapitálu.

Velmi významný je i dovětek, že přebytek (*surplus*) je zmenšený o závazky společnosti. Tento aspekt dodává, obdobně jako v MBCA test insolvency, aspekt náhledu na reálný ekonomický stav společnosti. Někdy se proto hovoří o „holém testu čistého obchodního majetku“ (*Bare Net Assets Test*).

Na tomto místě je nutné připomenout, že právě představenstvo určuje výši deklarovaného kapitálu, pokud jde o akcie bez nominální hodnoty⁸⁶ a výše tak může být i \$1⁸⁷. V případě, že jsou emitovány akcie s nominální hodnotou, je deklarovaný kapitál nejméně souhrn jejich hodnot. Co se týče fondů tvořených a povinně připočtených k deklarovanému kapitálu jako minimální částce, která nepodléhá distribuci, je představenstvo oprávněno své dřívější rozhodnutí změnit nebo úplně zvrátit.

Tento test omezuje distribuci na přebytek nad deklarovaný kapitál mínus závazky. A contrario to znamená, že jsou platby dovoleny nejen ze zisku, ale z jakéhokoliv zdroje společnosti za výše zmíněné podmínky. Tímto „číselným“ omezením se velmi podobá evropskému systému, byť ve zjednodušené, volné formě.

⁸⁴ *The directors of every corporation, subject to any restrictions contained in its certificate of incorporation, may declare and pay dividends upon the shares of its capital stock, or to its members if the corporation is a nonstock corporation, either (1) out of its surplus, as defined in and computed in accordance with §§ 154 and 244 of this title, or (2) in case there shall be no such surplus, out of its net profits for the fiscal year in which the dividend is declared and/or the preceding fiscal year.*

⁸⁵ Sedmá věta § 154: *The excess, if any, at any given time, of the net assets of the corporation over the amount so determined to be capital shall be surplus.*

⁸⁶ Akcie bez nominální hodnoty (*no par value share*)

⁸⁷ Viz Kapitola 6.2. předposlední odstavec

Obdobný přístup k výplatě dividend má i stát New York, byť tento test rozšiřuje i na jiné distribuce⁸⁸.

7.3.3.2. Reparace

Úmyslné nebo nedbalostní porušení pravidel upravujících distribuci dividend v rozporu s §173 DGCL může mít za určitých okolností za následek společnou a nerozdílnou odpovědnost členů představenstva vůči společnosti a věřitelům společnosti podle §174 v celém rozsahu nezákonně vyplacených dividend včetně úroků. Nicméně značně omezující podmínka je v tom, že společnost se do maximálně šesti let stane insolventní nebo z jakéhokoliv důvodu v likvidaci.

Odpovědni jsou i členové představenstva, kteří nebyli účastni rozhodnutí nebo hlasovali proti, jestliže se odkazem na tyto skutečnosti neliberují. Člen představenstva, jenž byl shledán odpovědný má právo na poměrný příspěvek od ostatních členů představenstva, neliberovali-li se. Navíc může žádat i náhradu po akcionáři, kterému dividendy vyplatil, pokud akcionář měl znalost okolností, které indikovaly nezákonnost vyplacení takovýchto dividend.

Obdobně jako RMBCA v §8.30 (b) chrání členy představenstva, jestliže oprávněně rozhodovali na základě dokumentů, názorů, doporučení expertů tak i DGCL v §172 chrání členy představenstva. Člen představenstva spoléhající v dobré víře na záznamy společnosti, informace, názory, zprávy vytvořené společností resp. jejími úředníky, zaměstnanci nebo jinými osobami jako experty, odborníky na danou problematiku je plně chráněn proti výše zmíněné odpovědnosti.

Nelze vyloučit ani použití prostředků mimo obchodní právo zejména zákon o podvodném převodu a doktrínu podřízení podle práva equity nebo propíchnutí závoje společnosti.

⁸⁸ *Dividends may be declared or paid and other distributions may be made out of surplus only, so that the net assets of the corporation remaining after such declaration, payment or distribution shall at least equal the amount of its stated capital. New York Business Corporation Act §510*

8. Jiné distribuce

8.1. Nabývání vlastních akcií

Jak podle RMBCA tak podle DGCL je oprávněným orgánem k rozhodnutí o nabytí vlastních akcií představenstvo.

Ustanovení RMBCA nestanoví pro nabývání vlastních akcií nějaká zvláštní ustanovení, neboť je zahrnuto pod pojem distribuce. To znamená, že nabytí vlastních akcií je možné za takových podmínek jaké naplní test insolvence a test rozvahy.

Nicméně podřazením pod pojem distribucí se řeší jen jeden ze dvou problémů souvisejících s nabýváním vlastních akcií (ochrana věřitelů). Druhým problémem je nebezpečí tzv. autokontroly⁸⁹. Na tohle nebezpečí reaguje §6.31⁹⁰ RMBCA, když navíc stanoví, že společnost může nabýt vlastní akcie

1. akcie takto nabyté pak vede jako autorizované⁹¹, ale neemitované akcie a
2. jestliže zakladatelský dokument zakazuje opětovnou emisi autorizovaných akcií, počet autorizovaných akcií je redukován počtem akcií takto nabytých.

Tímto nevzniká problém, že by společnost resp. představenstvo mohlo nad sebou samým vykonávat kontrolu, neboť akcie „pozastavují“ dokud jej znovu nenabude třetí osoba, pak se opět „obnovují“ se jako akcie.

Co se týče nápravy při porušení pravidel §6.40 RMBCA půjde o odpovědnost členů představenstva podle §8.33 (a), tak jak byla popsána výše v souvislosti s „obecnou“ distribucí.

Pravidla DGCL v §160 dovolují nabytí vlastních akcií pouze, je-li kupní cena financována z přebytku (*surplus*). Není-li dostupný přebytek, není nákup možný, ovšem se dvěma výjimkami:

1. nabytí se týká preferenčních akcií nebo
2. nabytí se týká akcií, jež nebyly ještě plně splaceny a deklarovaný kapitál společnosti je následně o hodnotu těchto akcií snížen.

Řešení autokontroly problému je řešeno zákazem výkonu hlasovacích práv. Společnost držící své akcie ať přímo nebo nepřímo, stejně jako jiná společnost, jejíž akcie původní

⁸⁹ Černá, S., Obchodní právo III, Aspi, 2006, str. 99

⁹⁰ § 6.31. (a) *A corporation may acquire its own shares, and shares so acquired constitute authorized but unissued shares.*

(b) *If the articles of incorporation prohibit the reissue of the acquired shares, the number of authorized shares is reduced by the number of shares acquired.*

⁹¹ Autorizované akcie (authorized shares): celkový počet akcií, které firma může vydat, je obvykle uveden v jejím zakladatelském dokumentu (articles of incorporation). Autorizované kmenové akcie jsou proto maximální počet akcií, které firma smí vydat, aniž by změnila nebo upravila své stanovy.

společnost drží, není oprávněná hlasovat, její akcie ani nemohou být započítány do kvóra při hlasování.

Obdobně i u DGCL se použije ustanovení o odpovědnosti členů představenstva podle §160 ve spojení s § 174. Zde je to ale možné jen v případě insolvence nebo likvidace společnosti v šestileté lhůtě.

8.2. Snížení deklarovaného kapitálu

Z logiky věci RMBCA nemůže obsahovat ustanovení o snížení základního kapitálu, neboť vůbec základní kapitál nezná.

Naproti tomu DGCL deklarovaný kapitál zná. Tvoří jej souhrnem veškerých nominálních hodnot akcií s nominální hodnotou a hodnota celého vkladu nebo části připadající na akcie bez nominální hodnoty⁹². O výši částky, která připadne na deklarovaný kapitál v rámci mantinelů zákonem stanovených, rozhoduje představenstvo. Stejně tak i o snížení deklarovaného kapitálu rozhoduje představenstvo.

Hlavní, ale i velmi zajímavé ustanovení je v §244 (b) DGCL. Tím je vlastně „skrytý“ test insolvence, neboť společnost nemůže snížit svůj základní kapitál, pokud by po snížení neměla dostatečný kapitál tak, aby plnila své závazky.

Náprava situace kdy nebyly dodrženy povinnosti uložené společnosti a představenstvu není úplně zřejmá. Ani DGCL ani odborná literatura neukazuje na možný způsob nápravy. Dle mého názoru, by bylo možno využít obecné pravidlo §8.30 (a), podle kterého je představenstvo povinno konat s péčí řádného hospodáře⁹³.

8.3. Finanční asistence

Ani RMBCA ani DGCL neobsahuje limitaci při poskytování finanční asistence společností při nabývání jejích vlastních akcií třetí stranou. Lze tedy mít za to, že tato možnost je limitována pouze pravidly distribuce a zájmem společnosti, který musí představenstvo vždy jako řádný hospodář chránit, resp. představenstvo nemůže konat v rozporu s péčí řádného hospodáře a prosazovat zájem společnosti.

⁹² Více viz. Kapitola 6.2.

⁹³ Viz Kapitola 5.2.5.

9. Jiné způsoby jak ochránit věřitele proti poškozujícím distribucím

9.1. Obecně

Ve Spojených státech amerických nejen korporátní právo určuje rozsah legálnosti distribuce, ale mantinely volné úvaze představenstva kladou i jiné právní předpisy popř. instituty vytvořené judikaturou. Tři další, velmi významné způsoby ochrany věřitelů popř. samotných akcionářů před většinovým akcionářem nebo představenstvem vyplývají ze zákona o podvodném převodu, druhým je doktrína podřízení a třetí je možnost propíchnutí firemního závoje.

Zákaz a náprava podvodných převodů vyplývají ze zákona o podvodném převodu, doktríny podřízení vyplývající z práva equity (proto se traktuje jako nepředvídatelná a věřitelé se k ní obracejí velmi málo), Byť je částečně upravena ve federálním zákoně o úpadku, její původ je v právu equity. Složitější je vymezit původ doktríny propíchnutí závoje společnosti. Tady je nutné rozlišovat z jakého důvodu k propíchnutí došlo, blíže o tom níže.

9.2. Zákon o podvodném převodu

9.2.1. Obecné principy

R. C. Clark v knize *Firemní právo*⁹⁴ vyvozuje z Uniformního zákona o podvodném převodu⁹⁵ (UFTA) čtyři hlavní zásady, které se UFTA snaží chránit a v důsledku jejich porušení nastává nespravedlivá škoda. Jde o zásadu pravdy, zásadu priority, zásadu nestrannosti a zásadu nepřekážení. Byť kniha pracuje se starým zněním, tedy UFCA, dnes již neplatným, lze považovat tyto principy za platné i v novém, resp. značně novelizovaném znění.

Prvním principem je princip pravdy, tedy situace, ve kterém věřitel má správnou představu o skutečnosti, zejména o skutečném hospodářském stavu dlužníka. Vyvolání nebo využití nepravdy resp. omylu pak může indikovat podvodné jednání. Podvodné jednání společnosti může spočívat např. v situaci, kdy neuvede pravdivé skutečnosti potencionálnímu věřiteli o celkové zadluženosti společnosti.

⁹⁴ Clark, R. C., *Firemní Právo*, Victoria Publishing, 1992, str. 79 an.

⁹⁵ Uniform Fraudulent Conveyance Act (UFCA) je z roku 1918, ale roku 1984 byl revidován a přejmenován na Uniform Fraudulent Transfers Act (UFTA). Je případem uniformního návrhu zákona vypracovaného odborníky (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) a dán jednotlivým státům k přijetí do jejich národních zákonodárství jako zákon jednotný. Naproti tomu RMBCA dává možnost volby mezi jednotlivými ustanoveními. Podnětem k revizi UFCA byla revize MBCA a „otázka“ zdali UFCA poskytuje dostatečnou ochranu při distribucích podle RMBCA.

Druhý princip, princip priority, se snaží zabránit situaci, ve které jsou upřednostňovány jiné závazky před závazky zákonnými, konvenčními, pocházejícími ze standartních smluv, např. dlužník daruje majetek příbuzným místo toho, aby plnil své smluvní a zákonné závazky.

Třetím principem je princip nestrannosti. Každému věřiteli, nelze-li je upokojit všechny plně, by měla náležet poměrná část⁹⁶. Tento princip je velmi důležitý i v našem právním řádu (zákon č. 328/1991 Sb., o konkursu a vyrovnání v §32, resp. v zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon) v §244 nebo §297). Druhý a třetí princip jsou si dost podobné, důležité je rozlišovat jejich relaci, buď k typu závazku (druhý princip) nebo k osobě (třetí princip).

Poslední princip nepřekázení spočívá jednoduše řečeno v povinnosti „neházet klacky pod nohy“ věřitelům. Příkladem by mohla být situace, kdy se dlužník zbavuje vysoce likvidních aktiv a ponechává si aktiva, jejichž zpeněžení přináší věřitelům značné obtíže.

Někdy se hovoří pouze o dvou morálních principech a to principu nepřekázení vtěleného do zákona o podvodném převodu a z něho odvoditelných ostatních principů. Druhým principem je princip nestrannosti vtělený do federálního zákona o úpadku. Protože tento zákon chrání nestrannost, hovoří se někdy o zrušitelných preferencích.

UFTA, byť je zákon obecný, má velký význam v právu korporací, zejména ve vztazích ke svým akcionářům a věřitelům. Zákon dosáhne například na výplatu dividend, kterou by podle zákona RMBCA nebo DGCL akcionář vracet nemusel, neboť byl v dobré víře, že je oprávněný.

9.2.2. Skutkové podstaty, způsoby nápravy a mantinely aplikace

Zákon o podvodném převodu umožňuje zrušit určité převody mezi dlužníkem a třetí osobou na popud věřitele. UFTA umožňuje zrušit i majetkový převod „nepodvodný“, resp. podvodného úmyslu. Tento zákon je velmi zajímavý a inspirativní a zasloužil by si podrobnější výklad, z důvodu rozsahu práce se ale omezím jen na krucióální otázky ve vztahu ke korporátnímu právu.

Zákon vymezuje několik skutkových podstat.

První je v §4 (a) (1) a stanoví, že podvodný, ve vztahu k věřiteli, je každý uskutečněný převod nebo každý převzatý závazek, bez ohledu na to jestli věřitelův nárok vznikl před nebo

⁹⁶ Ovšem tento princip je uplatnitelný pouze v soudním řízení o úpadku. Tedy ve spojení zákona UFTA a federálního zákona o úpadku, kdy takovéto preferenční vyplacení jednomu věřiteli může být zrušeno, jinými slovy, zrušení z důvodu porušení tohoto principu lze dosáhnout pouze v bankrotním řízení.

po převzetí závazku nebo uskutečnění převodu, jestliže dlužník převzal závazek s úmyslem skrýt, odkládat nebo podvést jakéhokoliv věřitele dlužníka.

Druhou skutkovou podstatou, podle §4 (a) (2) (i) a (ii), je za stejné hypotézy, učinění převodu nebo převzetí závazku dlužníkem bez spravedlivé protihodnoty a kumulativně buť, je angažován nebo se hodlá angažovat v obchodě nebo transakci, pro které bude majetek, který mu zůstane po převodu, malým kapitálem⁹⁷ ve vztahu k obchodu nebo transakci anebo má v úmyslu si přivodit nebo ví, že si přivodí nebo spravedlivě musel věřit, že by mohl přivodit dluhy, které nebude schopen po jejich dospělosti splácet.

Další skutková podstata dopadá na převod nebo závazek nabytý dlužníkem, jež má za podvodný pouze ve vztahu k věřiteli, jehož nárok vyvstal před tím, než byl převod učiněn nebo závazek převzat, jestliže dlužník učinil převod nebo převzal závazek bez spravedlivé protihodnoty a dlužník byl insolventní nebo se jím v důsledku transakce nebo závazku stal.

Poslední a zároveň novou skutkovou podstatou vloženou novelou z roku 1984 je situace, kdy na převod (pouze, nikoliv i převzetí závazku) uskutečněný dlužníkem může být nazíráno jako na podvodný ve vztahu k věřiteli, jehož nárok vyvstal před tím, než byl převod učiněn, jestliže byl převod uskutečněn na člena společnosti (*insider*) z důvodu předcházející pohledávky, pokud byl dlužník insolventní a člen společnosti (*insider*) měl mít oprávněně za to, že věřitel je insolventní.

Důsledky naplnění těchto skutkových podstat můhou být velmi různorodé. Závisí to na konkrétních okolnostech určité situace a především na volbě věřitele čeho a jak se bude domáhat. Zákon dává možnost věřiteli dosáhnout anulování, zbavení účinnosti převodu nebo závazku v rozsahu nezbyném k uspokojení věřitelova nároku nebo dosáhnout obstavení nebo jiného provizorního opatření na majetek převedený, popřípadě jiný majetek nabyvatele.

Podle práva equity je možné dále žádat soudní příkaz proti jakýmkoliv dispozicím dlužníka nebo nabyvatele s převedeným nebo jiným majetkem. Možné je i žádat jmenování správce, aby převzal správu majetku převedeného nebo jiného majetku nabyvatele. Poslední věta maximálně rozšiřuje pole působnosti soudu, neboť dovoluje soudu učinit „... cokoliv jiného nezbytného podle okolností případu.“

Třemi limitujícími faktory uplatnění skutkových podstat jsou dobrá víra, spravedlivá protihodnota a jakýkoliv následný sukcesor. §8 zásadně vylučuje možnost aplikovat jakoukoliv skutkovou podstatu, pokud má být uplatněn proti osobě, která je v dobré víře a zároveň poskytla spravedlivou protihodnotu za závazek, jež by měl být zrušen. Tyto

⁹⁷ Obsahově tento pojem nelze ztotožňovat s pojmem kapitálu v korporátním právu. – Oficiální komentář k UFTA k § 4(a)(2)(i), str. 22

podmínky mají být splněny kumulativně (sic). To pak např. rozšiřuje možnost představenstva žádat zpět vyplacenou dividendu, neboť podle pravidel o distribucích není možné žádat zpět vyplacenou dividendu, pokud je její nabyvatel v dobré víře. Dále nelze se domáhat nápravy u osoby, jež je následným nabyvatelem, ovšem pod podmínkou dobré víry.

9.3. Doktrína podřízení podle práva equity⁹⁸

Doktrína podřízení v úpadkovém právu má ve Spojených státech dlouhou tradici. Původně byla vytvořena úpadkovými soudy, jako soudy equity a až následně upravena ve federálním zákonu o úpadku v § 510 (c), originárním pramenem přesto zůstává pojetí tak jak bylo vytvořeno soudy.

„Obecně řečeno, doktrína podřízení podle práva equity umožňuje soudu podříditi všechny nebo část věřitelových nároků v úpadkovém řízení, jestliže se věřitel účastnil na nespravedlivém chování, které mělo za následek takové věřitelovo nabývání nefér výhody před ostatními věřiteli nebo způsobilo škodu (injured) ostatním věřitelům. Doktrína dovoluje soudu změnit plán distribuce podřazením věřitelovy pozice a tak umožnit snížit a (nebo) účinně eliminovat věřitelův nárok.“⁹⁹ Jinými slovy, doktrína umožňuje přeskupit hierarchii nároků tím, že nárok nárok jednoho věřitele posune výše, tedy před věřitele chovajícího se nefér. Dokonce při tom není rozhodno, ani zdali je nárok zajištěn nebo není.

Nicméně zákon nijak nestanoví, co se rozumí nespravedlivým chováním ani nefér výhodami nebo újmou ostatním věřitelům. Jinými slovy, zákon nestanoví za jakých okolností by měl soud aplikovat podřízenost. Je tedy třeba zkoumat judikaturu a zní extrahovat základní principy, standardy.

V roce 1977 soud ve věci *Mobile Steel Co.*¹⁰⁰ judikoval (následně byl tento spíše obecně pojatý judikát použit a velmi důkladně vyložen ve věci *Lifschultz Fast Freight*¹⁰¹) co chápe nejběžnějšími podmínkami pro podřízení nároku. Tyto kritéria jsou dnes přijímána a nazývána jako *Test Mobile Steel*. Obsahují tři podmínky:¹⁰²

⁹⁸ Český překlad knihy *Firemní Právo*, R. C. Clarka na straně 95 an. překládá pojem „Equity Subordination“ jako „Doktrína spravedlivé podřízenosti“. Má se za to, že tato doktrína vychází z práva equity (byť existují i opačné názory např. *Moglia v. Quantum Industrial Partners, LDC*). Proto si myslím, že není vhodné překládat tento pojem, neboť se vytrácí podstata přívlasku „equity“, jež označuje zdroj, z kterého doktrína podřízení vychází. A to ze zvláštního právního systému, jež doplňuje a slouží ke zmírnění přísnosti *common law*.

⁹⁹ Bomhof A. S., *De Cico N., Equitable subordination in Canadian insolvency law*, www.toryst.com/publications/pdf/AR2003-28T.pdf (20.7.2007)

¹⁰⁰ *Mobile Steel Co.*, 563 F.2d 692 (5th Cir. 1977)

¹⁰¹ *Lifschultz Fast Freight*, 132 F.3d 339 (7th Cir. 1997)

¹⁰² Převzato z článku „*Misconduct Still Required for Equitable Subordination*“, Bachman, A. B., uveřejněno v Buletínu Úpadku, březen 1998 (*Bankruptcy Bulletin*), dostupné na internetové adrese:

1. žalovaný se musí podílet na nespravedlivém chování (*inequitable conduct*),
2. toto chování musí způsobit škodu (*injured*) věřitelům nebo poskytnout nefér výhodu, a
3. navrhované podřízení nesmí být neslučitelné s ustanoveními federálního zákona o úpadku.

Pro splnění první podmínky (nespravedlivé chování) dále soud judikoval, že žalobce musí prokázat:

1. podvod, porušení zákona nebo porušení povinnosti jednat s péčí řádného hospodáře
2. podkapitalizování dlužníka, nebo
3. žalobcovo využití dlužníka jako pouhého prostředku nebo alter ega.

Už na první pohled je zjevné, že nejproblematictější, ale i nejzajímavějším bodem bude bod druhý - podkapitalizace. Judikatura tento pojem nedefinuje jednotně, jedinný společný znak různorodých explikací (spíše než definicí) podkapitalizace je, že společnost nemá dostatečný kapitál pro podnikání. Bohužel to pro definici podkapitalizace nejspíše stačit nebude.

Soud ve věci *Mobile Steel Co.* pro určení, zdali je společnost podkapitalizovaná, za účelem podřízení podle práva equity, aplikoval tzv. „dvouhrotý“ test (*two-pronged test*). Tento test se snaží zachytit změny v kapitálové struktuře společnosti¹⁰³. První hrot směřuje na počáteční kapitalizaci. Podle prvního hrotu je „*korporace podkapitalizovaná, jestliže odborní finanční analitici by jednoznačně nepodpořili tvrzení, že podnikání bylo na začátku, vzhledem k velikosti a typu s ohledem na okolnosti existující v době úpadku, dostatečně kapitalizováno.*“¹⁰⁴ Druhý hrot je namířen na dobu půjčky vůči společníkovi (*insider's loan*). Podle druhého hrotu, podkapitalizace v době úvěru existuje, jestliže dlužník (společnost) *by si nebyl schopen půjčit obdobné množství od mimostojící, ale informované osoby za obdobných podmínek*¹⁰⁵. Kdyby dlužník (společnost) mohl získat zdroje jinde za obdobných nebo lepších podmínek, závěr by byl, že třetí strana měla za to, že společnost měla dost kapitálu a byla, ve světle těchto skutečností, úvěruschopná. Je tak možné bezpečně tvrdit, že taková společnost nebyly podkapitalizovaná. Kdyby si společnost nedokázala půjčit jinde, tak je nutné učinit závěr, že byla podkapitalizovaná v čase půjčky společníkovi (*insider's loan*). Oba hroty samozřejmě musí být splněny kumulativně.

<http://www.weil.com/wgm/cwgmpublicnsf/475bf0f96efe96638525679b0053248d/d68d214263e7a160852567990078692e?OpenDocument> a článku „Experts From: NBI Advanced Real Estate Law Seminar“, Robertson R. A., dostupného z <http://library.findlaw.com/1999/Aug/1/129504.html>

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ibid.

Nicméně tento dvouhrotý test se vyhýbá nejproblematičtějšímu bodu, pokusu diagnostikovat chybu a neodpovídá na otázku po okolnostech, za nichž lze jednoznačně na podkapitalizaci usuzovat, ale ponechává to na „odbornících“ a úsudku o úsudku třetí informované osoby.

Následné judikáty ve věci *Lifschultz Fast Freight*¹⁰⁶ nebo *U.S. v. Noland*¹⁰⁷, zdůraznily, že samotná podkapitalizace jak je rozeznána výše nemůže obstát, pokud chování, které k ní vedlo není nespravedlivé (*inequitable conduct*). Čímž se podkapitalizace de facto z výčtu vyřazuje, neboť ji samu o sobě nelze považovat za nespravedlivé chování, ale musí být jejím důsledkem.

V praxi je tato doktrína využívána méně oproti ustanovením zákona o podvodném převodu nebo institutu propíchnutí závoje společnosti. Příčinou jsou jednak možnost ji aplikovat pouze v bankrotním řízení, velká diskreční pravomoc soudce (neboť původ tkví v právu ekvity, spravedlnosti, kterou soudce může a nemusí vnímat) a tedy nepředvídatelnost výroku soudce. A jak praxe ukazuje, bývá podřízenost přiznána zejména vůči většinovému akcionáři nebo ovládající osobě, u nichž se dá lehce usuzovat na nespravedlivé chování (*inequitable conduct*), resp. na přičitatelnost odpovědnosti takového chování

Příkladem kdy by zjevně mělo dojít k podřazení pohledávky by byla např. situace, kdy ovládajícímu akcionáři společnost, jenž se ocitla v bankrotu, přizná odměny z titulu výkonu funkce ve společnosti. Soud by měl zjistit, zda-li odměny nebyly přehnané, zvláště vzhledem k tomu, že společnost je v situaci kdy lze očekávat, že „obyčejní“ věřitelé nebudou plně uspokojeni na svých pohledávkách. Aplikace podřízenosti pak znamená, že pohledávka akcionáře bude podřízena ostatním věřitelům, jinými slovy, nebude vyplacena do té doby, dokud nebudou plně uspokojeni věřitelé, kteří mu předcházejí, což v případě úpadku znamená, že nejspíše nedostane nic.

Nezajímavé taky určitě není, že začátkem osmdesátých let měl přijít zákon stanovící automatickou podřízenost jakýchkoliv pohledávek ovládajících osob vůči společnosti, pohledávkám dalších věřitelů. Hlavním protiargumentem byla nespravedlnost vůči akcionářům chovajícím se vůči společnosti loajálně, čestně, poctivě, resp. presumovalo by se, že společník se chová neloajálně vůči společnosti. Proto byl také tento návrh odmítnut.

9.4. Propíchnutí závoje společnosti¹⁰⁸

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ *U.S. v. Noland*, 517 U.S. 335, 134 L.Ed.2d (1996)

¹⁰⁸ *Piercing (lifting) the corporate veil*

Kořeny doktríny propíchnutí závoje společnosti spočívají v oblasti práva common law. V právu USA je tato problematika poměrně detailně rozpracovaná, a to jak na státní, tak i překvapivě na úrovni federální.

Kapitálové obchodní společnosti jako takové vznikly zejména za účelem a jejich největší výhoda spočívá v oddělení majetku jednotlivce a majetku společnosti (majetek, jež je do společnosti vnesen, oddělen od majetku soukromého a společnost resp. její věřitelé nemohou dosáhnout na soukromý majetek a vice versa). Relativizace tohoto představuje průlom do dosažené právní autonomie (úplné právní separace právnických osob od jejich společníků, zřizovatelů, případně i členů orgánů) právnických osob. Relativizace právnických osob je reakcí na obecné přesvědčení o společenské škodlivosti a zneužitelnosti neomezené autonomie právnických osob¹⁰⁹.

Velmi obecně se doktrína propíchnutí závoje společnosti dá vymezit jako státními a federálními soudy USA rozpracované rozsáhlé odvětví precedenčního práva, které umožňuje věřitelům společnosti uspokojit své pohledávky z osobního majetku společníků společnosti bez ohledu na obecné pravidlo omezené odpovědnosti společníků za závazky společnosti.

Doktrína spadá do z části do oblasti common law (důvod instrumentality a důvod alter ega, které se souhrně traktují jako důvody kontroly (*control or dominantion*)) a z části do práva equity (důvod spočívající v porušení veřejného zájmu, nedodržení formalit spojených s fungováním společnosti nebo nedostatečná kapitalizace). Zejména u tří posledně jmenovaných, jež spadají do práva equity, jsou trochu mlhavé okolnosti, za nichž jsou jednoznačně aplikovatelné. Níže popisují skutkové důvody.

Empirická studie „Propíchnutí závoje společnosti: empirická studie“¹¹⁰, z roku 1985, která vychází z cca 1600 případů uveřejněných v databázi Westlaw. Shrnuje, že k propíchnutí závoje společnosti dochází ve 40%. Studie vychází zejména z judikátů z let šedesátých, sedmdesátých i osmdesátých a dochází k tomu, že tento nástroj je více méně stabilně používán ve 40%, u soudů federálních je užít v 41,5%, u soudů státních v 39,5%. Velmi zajímavá data vyplývají z tabulky porovnávající propíchnuté společnosti s počtem společníků. Nejčastěji propíchnuté společnosti jsou společnosti s jedním (49,5%) popř. dvěma nebo třemi společníky (46%) ve vztahu k návrhům. Ostatní společnosti s nekótovanými cennými papíry jsou propíchnuty v 39% z navrhovaných případů. U společnosti s kótovanými cennými papíry

¹⁰⁹ Např. Kühn, Z. Fikce samostatnosti právnických osob a její prolomení. Právní rozhledy, 2003, č.11, s. 543, Hurdík, J. Právnické osoby a jejich typologie. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2003, s. 71 – 72.

¹¹⁰ Thompson, R. B., Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study, 76 CNLLR 1036

nebyl zaznamenán ani jeden případ takového propíchnutí. Nejčastěji dochází k propíchnutí mateřské společnosti (60%), překvapivým může být, že na druhém místě je propíchnutí sesterské společnosti (32%) a až na třetím je dceřiná společnost (8%). Nepřekvapivé bylo zjištění, že nečastěji dochází k propíchnutí v kontextu s porušením trestních předpisů (66%), v případě porušení jiných zákonů je to kolem 40%. Naopak velmi překvapivým bylo zjištění, že k propíchnutí dochází častěji v kontextu věřitelů ve smlouvy (42%) než u věřitelů z civilněprávního deliktu¹¹¹ (*tort*) (31%). Asi nejdůležitější zjištění vyplývají ze srovnání počtu propíchnutí ve vztahu ke zvažovanému důvodu, z jakého k propíchnutí došlo. U důvodu instrumentality došlo k propíchnutí v 97%, obdobně je tomu v případě alter ega (95,5%), naopak nejméně uznávaným důvodem k propíchnutí je podkapitalizace (73%) a nedodržení korporátních formalit (67%).

9.4.1. Důvod kontroly¹¹²

Velmi častým důvodem propíchnutí závoje společnosti je dominance¹¹³ určité osoby ve společnosti nebo nedbání oddělenosti korporátních podnikání. K jejich prokázání existují dva testy.

9.4.1.1. Test instrumentality

Prvním testem je test instrumentality¹¹⁴. Soudce nezohlední autonomii mateřské společnosti a společnosti dceřinné jestliže:

1. úplná dominance (nejde o pouhé většinové držení akcií, blízko bude obsahu českému pojmu jednotné řízení v užším smyslu¹¹⁵) existující v takovém rozsahu, pokud jde o

¹¹¹ Autoři odborných publikací (např. Krendl, C. S. a Krendl, J. R., *Piercing the Corporate Veil: Focusing the Inquiry*, 1978, 55 DEN. L.J. 1, 52-55; Clark, R. C., *Firemní Právo*, Victoria Publishing, 1992, str. 113 an.) v průběhu let došli k názoru, že by soudy měly rozlišovat mezi žalobami na propíchnutí závoje společnosti podanými dobrovolnými věřiteli (věřiteli z kontraktu) společností, a nedobrovolnými žalobci z civilněprávního deliktu (*tortu*). Má se za to, že věřitelé z kontraktu, pokud žádají propíchnutí závoje společnosti, zasluhují méně pochopení ze strany soudu. Oni sami se rozhodli obchodovat s právníckou osobou, jejíž společníci mají zákonem danou omezenou odpovědnost. Oproti tomu oběť žalující z deliktu se dobrovolně nerozhodla jednat se společností a akceptovat její omezenou odpovědnost.

Tato skutečnost vedla k závěru, že soudy častěji propíchnou závoj společnosti právě v případech deliktu než v případech, ve kterých se jedná o žalobu věřitelů společností na základě jejich kontraktu se společností. Thomsonova studie tento názor jednoznačně vyvrátila.

¹¹² Tento pojem je nutno vykládat ve významu níže vymezeném.

¹¹³ Tento pojem je nutno vykládat ve významu níže vymezeném.

¹¹⁴ Pojem test instrumentality je někdy používán i v širším smyslu jako synonymum k Propíchnutí závoje společnosti

¹¹⁵ Blíže Černá S., *Faktický koncern, ovládací smlouva a smlouva o převodu zisku*, Linde, 2004, str. 29

napadenou transakci, že odlišná korporátní entita nemá vlastní smýšlení nebo vůli (element instrumentalisty, nástroje)

2. žalobce užil takovou dominanci ke spáchání podvodu nebo bezpráví (element nesprávného účelu)
3. taková dominance a porušení povinnosti musí bezprostředně způsobit škodu (*loss*) or nebo nespravedlivou újmu (*unjust injury*) (element bezprostřední příčiny)¹¹⁶

Protože dominantní korporace zneužila podřízenou společnost jako korporátní fikci pro svůj vlastní zájem, odůvodněním, základem testu instrumentality je uznat dominantní společnost odpovědnou za takové chování.¹¹⁷

9.4.1.2. Alter ego test

Druhým testem je test alter ega. Podle tohoto testu nebude brán na zřetel autonomní existence korporace pokud:

1. korporace je tak ovlivňovaná ovládající osobou, že je zde taková jednota jak vlastnictví a zájmů (*there is such unity of both ownership and interest*), že oddělenost korporace zanikla a
2. přilnutí k oddělené korporátní existenci by mohl zachovat na věky podvod nebo podporovat nespravedlnost.

Odůvodnění testu Alter Ega je tedy v tom, že „jestliže akcionáři sami nedbají oddělenosti korporátního podnikání, právo toho taky dbáti nebude a to tak dalece jak je nezbytné chránit individuální a korporátní věřitele.“¹¹⁸

9.4.2. Veřejný zájem (*public policy*)

Dalším důvodem, který pod sebe subsumuje velký počet nejrůznějších jednání, je důvod veřejného zájmu. Jde o situace, kdy je korporace využita k porušení zákona, ke spáchání podvodu, nebo porušení jiných krucálních veřejných zájmů.

¹¹⁶ Cohen, H., Grounds for Disregarding the Corporate Entity and Piercing the Corporate Veil, in 45 American Jurisprudence Proof of Facts 3d 1/1998

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid.

Takové chování může zahrnovat situaci, kdy dochází k „vylučování“ nechtěných závazků na nově vytvořenou společnost se stejnými kontrolujícími osobami a bránění se plnění ze strany původní společnosti.

Jinou častou aplikací tohoto testu by byl pokus o vyhnutí se splnění povinností týkajících se životního prostředí, povinností vyplývajících z pracovních závazků a antimonopolních právních předpisů. Typicky, společnost čelící odpovědnosti z důvodů porušení prováděcích předpisů, se pokouší vyhnout důsledkům porušení povinností likvidací a dohledový orgán bude hnát k zodpovědnosti ovládající osoby.

Další situací může být případ, kdy jednotlivec založí společnost s cílem získat výhody, které by v situaci, kdy by vystupoval jako fyzická osoba, nezískal. Fyzická osoba založí společnost a ta poté vykonávat činnost, která např. byla předmětem konkurenční doložky. Problémy tohoto typu se často vyskytují v souvislosti s daňovými předpisy a předpisy týkající se zaměstnaneckých výhod.

9.4.3. Equity

9.4.3.1. Důvod spočívající v nedodržení formalit spojených s fungováním společnosti¹¹⁹

Dalším velmi častým důvodem propíchnutí závoje společnosti je nedodržení formalit spojených s fungováním společnosti (failure to observe corporate formalities). Ovšem některé soudy nepřipouštějí propíchnutí závoje společnosti za splnění pouze tohoto testu. Nicméně velmi často bývá soudy zmiňován na podporu rozhodnutí o propíchnutí závoje na základě důvodů jiných. Výčet těchto formalit samozřejmě není úplný a lze najít pouze demonstrativní výčet nejčastěji uznávaných „fomalit“. Mezi těmi nejčastěji uváděnými jsou:

1. Nedodržení povinnosti emitovat akcie,
2. Nedodržení povinnosti svolat valnou hromadu ke zvolení výkonných orgánů společnosti, nesvolávání těchto výkonných orgánů nebo nesestavování zápisů z takovýchto jednání,
3. Neplacení dividend,
4. Insolvence dceřiné společnosti,
5. Odčerpávání fondů dceřiné společnosti,
6. Špatné fungování orgánů dceřiné společnosti,

¹¹⁹ Překlad termínu „*corporate formalities*“, „formality spojené s fungováním společnosti je převzat z díla Kühn, Z. Fikce samostatnosti právnických osob a její prolomení. Právní rozhledy, 2003, č.11, s. 543.

7. Nedostatečné záznamy o fungování a aktivitě dceřiné společnosti

9.4.3.2. Nedostatečná kapitalizace

Nedostatečná kapitalizace (*inadequate capitalization*) je důvodem propíchnutí, jak vyplývá ze studie R. Thompsona¹²⁰ asi jen v 73% tam, kde podkapitalizace byla skutečně prokázána. I když není nedostatečná kapitalizace nejrozšířenějším důvodem vedoucím k propíchnutí závoje společnosti, je důvodem významným.

Další problém propíchnutí závoje společnosti z tohoto důvodů spočívá v nekonzistentnosti a nepřesvědčivosti americké judikatury.

Dobře známým je případ *Walkovszky v. Carlton*¹²¹. Žalující byl obětí deliktu spáchaného zaměstnancem žalovaného Carltona, který rozdělil svoje podnikání v taxislužbách do desíti společností. Každá z těchto společností vlastnila jeden nebo dva vozy taxi, s minimálním pojištěním ručení a to vše zjevně z důvodu limitace ztráty, která by vznikla v případě protiprávní skutečnosti – nehody. Žalobce se propíchnutím závoje společnosti pokusil dosáhnout osobní odpovědnosti Carltona. Mezi jinými tvrzenými argumenty, které ovšem byly jako nedokázané odmítnuty, byla i podkapitalizace. Tato skutečnost (byť prokázána) ovšem dle názoru soudu nepostačovala k rozhodnutí ve věci ve prospěch žalobce.

Obecně má ale většina soudů tendenci uznávat nedostatečnou kapitalizaci společnosti jako faktor, který při rozhodování o propíchnutí závoje zvažují. Pokud připustíme relevanci nedostatečné kapitalizace jako důvodu k propíchnutí závoje společnosti, otázkou stále zůstává, zda nedostatečná kapitalizace představuje takový důvod sama o sobě, tedy zda k propíchnutí závoje společnosti kromě konstatování nedostatečné kapitalizaci není třeba důvodů dalších.

Část soudů zaujala k této otázce postoj negativní. Je ale možné, že některé z těchto soudů svým postojem jednoduše směřovaly ke zdůraznění nutnosti brát v těchto případech v potaz povahu žalobce a žalovaného. Nedostatečná kapitalizace by například neměla být důvodem pro propíchnutí závoje společnosti ve prospěch věřitelů z kontraktu, kteří se o finanční situaci společnosti mohli informovat. Také by se mělo zkoumat, zda určitý žalovaný měl nad společností natolik výraznou kontrolu, aby mohl být odpovědný za podnikatelské aktivity této společnosti nedisponující dostatečným kapitálem. Dále mohly být některé z těchto soudů toho

¹²⁰ Thompson, R. B., *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, 76 Cornell L. Rev. 1036-1074 (1991)

¹²¹ *Walkovszky v. Carlton*, 223 N.E.2d 6 (NY 1966)

názoru, že v určitých případech nebude nedostatečná kapitalizace relevantní sama o sobě, ale poskytne částečné zdůvodnění žaloby týkající se podvodu.

Dnešní situace je velmi podobná judikátu *Dewitt Truck Brokers v. W. Ray Flemming Fruit Co.*¹²², kdy je podkapitalizace velmi důležitým faktorem, ale k němu musí přistoupit i další okolnosti. Flemmingova společnost existovala jako zprostředkovatel mezi farmáři a odběrateli ovoce. Flemmingova společnost nezaplatila včas dopravní společnosti za dopravu ovoce a přepravní společnost zažalovala Flemminga osobně. Flemming argumentoval, že není osobně zavázaný ani odpovědný, že zavázaná je pouze společnost. Přepravní společnost žádala propíchnutí závoje společnosti a soud jí vyhověl. Argumentoval, že když je osoba majitelem skoro všech akcií, a dále:

1. je ovládaná osoba podkapitalizovaná,
2. nedodrhuje formality spojené s fungováním společnosti,
3. nevyplácí dividendy
4. nebo je korporace více méně fasáda pro společníka,

nemusí být zohledněna autonomie korporace a většinový akcionář může být shledán odpovědný. Vzhledem k tomu, že korporace nikdy neobdržela skutečný kapitál, nikdy se nekonala valná hromada, Flemming přijímal a hospodařil s penězi korporace jako s vlastními, neviděl soud důvod neuznat Flemminga osobně odpovědným.

Podkapitalizace tak sama o sobě zřejmě není dostatečným důvodem, aby byl připíchnut závoj společnosti. Ale je jedním z krucifálních okolností a spolu s jinými umožňující propíchnutí závoje společnosti. Vždyť by pak muselo dojít ve většině bankrotních řízení k uznání odpovědnosti společníků dané společnosti neboť co jiného vede k úpadku, než nedostatek kapitálu.

9.5. Smluvní ochrana

Teorie adekvátní kapitalizace, tak jak je upravena korporátním právem, ale i jiná pravidla mimo oblast korporátního práva, je stále pro věřitele nedostatečná. Americká doktrína a judikatura proto velmi zdůrazňuje individuální přístup prostřednictvím smluvního práva. Potencionální věřitelé s velkými pohledávkami za společností často s touto společností uzavírají nejrůznější smlouvy, jež mají zajistit jejich pohledávku. Mezi nejobvyklejší patří

¹²² *Dewitt Truck Brokers v. W. Ray Flemming Fruit Co.* 540 F.2d 681.

závazek spočívající v omezení dividend resp. distribucí nebo platů zaměstnancům a odměn členům orgánů. Jindy si věřitel a dlužník mohou smluvit, že kdyby poměr dluhů a čistého obchodního majetku dosáhl určitého procenta, nebo kdyby společnost nevyhověla jinému finančnímu testu, bude mít věřitel možnost prohlásit celý dluh za okamžitě splatný. Bankovní úvěrové dohody, dluhopisové emisní podmínky obvykle obsahují podrobný seznam toho, co dlužník do zaplacení nesmí konat.

10. Závěr

System adekvátní kapitalizace z pohledu tvorby minimálního kapitálu je založen zásadně na volné úvaze zakladatelů. Jen oni ve vztahu k zamýšlenému druhu a velikosti podnikání volí počáteční kapitál, jež jsou akcionáři do společnosti povinni vnést. A neupravuje-li zákon minimální hranici, bylo by zbytečné upravovat ocenění apportů, zakazovat jejich některé formy aj. To výrazně snižuje množství zákonných ustanovení. Významná jsou ve fázi tvorby kapitálu ustanovení upravující akcie, neboť tomuto systému lépe vyhovují a praxe toto potvrzuje výhodností emise akcií bez par hodnoty.

Co se týče pravidel upravující udržení kapitálu, jsou nejčastěji nahrazeny (z důvodu inkorporace RMBCA) dvěma testy a „záměnou“ pojmu dividendy za obecnější pojem distribuce. Tím jsou dána uniformní a relativně jednoduchá pravidla pro distribuci majetku společnosti.

Staré pojetí obsažené v MBCA (dodnes v některých státech USA platné) je podobné evropskému pojetí co se týče prvního testu. Rozdíl je pak v druhém testu (testu insolvence), které je v systému zkoušky vydělaným přebytkem navíc. Nicméně právě ten druhý aspekt má skutečnou schopnost odhalit distribuci, jejímž výsledkem může být úpadek společnosti. V případě evropského pojetí i výplata z čistého zisku po povinných platbách do rezevních fondů může mít za následek insolventnost společnosti a naopak může být neodůvodněně brzdícím faktorem ekonomického rozhodování o výplatě dividendy. Druhá zmiňovaná nevýhoda evropského pojetí je nicméně součástí i tohoto systému.

System státu Delaware má taky pár shodných bodů s pojetím evropským. Zakotvuje deklarovaný kapitál (obdoba základního kapitálu) a nemožnost společnosti vyplácet dividendy z něj. Nicméně jeho ochranná funkce je nabourána zejména tím, že DGCL nestanoví jeho minimální částku. O ochranné funkci se tak dá stěží mluvit. Tomu nijak významně nepomáhá přidání holého testu čistého obchodního majetku tedy dovětku, že přebytek (*surplus*) je zmenšený o závazky společnosti.

Jak system MBCA tak zákony státu Delaware mají jakýsi „základní kapitál“, jež nedovolí společnosti jej vyplatit a jež by měl plnit především ochrannou funkci, ale ani jeden system to neshledává samo o sobě jako dostatečné a přidává navíc další aspekt, buď test insolvence nebo holý test čistého obchodního majetku, byť by tím mohla být chráněna částka i jen jednodolaru.

Naproti tomu systém RMBCA úplně rezignuje na stanovení ochrany nějaké pevně stanovené částky. Systém RMBCA je dnes ve Spojených státech velmi „chválen“¹²³ zejména pro svou jednoduchost (pouze jeden §6.40 shrnuje vše podstatné pro jakoukoliv distribuci), komplexnost (vyřešil dříve velmi problematickou, nejasnou a spornou problematiku snížení základního kapitálu, finanční asistence i nabývání vlastních akcií jednoduchými pravidly) a racionálnost. Kritické hlasy především poukazují na malou ochrannou funkci¹²⁴, nezbytnost využití smluvních nástrojů¹²⁵ a využití institutů mimo korporátní právo.

Tento systém by byl stěží funkční (ve smyslu ochrany věřitelů), kdyby nebylo možné využít instituty stojící mimo korporátní právo. Doktrínu podřízení lze především využít s ohledem na tvorbu a udržení kapitálu v situaci, kdy společnost byla řádně kapitalizována na začátku své existence, ale následně v důsledku nespravedlivého chování (*inequitable conduct*) se dostala do úpadku, kdežto metoda propíchnutí závoje společnosti je užívána (hovoří se o jedné z nejčastějších žalob vůbec v oblasti korporátního práva), zejména v situaci, kdy žalobce tvrdí, že společnost nebyla řádně kapitalizována už od samého počátku. Ovšem jen přidají-li se i další aspekty, jak jsou popsány výše, neboť jak doktrínu podřízení tak propíchnutí závoje společnosti nelze na podkapitalizovanou společnost úspěšně aplikovat samu o sobě.

Americký přístup ve formě RMBCA a DGCL v podstatě rezignoval na komplexní ochranu věřitelů a zavádí testy hodnotící aktuální hospodářský stav společnosti. To mu umožňuje nabídnout ochranu, která je skutečná, byť v menším rozsahu. Obchodní právo je právem odborníků, osob, u nichž lze předpokládat lepší znalost práva a důraznější prosazení zásady *vigilantibus iura scripta sunt*, bohužel to je i ten největší problém amerického přístupu.

Dle mého názoru evropský přístup vytváří zdání komplexní ochrany. Stanoví závazně minimální částku kapitálu, která je často nedostatečná, někdy přemrštěná. Vytváří zdání, že společnost má stále dostupný majetek ve výši základního kapitálu. Existuje zde velká přeregulovanost, některé státy vytvářejí zvláštní zjednodušený typ akcivé společnosti, aby tak dokázaly uniknout kapitálové směrnici. Distribuce dividend je někdy neodůvodněně omezující, na druhou stranu nedokáže zabránit prvnímu kroku k úpadku společnosti, vkladová povinnost není možná ve formě prací a služeb.

¹²³ Např.: Hamilton, W. Robert, *Corporations including Partnerships and Limited Liability Companies*, St. Paul, Minnesota, 2001, str. 454; Vázquez J. C. G. *Increase and reduction of the stated capital in sets of rules without „legal capital“: Issuance of new shares and distributions to shareholders*, 2006, str. 4 dostupné z: <http://www.realcollegiocomplutense.harvard.edu/PresJ.CGonV.pdf> (5.6.2007)

¹²⁴ Booth R. A., *Capital Requirements in United States Corporation Law*, str 10, 24

¹²⁵ Černá S., *Přehodnotí Evropa přístup k základnímu kapitálu?*, *Právní rozhledy* 22/2005, str. 821; Clark, R. C., *Firemní Právo*, Victoria Publishing, 1992, str. 79

Srovnám-li největší nevýhodu amerického přístupu (relativně malý rozsah ochrany, ale na druhou stranu ochranu důraznou) a evropský přístup, mám za to, že americké úprava je pro oblast, v níž se pohybují odborníci, vhodnější.

11. Seznam použité literatury

- Abbot, K., Pendlebury, N., Wardman, K., Business Law, 7. vydání, Continuum, 2002
- Anderson, R., Fox, I., Twomey, D. P., Business Law, 2. vydání, Cincinnati, Ohio 1987
- Bachman, A. B., Misconduct Still Required for Equitable Subordination, Bankruptcy Bulletin, březen 1998, dostupné na internetové adrese:
<http://www.weil.com/wgm/cwgmpubs.nsf/475bf0f96efe96638525679b0053248d/d68d214263e7a160852567990078692e?OpenDocument> (20.7.2007)
- Bomhof, A. S., De Cico N., Equitable subordination in Canadian insolvency law, www.torys.com/publications/pdf/AR2003-28T.pdf (20.7.2007)
- Booth, R. A., Capital Requirements in United States Corporation Law, dostupné z http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=fac_pubs (18. 6. 2007)
- Clark, R. C., Firemní Právo, Victoria Publishing, 1992
- Cohen, H., Grounds for Disregarding the Corporate Entity and Piercing the Corporate Veil, in 45 American Jurisprudence Proof of Facts 3d 1/1998
- Company Law and Investigations Directorate, Modern Company Law for a Competitive Economy, přístupné z www.berr.gov.uk/files/file23283.pdf (18. 6. 2007)
- Černá, S., Faktický koncern, ovládací smlouva a smlouva o převodu zisku, Linde, 2004
- Černá, S., Obchodní právo. Akciová společnost Společnosti obchodního práva a družstva. III. díl, Praha: ASPI, a.s., 2006
- Černá, S., Přehodnotí Evropa přístup k základnímu kapitálu?, Právní rozhledy 22/2005
- Dědič, J., Čech, P., Obchodní právo po vstupu ČR do EU aneb co všechno se po 1. květnu 2004 v obchodním právu změnilo, Polygon, 2004
- Hamilton, W. R., Corporations including Partnerships and Limited Liability Companies, St. Paul, Minnesota, 2001
- Hendrych, D., Právní slovník, 2. vydání, C. H. Beck, 2001
- Hurdík, J. Právní osoby a jejich typologie. 1. vydání. Praha : C.H. Beck, 2003
- Krendl, C. S. a Krendl, J. R., Piercing the Corporate Veil: Focusing the Inquiry, 1978, 55 DEN. L.J. 1, 52-55
- Kühn, Z. Fikce samostatnosti právnických osob a její prolomení. Právní rozhledy 11/2003

Mwenda, K., Shareholders And Their Obligation To Pay-Up For Shares, Murdoch University Electronic Journal of Law, ročník 6, číslo 3 (září 1999)

Pelikánová, I., Akciová společnost, 1996, dostupné z www.srovnovacipravo.cz (10. 6. 2007)

Pelikánová, I., Komentář k obchodnímu zákoníku 2. díl, 3. vydání, Praha: ASPI, a.s., 2004

Pelikánová, I., Obchodní právo I. díl, Praha: ASPI, a.s., 2005

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

Pelikánová, I., Úvod do srovnávacího práva obchodního, C. H. Beck, 2000

Robertson, R. A., Experts From: NBI Advanced Real Estate Law Seminar“, dostupné z <http://library.findlaw.com/1999/Aug/1/129504.html> (20.7.2007)

Schutte-Veenstra, J. N., a kol. Alternative systems for capital protection, Intitute for Company Law, Groningen, 2005

Thompson, R. B., Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study, 76 Cornell L. Rev. 1036-1074 (1991)

Vázquez, J. C. G. Increase and reduction of the stated capital in sets of rules without „legal capital“: Issuance of new shares and distributions to shareholders, 2006, dostupné z: <http://www.realcolegiocomplutense.harvard.edu/PresJ.CGonV.pdf> (5.6.2007)

Winter, J., a kol., Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, 2002

Autor nezjištěn, Piercing the Corporate Law Veil: The Alter Ego Doctrine under Federal Common Law, Harvard Law Review, 95 HVLr 853, 1982

Autor nezjištěn, Unsecured Creditors of Failed Banks: It's not a Wonderful Life, Harvard Law Review, 104 Harv. L. Rev. 1052, 1991