

Univerzita Karlova v Praze

Právnická fakulta

Katedra obchodního práva

Disertační práce  
**Svoboda usazování obchodních společností ve srovnávacím  
pohledu**

Knihovna UK PF



3125091855

**Školitelka**

Prof. JUDr. Monika Pauknerová, CSc.

**Doktorand**

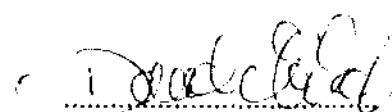
David Michel

Březen 2009

### **Čestné prohlášení**

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

V Praze/Drážďanech dne 20.3.2009



David Michel

## **Poděkování**

Děkuji tímto Právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze a zde jmenovitě jejímu děkanovi panu Prof. JUDr. Aleši Gerlochovi, CSc. za to, že mi byla poskytnuta možnost na této ctihodné univerzitě absolvovat doktorandské studium. Toto ve mne zanechává hlubokou sounáležitost ke Karlově Univerzitě a k městu Praze, která trvale zůstane. Vyučujícím, na právnické fakultě které jsem mohl poznat patří můj velký respekt. Obzvláštní poděkování ale patří mé školitelce paní Prof. JUDr. Monice Pauknerové, CSc.. Bylo mi velkou ctí, že jsem mohl psát disertační práci u této národně a mezinárodně renomované a vysoce vážené osobnosti právních věd. Toto hluboce obohatilo mé právnické myšlení a konání. Bez obsáhlé a všudypřítomné podpory Prof. JUDr. M. Pauknerové, CSc. by tato práce nebyla možná.

V Praze/Drážďanech dne 20.3.2009

David Michel

David Michel

**Svoboda usazování obchodních společností ve srovnávacím pohledu**

OBSAH .....	5
POUŽITÉ ZKRATKY .....	9
ÚVOD PŘEDMĚT ZKOUMÁNÍ .....	14
ČÁST I. OBECNÉ SOUVISLOSTI .....	17
Díl 1 Pojmy a prameny .....	17
Díl 2 Analyzované principy určení osobního statutu společnosti .....	25
Oddíl 1 Inkorporační princip .....	25
Oddíl 2 Princip sídla .....	26
ČÁST II. VÝCHOZÍ SITUACE V OBLASTI SVOBODY USAZOVÁNÍ OBCHODNÍCH SPOLEČNOSTÍ NA PŘÍKLADĚ PRÁVNÍ ÚPRAVY VE SPOLKOVÉ REPUBLICI NĚMECKO A V ČESKÉ REPUBLICI .....	27
Díl 1 Účinky zohlednění různých principů a teorií určení osobního statutu společností z hlediska srovnání .....	27
Oddíl 1 Inkorporační princip a princip sídla .....	27
Oddíl 2 Zprostředkovávající teorie .....	30
Díl 2 Prameny a výchozí problémy vyplývající z principu sídla ve Spolkové republice Německo .....	33
Díl 3 Určení sídla společností v německém právu .....	37
Díl 4 Zakotvení inkorporačního principu v České republice .....	43
ČÁST III. ZÁKLADY SVOBODY USAZOVÁNÍ V PRÁVU EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ .....	43
Díl 1 Svoboda usazování obchodních společností .....	43
Oddíl 1 Primární svoboda usazování .....	43
Oddíl 2 Sekundární svoboda usazování .....	45
Oddíl 3 Osobní rozsah svobody usazování .....	46
1. Fyzické osoby .....	46
2. Právnícké osoby .....	46
Díl 2 Omezení svobody usazování obchodních společností .....	48
Oddíl 1 Zákaz omezujících opatření .....	48
1. Zákaz diskriminace .....	48
2. Interpretace pojmu „diskriminace“ Soudním dvorem .....	49

3.	Zásady přímého účinku .....	51
4.	Obrácená diskriminace .....	52
Oddíl 2	Ospravedlnění zásahu do svobody usazování podle komunitárního práva.....	53
Oddíl 3	Komunitární meze ( <i>Schranken</i> ) .....	55
1.	Donucující důvody obecného zájmu .....	56
2.	Způsobitost (Vhodnost).....	56
3.	Princip proporcionality ( <i>Übermaßverbot</i> ).....	57
Oddíl 4	Faktické omezení vysídlení obchodních společností .....	57
1.	Nesoulad daňových systémů v Evropských společenství .....	57
2.	Koordinace systémů přímých daní na vnitřním trhu a vliv na zakládání společností...60	
Oddíl 5	Zneužití svobody usazování .....	62
ČÁST IV.	VÝVOJ SVOBODY USAZOVÁNÍ OBCHODNÍCH SPOLEČNOSTÍ V ČESKÉ REPUBLICI A SPOLKOVÉ REPUBLICI NĚMECKO .....	63
Díl 1	Liberální úprava českého práva.....	64
Oddíl 1	Historický pohled na vývoj inkorporačního principu v českém právu .....	64
Oddíl 2	Cizinecké právo .....	66
1.	Uznání právnické osoby .....	66
2.	Podnikání zahraničních osob na území České republiky .....	67
3.	Přemístění sídla obchodní společnosti .....	69
Oddíl 3	Tendence odklonu od inkorporačního principu.....	73
Díl 2	Úprava v právu Spolkové republiky Německo .....	77
Oddíl 1	Vývoj principu sídla v SRN .....	77
Oddíl 2	Princip sídla jako omezení vysídlení.....	81
Oddíl 3	Důsledky principu sídla.....	82
Oddíl 4	Řešení oddělení skutečného sídla a statutárního sídla podle principu sídla.....	83
Oddíl 5	Pozitivní znaky principu sídla .....	85
1.	Účel ochrany třetích osob.....	87
2.	Ochrana věřitelů .....	89
3.	Ochrana menšin .....	90
4.	Právo spolurozhodování .....	91
a)	Německé právo spolurozhodování <i>de lege lata</i> .....	91
b)	Aplikace německého práva spolurozhodování v podniku <i>de lege ferenda</i> .....	92
Oddíl 6	Argumenty proti uplatnění principu sídla .....	94
Oddíl 7	Zahájení ústupu od principu sídla v SRN.....	97
Díl 3	Právo přeměn společností.....	98
Oddíl 1	Přeshraniční fúze v České republice .....	99
Oddíl 2	Přeměna společností v SRN .....	101
Díl 4	Odštěpné závody ( <i>Zweigniederlassungen</i> ).....	105
ČÁST V.	FUNKCE MEZINÁRODNÍHO PRÁVA SOUKROMÉHO V OBLASTI PŘESHRANIČNÍHO PŘEMÍSTĚNÍ SÍDLA OBCHODNÍCH SPOLEČNOSTÍ ..	109
Díl 1	Kolizní úprava v České republice .....	109

Díl 2	Právnícké osoby a kolizní normy v německém IPR .....	110
Díl 3	Mezinárodní právo obchodních společností.....	111
Oddíl 1	Kolizně právní účinky čl. 43 a čl. 48 SES.....	112
Oddíl 2	Zájem o úpravu mezinárodního práva společností.....	113
ČÁST VI.    VLIV MEZINÁRODNÍCH SMLUV NA SVOBODU USAZOVÁNÍ .....		114
Díl 1	Uznávání právní subjektivity obchodních společností.....	114
Díl 2	Zvláštní úprava principu sídla .....	116
ČÁST VII.    VLIV KOMUNITÁRNÍHO PRÁVA NA SVOBODU USAZOVÁNÍ OBCHODNÍCH SPOLEČNOSTÍ A NA NÁRODNÍ ÚPRAVY ČLENSKÝCH STÁTŮ .....		117
Díl 1	Vztah komunitárního práva k vnitrostátnímu právu .....	117
Díl 2	Harmonizační účinek komunitárního práva .....	119
Díl 3	Hranice přenesené kompetence v rámci Evropského společenství.....	120
Díl 4	Sekundární harmonizační úkony v komunitárním právu .....	122
DÍL 5    PRAVOMOC EVROPSKÉHO SOUDNÍHO DVORA V OBLASTI SVOBODY USAZOVÁNÍ OBCHODNÍCH SPOLEČNOSTÍ.....		124
Oddíl 1	Výklad komunitárního práva Evropským soudním dvorem .....	124
Oddíl 2	Vývoj svobody usazování ve Společenství podle pravomoci Evropského soudního dvora .....	125
1.	Irish Land Commission (1984) .....	125
2.	Komise v. Francie (1986).....	125
3.	Segers (1986).....	126
4.	Daily Mail (1988).....	126
5.	Centros (1999).....	127
6.	Compagnie de Saint-Gobain (1999).....	129
7.	Überseering (2002).....	130
8.	Inspire Art (2003).....	132
9.	Lasteyrie du Saillant (2004) .....	133
10.	Sevic Sytems (2005).....	135
11.	Marks & Spencer (2005) .....	136
12.	Cadbury (2006) .....	137
13.	International Transport Worker's Federation (2007) .....	138
14.	Cartesio (2008).....	139
Oddíl 3	Shrnutí a závěr k judikatuře Soudního dvora .....	140
ČÁST VIII.    DŮSLEDKY ROZSUDKŮ EVROPSKÉHO SOUDNÍHO DVORA .....		142

Díl 1	Vliv judikatury ESD na české právo .....	144
Díl 2	Reakce německých soudů na judikaturu ESD ke svobodě usazování obchodních společností a základy nového vývoje .....	144
Oddíl 1	Obvodní a zemské soudy .....	144
Oddíl 2	Vrchní soudy v SRN (nový princip sídla) .....	146
Díl 3	Nové tendence v německém právu obchodních společností .....	150
Oddíl 1	Vliv praktických skutečností .....	150
Oddíl 2	Speciální komise Německé rady pro mezinárodní právo soukromé .....	151
1.	Určení a přípravné práce Speciální komise .....	152
2.	Základy nového práva společností v SRN .....	154
Oddíl 3	Konkrétní změny vyplývající z reformy práva společností .....	155
1.	Přemístění sídla německé společnosti podle současného právního stavu .....	156
a)	Sídlo společnosti .....	156
b)	Přemístění sídla uvnitř SRN .....	157
c)	Přemístění sídla do zahraničí .....	158
aa)	Přemístění statutárního sídla .....	159
bb)	Přemístění skutečného sídla .....	160
Oddíl 4	Nový vývoj v německém mezinárodním právu společností .....	161
1.	Další změny podle zákona MoMiG .....	163
a)	Zrychlení založení GmbH .....	163
b)	Ochrana věřitelů .....	164
c)	Založení podnikatelské společnosti (UG) .....	164
2.	Důsledky MoMiG pro sídlo osobních obchodních společností .....	165
Oddíl 5	Nedostatky reformy .....	168
ČÁST IX.	KOMPROMIS EVROPSKÉHO PRÁVA .....	169
Díl 1	Evropské hospodářské zájmové sdružení .....	170
Díl 2	Evropská společnost .....	170
Díl 3	Evropská družstevní společnost .....	173
Díl 4	Evropská soukromá společnost .....	173
Díl 5	Přemístění sídla společnosti do jiného členského státu (oživení 14. směrnice) .....	175
Díl 6	Potřeby zjednodušení evropského práva obchodních společností .....	176
ČÁST X.	ZÁVĚREČNÉ POZNÁMKY A ZHODNOCENÍ .....	177
POUŽITÁ LITERATURA .....		181

## Použité zkratky

### Právní předpisy (ve znění pozdějších předpisů)

AO	Abgabenordnung , <i>BGBI. I S. 613; 16.3.1976</i>
AußenStG	Außensteuergesetz, <i>BGBI. I S. 1713; 8.10.1972</i>
AktG	Aktiengesetz, <i>BGBI. III 4121-1; 6.11.1965</i>
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, <i>BGBI. I S. 42; 2.1.2002</i>
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz, <i>BGBI. I S. 2518; 25.10.2001</i>
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BStBl.	Bundessteuerblatt
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, <i>BGBI. I S. 2494; 21.10.1994</i>
EGBGB-E	Entwurf zum Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGV	Römischer Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, <i>BGBI. II, S. 766, 25.3.1957</i>
EHUG	Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister, <i>BGBI. I S. 2553; 1.1.2007</i>
EstDV	Einkommenssteuer Durchführungsverordnung, <i>BGBI. I S. 717; 10.5.2000</i>
EuGVVO	Europäische Gemeinschaftsverfahrensordnung, Nařízení Rady (ES) č. 44/2001
EuInsVO	Europäische Insolvenzverordnung, Nařízení Rady(ES) č. 1346/2000
ESUO	Evropské společenství uhlí a oceli
ESVO	Evropské sdružení volného obchodu
EWGV	Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWIVVO	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung – VO, Nařízení Rady (ES) č. 2137/85
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, <i>RGBl. I S. 771; 20.5.1898</i>
FusionskontrollVO	Fusionskontrollverordnung
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, <i>BGBI. I S. 2230; 16.11.2006</i>
GewO	Gewerbeordnung, <i>BGBI. I S. 202; 22.2.1999</i>
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, <i>RGBl. I S. 846; 20.5.1898</i>
HGB	Handelsgesetzbuch, <i>RGBl. S. 219; 10.5.1897</i>
HrefG	Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns-und Firmenrechts und zur Änderung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften, Handelsrechts-



	Reformgesetz, <i>BGBI. I S. 1474; 22.6.1998</i>
HregVO (HRV)	Handelsregisterverordnung, <i>RMBl. 1937, 515; 12.8.1937</i>
ICTA	Income and Corporation Taxes Act, 9.2.1988, UK
InsO	Insolvenzordnung, <i>BGBI. I S. 2866; 5.10.1994</i>
KonkO	Konkursordnung, <i>RGBl. S. 351; 10.2.1877</i>
KörperschaftsStG	Körperschaftssteuergesetz, <i>BGBI. I S. 4144; 15.10.2002</i>
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz, <i>BGBI. I S. 1153; 4.5.1976</i>
MPSaP	zákon č. 97/1963 Sb. o mezinárodním právu soukromém a procesním
MontanMitbestG	Montanmitbestimmungsgesetz, <i>BGBI. I S. 2518; 25.10.2001</i>
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Mißbräuchen, <i>BGBI. I 2026; 23.10.2008</i>
Nařízení SE	Nařízení Rady (ES) č. 2157/2001, o Statutu evropské společnosti (SE)
ObchZ	zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník
ObčZ	zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník
o.z.o.	zákon č. 946/1811 Sb. z.s., 276/1914 ř.z., Obecný zákoník občanský
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz PartGG, <i>BGBI. I 1744; 25. 7. 1994</i>
Řím I	Nařízení EP a Rady (ES) o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Nařízení Řím I)
Řím II	Nařízení EP a Rady (ES) o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy (Nařízení Řím II)
SEEG	Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft, <i>BGBI. I Nr. 73 S. 3675; 22. 12. 2004</i>
SES nebo Smlouva ES (SEHS)	Smlouva o založení Evropského společenství, Celex I1957E, (původně Evropského hospodářského společenství, EHS z 25.3.1957)
SEStEG	Gesetz über die steuerlichen Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften, <i>BGBI. I 2782; 7. 12. 2006</i>
SEU	Smlouva o Evropské unii
StÄndG	Steueränderungsgesetz (2001)
UmwG	Umwandlungsgesetz, <i>BGBI. I 3210; 28. 10. 1994</i>
WFBV	Wet op de formeel buitenlandse vennoot schappen
ZMO	zákon č. 101/1963 Sb., Zákoník mezinárodního obchodu
ZPO	Zivilprozessordnung, <i>BGBI. I 3202; 5. 12. 2005</i>

## Společnosti

AG	Aktiengesellschaft
a.s.	Akciová společnost
EHZS	Evropské hospodářské zájmové sdružení
ES	Evropská společnost
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
gGmbH	gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
k.s.	komanditní společnost
LLP	Limited liability partnership
Ltd.	private company limited by shares
OHG	Offene Handelsgesellschaft (veřejná obchodní společnost)
Plc.	Public limited company
S.à.r.l.	Société à responsabilité limitée
SE	Societas Europaea (Evropská akciová společnost)
SCE	Evropská družstevní společnost
SPE	Evropská soukromá společnost (Societas privata Europaea)
s.r.o.	společnost s ručením omezeným
UG	Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt)

## Ostatní

AG	Amtsgericht
ABl.	Amtsblatt (der EG)
AnwBl.	Anwaltsblatt
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BerDGesVR	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BB	Betriebsberater
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BR	Bundesrat
Breg.	Bundesregierung
BT	Bundestag
č.	číslo
čl.	článek
CZ	Česká republika

ČSSR	Československá socialistická republika
DStR	Deutsches Steuerrecht
EHP	Evropský hospodářský prostor
EHS	Evropské hospodářské společenství
EK	Evropská komise
EMP	Evropské mezinárodní právo
EMPS	Evropské mezinárodní právo soukromé
EP	Evropský parlament
ER	Evropská rada
ES (Společenství)	Evropské společenství (nebo Evropská společenství)
ESD	Evropský soudní dvůr
ESVO	Evropské sdružení volného obchodu
EU	Evropská unie/ Europäische Union
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FS	Festschrift
GmbHR	GmbH- Rundschau
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPR	Internationales Privatrecht
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts
kap.	Kapitola
LG	Landgericht
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
MPS	mezinárodní právo soukromé
MittBayNot	Mitteilungen der Bayerischen Notarkammer
NDR	Německá demokratická republika
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NotBZ	Zeitschrift für notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
odst.	odstavec
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
PaP	Právo a podnikání
PPvP	Právní praxe v podnikání
pravo ES	komunitární právo evropských společenství či Evropského společenství
PZ	Právní zpravodaj
RabelsZ	Rabel's Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rpfleger	Rechtspfleger
RG	Reichsgericht

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
rozh.	rozhodnutí
rozs.	rozsudek
S.	Seite/strana
Sb.	Sbírka
Sb.SD	Sbírka rozhodnutí Evropského soudního dvora
Společenství	jedno ze dvou společenství (mimo ESUO), pokud se myslí konkrétní společenství
SLIM	iniciativa za jednodušší legislativu vnitřního trhu (Simpler Legislation for Internal Market)
SRN	Spolková republika Německo
str.	Strana
Úř.věst.	Úřední věstník
ust.	Ustanovení
v.	proti (versus)
WM	Wertpapiermitteilungen
Zeup	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

## Úvod      Předmět zkoumání

Svoboda zahájení a provozování samostatné výdělečné činnosti vyplývající z principu volného pohybu, je privilegiem vyhrazeným pro fyzické a právnické osoby členských států Evropské unie. Navzdory rozšíření Evropského hospodářského prostoru však neplatí univerzálně.

Tato svoboda, se kterou se setkáváme v komunitárním právu pod názvem „svoboda usazování“, zahrnuje zřizování zastoupení, poboček nebo dceřiných společností příslušníky jednoho členského státu na území druhého členského státu. Primární komunitární právo ve svém čl. 48 a čl. 43 Smlouvy o založení Evropského společenství (dále jen „SES“) umožňuje i společně volné usazování. Primární komunitární právo zavazuje členské státy a vnitrostátní subjekty a to bezprostředně před národními právními řády členských států. Zahraniční osoby se tak nezbytně pro všechny členské státy člení do dvou skupin v závislosti na své vazbě na členský stát EU, nebo na jakýkoli třetí stát. Z toho pramení vliv a významnost „svobody usazování“ jak pro kolizní úpravu obchodního práva, tak i pro právo společností v rámci jednotlivého členského státu.

Primární komunitární právo je nutné jednoznačně objasnit ve světle sekundárního práva, rozsudků Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“ nebo „Soudní dvůr“)<sup>1</sup> a národních soudních rozhodnutí a právních předpisů. Přitom je souhra národních předpisů členských států určována mezinárodním právem soukromým. Mezinárodní právo soukromé řeší otázku, který právní řád bude v konkrétním případě aplikován na určitý právní vztah. Dále řeší mezinárodní právo soukromé v oblasti práva obchodních společností otázku, kterému právnímu řádu podléhá společnost při řešení právních otázek společnosti, tedy které právo tvoří statut společnosti.

Ohledně společných bodů primárního práva týkajícího se svobody usazování obchodních společností a národních předpisů obchodního práva se aktuální diskuse soustřeďuje mimo jiné na otázku osobního statutu společnosti. K základním principům určování osobního statutu, tj. právního řádu, kterým se řídí otázky spojené se subjektivitou právnických osob nebo jiných útvarů, které nejsou fyzickými osobami, patří princip inkorporační a princip sídla.<sup>2</sup>

České právo vychází z inkorporačního principu při určování osobního statutu právnických či jiných než fyzických osob.<sup>3</sup> Podle inkorporačního principu je rozhodným právem pro určení osobního statutu společnosti právní řád, podle kterého byla společnost založena.

Druhý princip<sup>4</sup> - princip sídla, podle něhož je rozhodujícím právem právo státu, kde má

<sup>1</sup> Evropský soudní dvůr je vrcholný orgán soudního přezkumu dodržování práva ES (čl. 220 SES). Dodržování práva ES zajišťuje ESD jak vůči orgánům ES, tak i členským státům a nepřímo i vůči státním příslušníkům těchto států. Srov. Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R.: Evropské právo, 1999, str. 113; Oficiální název ESD není jednoznačný, autor této práce zde používá převážně název „Soudní dvůr“, srov. např. čl. 5 a 35 odst. 2, 5, 6, 7 SEU.

<sup>2</sup> Pauknerová, M.: Právo ES a jeho vliv na kolizní úpravu obchodních společností v českém právu, Sborník č. 34, v Šturma, P., Ondřej, J.(eds.): Ekonomické a právní aspekty podnikání v EU a ochrana lidských práv, Beroun 2007, str. 215.

<sup>3</sup> Zde se odkazuje na zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník a zákon č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním.

<sup>4</sup> Autor v této práci používá název „princip“ a nepoužívá termín „teorie“, odůvodnění spočívá v tom, že se jak inkorporační princip, tak i princip sídla v praxi skutečně prosadil a nejsou pouhou teorií, avšak nauka a praxe používají jak název princip, tak i název teorie jako synonyma.

společnost své skutečné sídlo, dosud reprezentovalo a částečně dále reprezentuje právo Spolkové republiky Německo (dále jen „SRN“).

Dvě různé změny „sídla“ je nutné rozlišovat. Na jedné straně jde o přemístění skutečného sídla, to znamená efektivního centra řízení (v SRN sídlo správy společnosti – *Sitz der Hauptverwaltung*). Tímto vzniká formálně zahraniční společnost s důsledky s tím spojenými. Na druhé straně stojí přemístění sídla zapsaného, tedy statutárního<sup>5</sup> (v terminologii komunitárního práva či německého práva – *Satzungssitz*), které představuje změnu stanov společnosti či-li společenské smlouvy. Při řešení otázky, zda a za jakých podmínek je možné přemístit sídlo společnosti z jednoho státu do druhého, se rozdíl mezi oběma principy určování osobního statutu společnosti očividně vyskytují. V tomto případě vyvstává otázka přípustnosti takové operace, kontinuity právnické osoby a změny osobního statutu.

Garantování volného usazování „*de iure*“ a omezení svobody „*de facto*“ jsou k sobě ve vztahu „*vis a vis*“. Tento rezultat vyplývá z práva používaného hlavně ve státech, kde platí princip sídla. Zřejmé problémy přetrvávají v důsledku i nadále existujících rozporů mezi právními úpravami jednotlivých států a snahou Soudního dvora spočívající v prohloubení unifikačního úsilí mezi členskými státy. Od toho se odvíjejí nejrůznější navazující tematické okruhy.

Při rostoucí globalizaci a internacionalizaci obchodních vztahů spolu četné firmy a megakorporace soutěží nejen na celoevropském, ale *de facto* i na celosvětovém trhu. Rovněž právní systémy čelí této soutěži a požadavkům, jež si moderní ekonomické vztahy vynucují. Zároveň tyto systémy ovlivňuje harmonizační snaha komunitárního práva.

Působení právnických osob, zřízených k podnikatelské činnosti, ve Společenství umožňuje celoevropská ekonomika a integrace hospodářství členských států Evropské unie (dále jen „EU“). Předpokladem oprávnění k zahájení této činnosti je sídlo, ústřední správa nebo hlavní místo podnikatelské činnosti v některém z členských států (existence úzkého vztahu k uvedenému státu).

Otázka, jaké kritérium platí pro určení práva rozhodného pro tu nebo onu společnost, není v primárním komunitárním právu výslovně upravena. Důležitou oblast a výchozí otázku tvoří uznání zahraničních společností. Právnické osoby představují právní formu – existují v určitém právním řádu, který upravuje jejich vznik, změny a zánik. Přitom vycházel ESD ve svých dřívějších rozhodnutích z názoru, že tyto společnosti mimo jednotlivý (individuální, daný) právní řád prakticky neexistují. Z toho důvodu není možné jednou udělenou způsobilost k právům a povinnostem převést obdobně do jiného státu.

Při styku a zacházení se zahraničními obchodními společnostmi si klademe otázku akceptace společností ve vnitrozemí. Rozhodnutí ESD ve věci společností *Daily Mail*, *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, *Lasteyrie du Saillant*, *Cartesio* a dalších<sup>6</sup> přinesla určitá upřesnění, ale také další okruh otázek, které hlavně v SRN, státě, který se dosud výlučně řídil principem sídla, vedly k širší diskusi o uplatňování svobody usazování obchodních společností. Volba minulého

<sup>5</sup> Český zákon č. 627/2004 Sb., o evropské společnosti, hovoří ve svém ust. § 7 o „zapsaném sídle“.

<sup>6</sup> Dále Část VII., Díl 5.

času v předchozí větě již naznačuje určitou změnu v aktuální a budoucí aplikaci právního principu sídla ze strany SRN, která v důsledku vede k obnovení používání tohoto principu.

Německé právo v mezidobí zastává názor akceptace osobního statutu zahraničních obchodních společností, které byly založeny v domovském státě v souladu s předpisy platícími ve vnitrozemí a které tam požívají způsobilost k právům a povinnostem. Z toho vyplývá i akceptace způsobilosti k právům a povinnostem ve vnitrozemí. Tím se řídí i vnitřní právní poměry společnosti, stanovy, právní poměry mezi společníky a vedením společnosti dle jednotného práva jejího domovského státu. Německý nejvyšší spolkový soud (BGH) rozhodl, že zahraniční právo určuje, za jakých podmínek právnická osoba vzniká, existuje a také se likviduje.<sup>7</sup> Formální akt akceptace pro tento případ nutný není, spíše se způsobilost k právům a povinnostem, která byla v zahraničí nabyta, akceptuje bez dalších výhrad. Tento právní obyčej automatické akceptace zahraničních společností vede k problematice tzv. pseudozahranických společností (v SRN tzv. *Scheinauslandsgesellschaften*). Řešením této otázky se zabývaly jak Soudní dvůr, tak v první řadě německé soudy (jejichž činnost je v této práci zohledněna). V souvislosti s výše uvedenou změnou názoru jak německého zákonodárce, tak i německé judikatury se nedá přehlédnout rozlišování v případech odstěhování společnosti do zahraničí a přistěhování ze zahraničí a v otázkách s tím souvisejících. V následujícím textu budou zohledněny.

Na druhé straně inkorporační princip, který se považuje za princip liberální, demokratický, který respektuje svobodnou autonomní vůli stran společenské smlouvy,<sup>8</sup> není zároveň do dnešního dne tím principem, který by se již ve Společenství výrazněji prosadil.

Tak i v českém právu inkorporační princip neplatí bezvýjimečně. Obzvláště z českého ObchZ vyplývá podmíněná možnost přemístění sídla společnosti. Jak tato práce následovně zdůrazní, nachází se jak aplikace inkorporačního principu v České republice, tak aplikace principu sídla ve Spolkové republice Německo obzvláště v současné době v pohybu. Dá se zastávat názor, že se oba státy zřejmě přibližují ohledně aplikace a výkladu obou principů.

Tato práce se zabývá analýzou stavu svobody usazování obchodních společností a koncentruje se na území České republiky a Spolkové republiky Německo. Jsou-li české i německé společnosti v totožné situaci na území Společenství, musí jim být zajištěny stejné podmínky pro realizaci jejich svobod. Práce sleduje a zohledňuje pozorovatelnou zvýšenou dynamiku reforem v oblasti obchodního práva a mezinárodního práva soukromého ve Spolkové republice Německo.

Tato dynamika je odůvodňována nejenom jako následek evropského unifikačního úsilí, jehož jsme dnes svědky, ale také úmyslem obstát v soutěži evropských právních řádů a s tím souvisejících hospodářských zájmů a docílit tak atraktivity pro zahraniční investory.<sup>9</sup> Cíle jako zatraktivnění forem společností především pro malé a střední podnikatele na domácím trhu, umožnění pružných reakcí na potřeby podnikatelské praxe a tím zohlednění globalizovaných kapitálových trhů podmiňují znázorněný vývoj jak příslušného českého, tak i německého práva.

<sup>7</sup> Srov. rozhodnutí BGH, Urteile vom 29. 1. 2001, 18. 2. 2002 a 1. 7. 2002.

<sup>8</sup> Pauknerová, M., *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*, Karolinum, Praha 1998, str. 72.

<sup>9</sup> O prvních pokusech moderní unifikace práva můžeme mluvit na sklonku 19. století, kdy mimo jiné vzniká Haagská konference soukromého práva, která v oblasti mezinárodního práva procesního přináší první ovoce, srov.

Tichý, L.: *Unifikace soukromého práva v EU a naše kodifikace*, *Právní rozhledy*, č. 6/2005, str. 11.

## Část I. Obecné souvislosti

### Díl 1 Pojmy a prameny

**Právo Evropských společenství** se považuje za právo komunitární.<sup>10</sup> Komunitární právo chápeme jako soubor právních norem zaměřených na vznik a fungování společného trhu členských států Evropských společenství, jakož i hospodářské a měnové unie.<sup>11</sup> Komunitární právo zavazuje členské státy a vnitrostátní subjekty, a to přednostně před jejich národními právními řády včetně ústavních pravidel.<sup>12</sup> Pro komunitární právo je charakteristické, že nebere ohled na rozlišování práva soukromého a veřejného a mnohdy zanedbává i rozlišení aktu individuálního a normativního.<sup>13</sup> Čl. 2 a 3 Smlouvy o Evropském společenství (dále jen "SES") zdůrazňují cíle Evropského (hospodářského) společenství (dále jen „Společenství“) týkající se vytvoření společného trhu a podpory harmonického, vyváženého a udržitelného rozvoje hospodářských činností.

Čl. 3 odst. 1 písm. c) SES dále konkretizuje společnou obchodní politiku a vnitřní trh, který se vyznačuje odstraněním překážek volného pohybu zboží, osob, služeb a kapitálu mezi členskými státy. Tentýž článek ovšem také v odst. 1 zmiňuje systém zajišťující, aby na vnitřním trhu nebyla narušována hospodářská soutěž.

Tzv. „Lisabonská agenda“ z roku 2000 zvýšila integrační cíle, které jsou definovány v SES jako zřízení společného trhu a hospodářské unie, a dosud se zaměřovala na dosažení vysokého stupně konkurenceschopnosti a konvergence hospodářských výkonů. Od roku 2000 byla tato kvalifikační kritéria ještě navýšena a mají ambici dosáhnout nejkonekurenceschopnějšího hospodářského prostoru na světě. Jestli se zdá tento cíl reálně dosažitelný z pohledu roku 2009, činí další nezodpovězenou otázku v rámci této práce. Na co čl. 2 a 3 SES v zásadě klade důraz, je požadavek výrazně zkvalitnit právní systémy členských států a evropské právo samé.

Článek 2 SES demonstuje předpoklady pro zřízení společného trhu, který se uskutečňuje zavedením vnitřního trhu. Vnitřní trh umožňuje jednání v prostoru bez hranic a funguje prostřednictvím základních principů obsažených v SES. Zaručuje se tím volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu dle ustanovení SES.

Právní úprava společností podléhá oblasti komunitárního práva, a to práva Evropského společenství, neboť úzce souvisí s fungováním vnitřního trhu.<sup>14</sup> Závazky spojené se základními svobodami se odvíjejí od smluv, kterými členské státy EU přenesly příslušnou kompetenci z úrovně států na úroveň EU, popř. ji podřídily mezistátní spolupráci.

Principy vyplývající z tzv. primárního práva se koncentrují do hlavních svobod, jež jsou pro založení a zajištění vnitřního trhu stěžejní. Mimo svobody volného pohybu kapitálu, zboží a služeb umožňuje primární právo také volný pohyb osob. Z čl. 43 ve spojení s čl. 48 SES

<sup>10</sup> Dědič, J., Čech, P., *Evropské právo společností*, Praha 2004, str. 9.

<sup>11</sup> Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R.: *Evropské právo*, C.H.Beck, Praha 1999, str. 20.

<sup>12</sup> Pelikánová, I.: *Obchodní právo*, 1. díl, ASPI, Praha 2005, str. 154.

<sup>13</sup> Pelikánová, I.: *Obchodní právo*, 1. díl, ASPI, Praha 2005, str. 169.

<sup>14</sup> Dědič, J., Čech, P.: *Evropské právo společností*, Bova Polygon, Praha 2004, str. 9.



vyplývají významné důsledky pro právnické osoby. V tomto směru sehrál pro společnosti klíčovou roli volný pohyb osob (čl. 43 SES), který se u společností projevuje jako svoboda usazování (čl. 48 SES). Ta hraje klíčovou roli v dalším zkoumání v rámci této práce.

**Svoboda usazování** (v SRN – *Niederlassungsfreiheit*) je jednou ze čtyř základních svobod tvořících základ vnitřního trhu Evropského společenství. U fyzických osob se tato svoboda projevuje jako „volný pohyb osob“. Svoboda usazování obsahuje právo zahájení a provozování samostatné výdělečné činnosti a právo zřizovat a řídit podniky, zejména společnosti, za podmínek stanovených pro vlastní státní příslušníky právními předpisy státu, kde dochází k usazení<sup>15</sup> (srov. také čl. 43 až 48 Smlouvy o založení Evropského společenství). Další obsah se ale dá vyvodit z judikatury ESD. Podle ustanovení SES a judikatury ESD se pod svobodou usazování rozumí „výkon hospodářské činnosti prostřednictvím stálého zařízení (podniku) v jiném členském státě na neurčitou dobu.“<sup>16</sup>

Svoboda usazování se rozlišuje na tzv. primární a sekundární právo usazování. Primární svobodou usazování se rozumí možnost státních příslušníků jednoho členského státu „usadit se“ v jiném členském státě za účelem provozování trvalé hospodářské činnosti, tj. zřídit v tomto státě své hlavní sídlo. Sekundární svoboda usazování zahrnuje právo zřizovat v jiném členském státě dceřiné společnosti, zastoupení či pobočky.

Základní koncept podle SES je široký a umožňuje oprávněným osobám participovat na ekonomickém životě členského státu odlišného od státu původu. Jedno odlišující kritérium svobody usazování oproti volnému pohybu služeb se ukazuje v chápání usazování jako činnosti trvalého charakteru<sup>17</sup>, a to začleněním osoby využívající této svobody do hospodářského života státu usazení.

Harmonizační obsah naplňující pojetí svobody usazování je již pozorovatelný v rozsudcích ESD.

**Dceřiné společnosti** jsou samostatnými právními subjekty, které však pravidelně určitým způsobem řídí mateřská (zahraniční) společnost. Oproti tomu jsou pobočky (odštěpné závody - *Zweigniederlassungen*) právně nesamostatné subjekty, tj. nemají právní subjektivitu, ale lze říci, že mají určitou „místní“ samostatnost, navenek samostatné vedení a vlastní účetnictví.

Z čl. 43 SES vyplývá, že omezení svobody usazování pro příslušníky jednoho členského státu na území státu druhého jsou zakázána. Taktéž zakázána jsou omezení při zřizování zastoupení, poboček nebo dceřiných společností příslušníky jednoho členského státu na území druhého státu (tzv. sekundární svoboda usazování). Zde platí zákaz diskriminace příslušníků jiných členských států EU.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Pauknerová, M.: Právo ES a jeho vliv na kolizní úpravu obchodních společností v českém právu, Sborník č. 34, Šturma, P., Ondřej, J. (eds.): Ekonomické a právní aspekty podnikání v EU a ochrana lidských práv, Beroun 2007, str. 218.

<sup>16</sup> Srov. rozsudek ESD, č. C-221/89 „*The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and others*“, odst. 20.

<sup>17</sup> Srov. rozsudek ESD č. 33/74 „*van Binsbergen*“, Sb.SD 1974, str. 1299.

<sup>18</sup> Srov. rozsudek ESD č. 2/74, „*Reyners*“, Sb.SD 1974, str. 631; rozsudek ESD č. C-213/89, „*Factortame I*“, Sb.SD 1990, str. 2433; rozsudek ESD, č. C-221/89, „*Factortame II*“, Sb.SD 1991, str. 3905; rozsudek ESD č. C-246/89, „*Factortame III*“, Sb.SD 1991, str. 4585.

**Právo obchodních společností** členských států je předmětem rozsáhlé harmonizace prostřednictvím sekundárního práva ES. Cílem této harmonizace je zajištění základního standardu pro bezproblémové mezistátní působení obchodních společností. Nezanedbatelné rozdíly však vyloučeny nejsou, což pak umožňuje soutěž jednotlivých druhů obchodních společností členských států.

Právo ES rovněž umožňuje zřizovat evropské právní formy vhodné pro hospodářské činnosti. Právo některých členských států dovoluje usídlování obchodních společností zřízených podle cizího práva. Přemístění sídla nebo ústřední správy obchodní společnosti mohou členské státy podmiňovat splněním požadavků sledujících důležité veřejné zájmy, např. řádné placení daní. Členské státy nesmějí znemožňovat působení společností, jež ve svém domovském státě působí pouze formálně (rozhodnutí Soudního dvora ve věci *Centros*).

Podnikání obchodních společností jiných členských států se zrovnoprávňuje s podnikáním domácích obchodních společností. Dopadají na ně stejné správní, hospodářské, daňové, pracovní a další právní předpisy hostitelského členského státu, vše na základě zákazu diskriminace. Podobně jako u pracovníků a samostatně výdělečně činných občanů členských států může hostitelský/zahraniční stát vyhradit domácím obchodním společnostem činnosti spojené s výkonem veřejné moci.

Vymezení termínu „obchodní společnost“ není bezproblémové, ohlédneme-li se na historický vývoj užití přívlastku „obchodní“, které není ve všech zemích Společenství úplně jednotné. Ale i v jednotném právním systému nelze fakticky stanovit znaky, které by bezvýjimečně dopadaly na všechny formy obchodních společností.

Obchodní společnosti vymezuje ust. § 56 odst. 1 ObchZ jako právnické osoby založené za účelem podnikání, nestanoví-li právo Evropských společenství nebo zákon jinak. Společnostmi se rozumějí společnosti založené podle občanského nebo obchodního práva včetně družstev a jiné právnické osoby veřejného nebo soukromého práva s výjimkou neziskových organizací. Společnostmi jsou veřejná obchodní společnost, komanditní společnost, společnost s ručením omezeným, akciová společnost, evropská společnost a evropské hospodářské zájmové sdružení. Vedle toho, že obchodní společnost je právnickou osobou, je také podnikatelem, neboť se vždy zapisuje do obchodního rejstříku (§ 34 odst. 1 písm. a) ObchZ).<sup>19</sup>

Německý HGB ani takový výčet obchodních společností v jednom paragrafu nezná. Pouze ust. § 6 odst. 1 HGB odkazuje všeobecně, že právo týkající se obchodníků se aplikuje na obchodní společnosti. Německé právo chápe jako obchodní společnost následující společnosti: AG, KGaA a GmbH<sup>20</sup>, které jsou jako právnické osoby vybavené vlastní právní způsobilostí (tak i SE dle čl. 9 odst. 1 písm. c) SE-VO ve spojení s § 3 AktG). V ustanovení HGB nacházíme vymezení dalších obchodních společností jako například OHG<sup>21</sup> nebo KG<sup>22</sup>, dále i GmbH & Co. KG a

<sup>19</sup> Srov. Eláš, K., Bartošiková, M., Pokorná, J.: Kurs obchodního práva, C.H.Beck, 5. vydání, 2005, str. 6.

<sup>20</sup> § 13 odst. 3 GmbHG, „Die Gesellschaft gilt als Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches.“ a dále § 3 odst. 1 AktG, „Die Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht im Betrieb eines Handelsgewerbes besteht.“

<sup>21</sup> § 105 odst. 1 HGB, „Eine Gesellschaft deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn bei keiner der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist.“

<sup>22</sup> Srov. v případě KG § 161 odst. 2 HGB a násl.

EWIV.<sup>23</sup>

Jak z českého, tak z německého obchodního zákoníku se dá vyrozumět, že obchodní společnost je právnickou osobou, která je založena v některé zákonem upravené formě za účelem podnikání. Podnikáním se podle ust. § 2 odst. 1 ObchZ rozumí soustavná činnost vykonávaná samostatně podnikatelem vlastním jménem, na vlastní odpovědnost a za účelem dosažení zisku. Tímto jsou jak všechny české obchodní společnosti, tak německé obchodní společnosti zásadně společnostmi ve smyslu čl. 48 SES.

Výjimku z výše uvedeného může tvořit pouze akciová společnost či společnost s ručením omezeným, pokud by byly založeny za jiným účelem, než je podnikání. Tuto možnost poskytuje § 56 ObchZ. Co se týká podnikatelského účelu jako definičního znaku obchodní společnosti, je nutné brát na vědomí, že to platí v první řadě jen pro veřejnou obchodní společnost a komanditní společnost. Jinak je tomu u společnosti s ručením omezeným a u akciové společnosti. Ustanovení § 56 odst. 1 ObchZ umožňuje založení těchto společností i za jiným než podnikatelským účelem (například za účelem charitativní, vědecké a výzkumné činnosti apod.).<sup>24</sup> V SRN svědčí ust. § 52 AO (*Abgabenordnung* – daňový řád) o tom, že obchodní společnosti mohou mít i jiný než podnikatelský účel, totiž neziskový, což má v první řadě jen vliv na daňové zařazení dotyčné společnosti.

Nejsou vyloučeny ani jiné subjekty veřejného či soukromého práva, pokud mají právní subjektivitu a jejich účelem nebo alespoň jedním z účelů je dosahování zisku.

Pro vznik obchodní společnosti je nutné splnit v zákoně uvedené formální náležitosti. Přitom má podle českého práva obchodní společnost vždy postavení podnikatele v souladu s ust. § 2 odst. 2 písm. a) ObchZ, a to i v případě, že nepodniká, ale má jiný předmět činnosti.<sup>25</sup> V německém obchodním právu staví ust. § 6 HGB obchodní společnosti na roveň s podnikateli, pokud jde o aplikaci právních předpisů.

Většina autorů, kteří se zabývají právem obchodních společností, vychází ze základního poznatku, že se v případě obchodních společností jedná o sdružení osob na základě smlouvy,<sup>26</sup> a přitom zastávají názor, že se jedná o sdružení soukromoprávní povahy. V množství případů sdružení vzniklých na základě smlouvy se dále vychází z výdělečného účelu, tedy z podnikání. Z ust. § 2 odst. 1 ObchZ se dá vyvodit, že podnikání je taková činnost, která je provozována soustavně, samostatně, vlastním jménem, na vlastní odpovědnost a za účelem dosažení zisku.

Základní třídění obchodních společností je dále určeno osobní nebo kapitálovou účastí společníků na činnosti společnosti. Německé právo ale například pro veřejnou obchodní společnost vkladovou povinnost neukládá.

Jak v českém, tak i v německém právu se dále rozlišují tradičně družstva a obchodní společnosti.

<sup>23</sup> Partnerschaftsgesellschaft není obchodní společnost, i když ve velké míře používá právo OHG, tak Westphalen, F, Graf v., Röhricht, V.: HGB-Kommentar, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln § 6 odst. 3, 5, 10.

<sup>24</sup> Srov. Eliáš, K., Bartošiková, M., Pokorná, J.: Kurs obchodního práva, C.H.Beck, 5. vydání, 2005, str. 6.

<sup>25</sup> Pelikánová, I., Černá, S.: Obchodní právo 2, Praha 2006, str. 57.

<sup>26</sup> Pelikánová, I., Černá, S.: Obchodní právo 2, Praha 2006, str. 38; Malovský-Wenig, A.: Příručka obchodního práva, Praha, 1947, str. 176; Pokorná, J.: K některým otázkám obchodních společností, Brno, 1993, str. 7; Pokorná, J.:

Zde je pojmovým znakem obchodní společnosti také uzavřený počet členů.<sup>27</sup> Pro družstva není jednoznačně stanoveno, zda jsou, nebo nejsou obchodními společnostmi. Podle ust. § 56 ObchZ se družstva za obchodní společnost nepovažují. Avšak družstvo je právnickou osobou.<sup>28</sup> Taktéž to je i v německé zákonné úpravě, což vyplývá již z právní systematiky, podle které se družstva nezapisují do obchodního rejstříku, ale do družstevního rejstříku (*Genossenschaftsregister*).<sup>29</sup> V českém právu se družstva obligatorně zapisují do obchodního rejstříku (§ 34 odst. 1 písm. a ObchZ).

Zde je znovu patrné úzké navazování na prostor svobodného podnikání fyzických osob v ES a snaha evropského zákonodárce o přiblížení podmínek podnikání fyzických osob a podnikání ve společnosti.

Tážeme-li se, zda jsou družstva obchodními společnostmi, platí do jisté míry, že podobně jako kapitálové společnosti mohou kromě podnikání působit také v oblasti sociálních, kulturních a jiných potřeb vlastních členů. A nejsou-li družstva obchodními společnostmi, jak o tom svědčí úmysl zákonodárce a systematika ObchZ, jde o jiná sdružení, jejichž účelem je podobně jako u obchodních společností také podnikání<sup>30</sup> a dosahování zisku.

Vedle asociačního spojení alespoň 2 osob, které se tradičně chápe jako sdružení, je nutné uvést také tzv. jednočlenné společnosti. V rámci harmonizace práva členských států EU byla přijata 12. směrnice<sup>31</sup>, která ukládá, aby členské státy buď dovolily jednočlennou společnost s ručením omezeným, nebo aby upravily možnost vyčlenění majetku jednotlivce z jeho vlastnické sféry pro účely podnikání.

**Registrované společnosti** Velká část společností, obzvláště obchodní společnosti, se při svém založení zapisuje do veřejného rejstříku. Pravidelně se zápis uskutečňuje v místě statutárního sídla. Skutečností, která umožňuje seznámení se společností a často zakládá její právní způsobilost, je akt registrace.<sup>32</sup>

Pro společnosti, které se zapisují do rejstříku, pro které zápis ale není předpokladem vzniku – například u německé OHG – vyplývá, že při zápisu po vzniku společnosti v jiném státě než v tom, jehož právo je jako prvé rozhodující pro vznik společnosti, je nutná změna stanov. Tím se vyjadřuje vůle společníků, zápisem v jiném státě podřídít společnost jinému právu (dále také čl. 10d odst. 5 EGBGB).

Zpravidla bude mít společnost skutečné sídlo ve státě registrace, což ale není nutné. Při navazování na místo registrace je bez významu, když má společnost efektivní sídlo v jiném státě

---

Obchodní společnosti pro novelizaci obchodního zákoníku, Praha, 1997, str. 12.

<sup>27</sup> Pelikánová, I.: Obchodní právo 2, ASPI, Praha 2006, str. 39.

<sup>28</sup> Srov. Eláš, K., Bartošiková, M., Pokorná, J.: Kurs obchodního práva, C.H.Beck, 5. vydání, 2005, str. 394, pro SRN srov. také ust. § 17 GenG.

<sup>29</sup> Westphalen, F., Graf v., Röhrich, V.: HGB-Kommentar, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, § 6 odst. 7.

<sup>30</sup> Pelikánová, I., Černá, S.: Obchodní právo 2, ASPI, Praha 2006, str. 43, 44.

<sup>31</sup> Srov. 12. směrnice č. 89/667/EHS z 21.12.1989 o společnostech s ručením omezeným o jednom společníkovi.

<sup>32</sup> Sonnenberger, H. J.: Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, str. 21.

nebo jej tam přemístí.

Navazování na místo registrace není vhodné u společností, které se neregistrují. Taktéž je nutné přihlídnout k případům, ve kterých se předpokládá registrace, ale dosud neproběhla, například u tzv. *původních společností (Vorgesellschaften)* ve smyslu německé terminologie, popřípadě u německých *Offene Handelsgesellschaften* – veřejných obchodních společností.

Dle hmotného práva existují též společnosti s vnější viditelnou organizací společnosti, které však ve skutečnosti takovou organizaci nemají, nýbrž se jeví jako pouhý závazkový vztah. Vystupování společníků navenek zásadně nehraje roli, spíše má význam důkazní. Z vystupování navenek je možné zpětně usuzovat na existenci organizace. To ale nebrání společnosti, aby předložila důkaz, že je organizovaná dle jiného práva. Pro případ nesouladu ve vystupování společnosti navenek s vnitřní organizací je třeba odkázat na vnější vystupování za účelem ochrany dobré víry třetích osob.

Není-li možné zjistit organizaci společnosti, je nutné navazovat na smluvní právo. K navazování dle smluvního práva se přikročí tehdy, když neregistrovaná společnost nemá organizaci a tímto existuje jen závazkově právní smlouva.<sup>33</sup>

Případy neregistrovaných společností (*Vorgesellschaften*) jsou z německého práva známé jako *Vorgründungsgesellschaften*. Při určení povahy nově zakládané společnosti má žádoucí statut společnosti rozhodující význam. To pro původní společnost (*Vorgesellschaft*) bude pravidelně vyplývat ze zakladatelských dokumentů, statut se dá zjistit také z později provedeného zápisu (ještě neregistrované společnosti - *Vorgesellschaft*), naléhavý takový předpoklad ale není.

Pojem **právníká osoba** nacházíme jak v českém obchodním právu v ust. § 56 odst. 1 ObchZ, tak i v německém obchodním právu v ust. § 6 odst. 1 HGB. V mezinárodní obchodní praxi jsou právníké osoby nejvýznamnější vyskytující se subjekty práva. Na rozdíl od osob fyzických se zde jedná o umělé útvary, které se pojmově vytváří a kvalifikují jako subjekty pouze podle pozitivního práva určitého státu.<sup>34</sup> Český občanský zákoník vymezuje právníké osoby jako subjekty s majetkovou samostatností, se samostatnou právní subjektivitou a určitou organizační strukturou zahrnující především určení orgánů právníké osoby a vymezení jejich pravomocí (§ 18-21 ObčZ). Právníká osoba může tedy vlastním jménem nabývat práva a zavazovat se, může být žalobkyní i žalovanou v soudním řízení, může být účastníkem správního řízení atd.<sup>35</sup> Ustanovení § 18 ObčZ konkrétně vymezuje jako právníké osoby sdružení fyzických nebo právníkých osob, účelová sdružení majetku, jednotky územní samosprávy a jiné subjekty, o kterých to stanoví zákon.

V českém právu spadají pod útvary bez právní subjektivity zejména sdružení (*societas iuris civilis*, §§ 829-841 ObčZ) a tiché společnosti (§§ 673-681 ObchZ). České právo mezistupeň mezi právníkými osobami a útvary bez právní subjektivity nezná. Německé právo takové společnosti

<sup>33</sup> Sonnenberger, H. J.: *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, str. 22, 23.

<sup>34</sup> Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K.: *Právo mezinárodního obchodu*, Plzeň 2008, str. 53.

<sup>35</sup> Bartošíková, M., Štenglová, I.: *Společnost s ručením omezeným*, 2. vydání, C.H.Beck, 2006, str. 7.

s omezenou subjektivitou (*Teilrechtsfähigkeit*) zná, např. OHG. Podle ust. § 124 HGB může OHG pod svým obchodním jménem nabývat práva a sjednávat závazky, žalovat u soudu a být žalována.

Avšak je nutné upozornit na to, že pojmy právnická osoba či obchodní společnost jsou po léta již tradičním předmětem nejen zájmu, ale i sporů v rámci civilistiky a komercialistiky po celém světě.<sup>36</sup> Přesné vymezení pojmů právnická osoba a obchodní společnost je vždy věcí konkrétního právního řádu.<sup>37</sup>

Subjektem právních vztahů v mezinárodním obchodním styku jsou předně fyzické osoby, tzn. osoby přirozené, lidé.<sup>38</sup> V mezinárodním styku hrají subjekty různých států důležitou roli. Český právní řád a zahraniční právní řády upravují řadu otázek právního postavení subjektů odlišně. Količní normy určují rozhodné právo, jímž se postavení subjektů řídí. Právní řád, který upravuje otázky týkající se původního postavení osoby, se nazývá osobní statut.

Posouzení právní způsobilosti sdružení osob se obecně chápe jako problém statutu společnosti. **Statut společnosti** (také označován jako **osobní statut**) definuje právo rozhodné pro všechny právní poměry společnosti.<sup>39</sup> V oblasti pojmu osobní statut je možné se setkávat i s pojmem státní příslušnost právnických osob. Nedá se souhlasit s názorem, že právnické osoby nemají ani národnost ani státní příslušnost.<sup>40</sup> Svě místo nachází pojem státní příslušnosti v normách cizineckého práva.<sup>41</sup>

Osobní statut společnosti se vymezuje jako právní řád rozhodný pro posouzení právních otázek spojených s určitou osobou, tj. právní řád, kterým se řídí vznik osoby, její právní povaha, právní způsobilost této osoby včetně oprávnění jednat za osobu, její vnitřní vztahy, zčásti vnější vztahy, změna a zánik osoby a případně některé další otázky.<sup>42</sup> Právní požadavky na strukturální uspořádání společnosti, které mohou být shrnuty pod pojmem organizační řád, podléhají statutu společnosti.<sup>43</sup> Pod tyto požadavky na strukturální uspořádání spadají jmenování, složení a odvolání orgánů, jejich práva a povinnosti, znění a platnost organizačních rozhodnutí a vztahy společností, spolků a právnických osob ke členům, jakož i jejich vztahy mezi sebou (např. věrnostní povinnosti, ochrana menšinových společníků, práva spolupůsobení společníků apod.). Převod podílů společnosti podléhá jen do té míry statutu společnosti, pokud nejsou relevantní předpisy ostatních právních oblastí jako zejména právo cenných papírů, právo kapitálových trhů nebo formální předpisy. Tak se např. platnost právního nástupnictví po úmrtí společníka nekvalifikuje jako společensko-právní, nýbrž jako dědicko-právní.

Zrušení společnosti a její následující likvidace spadá rovněž pod statut společnosti. To se ale týká pouze soukromoprávní regulace. Tato regulace se nevztahuje na veřejné právo, ale ani na

<sup>36</sup> Srov. Knapp, V.: O právnických osobách, P 1995/10-11, str. 980-1001, Pelikánová, I.: Subjekty v obchodním právu, Právo a podnikání, 1993/2, str. 8-14; Eliáš, K.: Obchodní společnosti, Beck/SEVT, Praha 1994, str. 14-42.

<sup>37</sup> Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Karolinum, Praha 1998, str. 23.

<sup>38</sup> Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K.: Právo mezinárodního obchodu, Plzeň 2008, str. 49.

<sup>39</sup> Kindler, P. in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11, Verlag C.H.Beck, 4. Auflage, München 2004, IntGesR, odst. 331.

<sup>40</sup> Srov. blíže Pauknerová, M.: Státní příslušnost právnických osob, Právník 6, 1997, str. 473.

<sup>41</sup> Tak Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Karolinum, Praha 1998, str. 50.

<sup>42</sup> Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K.: Právo mezinárodního obchodu, Plzeň 2008, str. 56.

<sup>43</sup> Sonnenberger, H. J.: Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, Tübingen 2007, str. 30.

konkurzní právo.<sup>44</sup>

Statut společnosti určuje právní způsobilost společnosti a její způsobilost k jednání. Naproti tomu se otázky způsobilosti k procesně právním úkonům a způsobilost být účastníkem řízení neurčují statutem společnosti. Přitom se jedná o procedurální právní otázky, pro které platí vždy právo upravující řízení v místě soudu (*lex fori*).<sup>45</sup> Také firma obchodní společnosti podléhá statutu společnosti. K tomu se počítají především požadavky na tvorbu firmy a dodatky k ní označující právní formu, jakož i způsob psaní a zkratku firmy společnosti. Speciální požadavky na způsobilost zápisu určitých firem do obchodního rejstříku se řídí podle procesního práva (*lex fori*). Takto určený právní řád platí také pro změny, zajištění a následky porušení závazků.

Zvlášť se navazují soutěžně právní omezení výběru firmy a ochranné nároky, které mohou vzniknout při porušení firemního práva. Taktéž to je u způsobu určení práva rozhodného pro otázky soutěžního práva a případy, kdy dojde k porušení pravidel při použití firmy (obchodního jména).

Finanční statut se týká struktury kapitálu společnosti. K tomu patří především minimální kapitálové požadavky, jakož i požadavky na opatření kapitálu, zachování kapitálu, blokáda jeho výplaty a příspěvkové a doplatkové povinnosti společníků. Také problém, zda půjčka společníků by měla být chápána jako substitute vlastního kapitálu, představuje otázku finančního statutu a tím podléhá statutu společnosti.

Statut společnosti upravuje také institut jednání jménem společnosti. K orgánům oprávněným jednat jménem společnosti patří obecně ze zákona jednatel nebo jednatele, představenstvo nebo vedoucí podniku a dále takové osoby, kterým pouze pro určité zadané úkoly byla udělena plná moc k zastupování.<sup>46</sup>

Statut společnosti upravuje dále také otázky ručení společnosti za závazky. Stejně tak to platí pro vnější ručení členů orgánů a členů společnosti právě za tyto závazky. Ručení společnosti, jakož i členů jejích orgánů a společníků, se týká pouze závazků společnosti. Otázka, zda závazek společnosti existuje, je předběžná otázka, která se řídí podle stávajícího statutu závazků (obzvláště smluvního nebo deliktního statutu).<sup>47</sup> Otázky, jak se určí odpovědnost členů orgánů za porušení společenských povinností, je nutno konzultovat se společenskou smlouvou, respektive stanovami nebo ustanoveními zákona. Tyto otázky ručení podléhají statutu společnosti. Přitom jde především o vnitřní ručení členů orgánů mezi sebou vyplývající ze společenské smlouvy, resp. stanov nebo ze zákona.<sup>48</sup> Zohledněny jsou přitom také společenské povinnosti, které sledují účel ochrany třetích osob včetně ručení vůči nim.

<sup>44</sup> RabelsZ 70 (2006), 474 a násl.

<sup>45</sup> Tak i Speciální komise Německé Rady pro mezinárodní právo společností pod vedením prof. Sonnenbergera, jakož i v RIW příloha 1 k sešitu 4, duben 2006, str. 1,9.

<sup>46</sup> Srov. i Speciální komise německé Rady pro mezinárodní právo společností pod vedením prof. Sonnenbergera, jakož i v RIW příloha 1 k sešitu 4, duben 2006, str. 35.

<sup>47</sup> Srov. Speciální komise Německé Rady pro mezinárodní právo společností pod vedením prof. Sonnenbergera, jakož i v RIW příloha 1 k sešitu 4, duben 2006, str. 938.

<sup>48</sup> Srov. rozsudek ESD z 27.06.2000 ve EuZW 2000, 412, 413.

Povinnost k podání insolvenčního návrhu (žádosti), jakož i důsledky nesplnění této povinnosti, nemají společensko-právní, nýbrž insolvenčně-právní povahu. Tudíž se řídí ručení vedení podniku kvůli protahování platební neschopnosti dle konkurzního statutu.

Pro určování osobního statutu právnických osob se v právních řádech používají různé principy. K hlavním principům uplatňovaným v EU patří inkorporační princip a princip sídla.

## Díl 2 Analyzované principy určení osobního statutu společnosti

Základními principy určování osobního statutu jsou inkorporační princip a princip sídla. Oba principy se datují již do doby, kdy společnosti začaly rozvíjet svou činnost mimo území státu, v jehož rámci vznikly.<sup>49</sup>

### Oddíl 1 Inkorporační princip

V Evropské unii platí inkorporační princip kromě České republiky např. na Slovensku, v Maďarsku, Estonsku, Spojeném království, Irsku, Dánsku, Nizozemí a dalších státech.

Inkorporační princip určuje osobní statut právnické osoby podle práva státu, ve kterém byla založena (inkorporována). Je však nutné zdůraznit, že tento princip právní úpravy je vždy modifikován ve prospěch předpisů platných v místě, kde má společnost své faktické sídlo.<sup>50</sup> Podmínky stanovené v rámci tohoto principu jsou příznivé pro možnost přemístění sídla. Jestliže stát, v němž společnost založená v jiném státě působí a na jehož území umístila své skutečné sídlo, vychází z inkorporačního principu, bude tuto společnost posuzovat podle práva státu, ve kterém byla společnost založena. Osobní statut právnické osoby tak navazuje na právní řád státu, podle něž byla právnická osoba založena a ve kterém má tudíž své statutární sídlo. Případná změna skutečného sídla není z hlediska právního režimu relevantní. To bude znamenat, že stát určující osobní statut společnosti podle inkorporačního principu společnost uzná, aniž bude požadovat splnění předpokladů jejího vzniku podle vlastního práva. Inkorporační princip tedy umožňuje pohyb společností a to je rovněž přístup komunitárního práva, které prohlašuje volný pohyb osob mezi jednotlivými členskými státy za jeden ze základních principů. Již Wiedemann propagoval v této souvislosti známou větu „*Einmal anerkannt, überall anerkannt*“.<sup>51</sup> To znamená, že společnost, která byla jednou platně založena, může přemístit své sídlo do jiného státu, aniž by při tom ztratila svou identitu. V oblasti mezinárodních smluv je zakotven inkorporační princip zejména v Haagské úmluvě o uznávání zahraničních společností z roku 1956, Štrasburské úmluvě o usazování společností z roku 1966 nebo Úmluvě EHS o vzájemném uznávání společností a právnických osob z roku 1968. Historické kořeny má inkorporační princip (tehdy teorie) v Anglii 18. století. Jak rozvíjení hospodářských aktivit v zámořských územích a s tím spojená potřeba dostatečné ochrany anglických společností. Systém common law, který vychází z toho, že osoba se pohybuje nebo přemísťuje spolu se svým osobním statutem (což platí

<sup>49</sup> Tak Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Karolinum, Praha 1998, str. 71.

<sup>50</sup> Tak Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Karolinum, Praha 1998, str. 72.

<sup>51</sup> Wiedemann, H.: Gesellschaftsrecht, Band 1, Grundlagen, C. H. Beck, München 1980, str. 783.



pro osoby fyzické, tak pro osoby právnické), byl příznivý pro rozvoj inkorporačního principu.<sup>52</sup>

## Oddíl 2 Princip sídla

Princip sídla, který uplatňují mimo Spolkovou republiku Německo i Rakousko, Francie, Belgie, Portugalsko, Polsko, Řecko, Španělsko a další státy,<sup>53</sup> je založen na pravidle, že právnická osoba se řídí právem státu, ve kterém má sídlo, a to zásadně tzv. sídlo skutečné.<sup>54</sup> Pojem sídla nabývá mimořádné důležitosti ve vazbě na vztah sídla statutárního a sídla skutečného (v německé terminologii „*Verwaltungssitz*“ a „*Sitz der Hauptverwaltung*“).<sup>55</sup> Sídlem se přitom rozumí místo, kde společnost má svou hlavní správu, kde jsou umístěny její hlavní orgány nebo kde se nachází hlavní místo podnikání apod., tzn. místo, kde je vyvíjena nejdůležitější činnost společnosti. Rozhodující je tedy sídlo faktické, nikoli statutární. Vychází se z konstatování, že sídlem společnosti se obecně rozumí místo, kde je její hlavní místo podnikání a odkud je řízena. Toto místo je uvedené ve stanovách a ohlašuje se při registraci v obchodním rejstříku. Statutární (zapsané) sídlo je tímto odvozeno od skutečného sídla společnosti a pouze se předpokládá soulad obojího. Tato presumpce je vyvratitelná. Je tedy patrné, že princip sídla je založen na režimu skutečného sídla, čímž se při nedostatku důkazů opaku rozumí sídlo registrované (statutární).

V případě přesunu sídla společnosti do jiného členského státu, než kde má společnost zapsané sídlo, by musela tato společnost splnit podmínky práva tohoto členského (hostitelského) státu. To znamená, že by musela být znovu založena podle tohoto práva z toho důvodu, že se jím bude řídit. Osobní statut společnosti bude vázán na právo členského státu skutečného sídla. Princip sídla tak zakládá negativní stanovisko k možnosti přesunu sídla.

Jinak také toto kritérium sídla znamená, že právnická osoba musí mít ve státě, ve kterém byla založena a jehož právem se řídí, také své skutečné sídlo. Pro doktrínu členských států vycházejících z principu sídla je stěží přijatelná představa, že právnická osoba by přemístěním sídla přenesla svůj osobní statut, a tedy i působení určitého souboru cizozemských právních norem, do hostitelského státu. Právo hostitelského státu právní formu zahraniční osoby nezná, přemístěním do sféry jeho působení tudíž tato osoba onu formu musí ztratit a má-li existovat, pak musí nabýt formy známé právu hostitelského státu.

Již v polovině 19. století se princip sídla začal prosazovat především ve Francii a v Německu. Ve Francii byl zastáván názor, že je potřebné navazovat nikoli na statutární sídlo, nýbrž na skutečné sídlo společnosti.<sup>56</sup> Německá judikatura zdokonalila princip sídla co se týče možností vykonávat kontrolu nad společnostmi, které vyvíjely svou hlavní činnost na německém území, aby mohla předcházet zneužívání autonomie vůle stran.<sup>57</sup>

<sup>52</sup> Srov. Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Karolinum, Praha 1998, str. 71-72.

<sup>53</sup> Přehled států následujících princip sídla a inkorporační princip u Neumeier, ZVglRWiss 1984, 133 a násl.

<sup>54</sup> Michalski, L.: Grundzüge des internationalen Gesellschaftsrechts, NZG, 1998, S. 762, Großfeld in Staudinger, J., Großfeld, B., Kommentar zum BGB mit EG und NebenG, 1998, IntGesR, odst. 17, 18.

<sup>55</sup> Behrens, P.: Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseeing Urteil des EuGH und den Schlußanträgen zu Inspire Art, IPRax 2003, str. 193, Großfeld, B. v Staudinger, J., Großfeld, B., 1998, IntGesR, Kommentar zum BGB mit EG und NebenG, 1998, IntGesR odst. 226.

<sup>56</sup> Srov. Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Karolinum, Praha 1998, str. 81.

<sup>57</sup> Tak Wiedemann, H.: Gesellschaftsrecht, Band I, Grundlagen, C. H. Beck, München 1980, str. 784.

## Část II. Výchozí situace v oblasti svobody usazování obchodních společností na příkladech právní úpravy ve Spolkové republice Německo a v České republice

### Díl 1 Účinky zohlednění různých principů a teorií určování osobního statutu společností z hlediska srovnání

#### Oddíl 1 Inkorporační princip a princip sídla

Spor mezi stoupenci principu sídla a těmi, kteří zastávají princip inkorporační, má charakter jak národní, tak i mezinárodní. Při rozhodování o směrodatném způsobu určování osobního statutu společnosti si stojí princip sídla a inkorporační princip *vis a vis*.

Inkorporační princip podřizuje společnost kogentním ustanovením právního řádu, ve kterém vznikla,<sup>58</sup> nezávisle na tom, zda existuje návaznost na stát, v němž byla založena. Statut společnosti se tímto určuje podle zakladatele.<sup>59</sup> Z toho vyplývá jednoduché a rychlé určení osobního statutu společnosti, které navíc vede k právní jistotě pro účastníky příslušných právních vztahů. Při přemístění sídla společnosti v případě, kdy stát odstěhováním a stát přistěhováním zastává inkorporační princip, nenastává změna statutu a společnost existuje i nadále. Tímto se zachovává právní subjektivita společnosti i v případě přemístění sídla do jiného státu. Tato liberální praxe uznávání zahraničních společností vede k rychlejšímu rozvoji mezinárodních obchodních vztahů.

Z inkorporačního principu se dá dovodit, že na základě tohoto principu platí „jednou uznán - všude uznán“. Právní způsobilost společností účinně založené v jednom státě, kde má svou právní způsobilost, musí být akceptována v každém jiném státě, a to až k hranici, kterou stanoví *ordre public*. Z těchto důvodů se inkorporační princip považuje za liberální a demokratický princip.

Na druhé straně je inkorporační princip způsobilý zahájit i určitou konfusi, která vzniká při spojení pravidel různých právních řádů. K tomu může docházet např. tehdy, pokud do státu, vycházejícího z inkorporačního principu přemístí z jiného státu své sídlo společnost, jejíž formu a strukturu právní řád jejího nového sídla nezná.

V českém právu je představitelný případ, ve kterém na základě ust. § 26 ObchZ přemístí své sídlo do České republiky společnost, kterou český obchodní zákoník nezná, např. Ltd. ze Spojeného království. Podle ust. § 26 odst. 3 ObchZ se vnitřní právní poměry této společnosti řídí právem, podle něhož byla založena. Avšak podle téhož ust. § 26 odst. 3 ObchZ nesmí být ručení společníků nebo členů nižší, než stanoví české právo pro tutéž nebo obdobnou formu právnické osoby.

Tímto dojde ke všeobecně nevídanému štěpení osobního statutu, protože společnost se tak bude současně řídit dvěma právními řády.<sup>60</sup> V německém právu se tato situace „překrytí“ či „diferenciace“, ve které otázka způsobilosti se řídí právním řádem inkorporace společnosti,

<sup>58</sup> Großfeld, B in von Staudinger, J.: Kommentar zum BGB mit EG und NebenG, EGBGB-IPR Internat.GesR, odst. 19.

<sup>59</sup> Knobbe-Keuk, B.: Umzug von Gesellschaften in Europa, č. 154 ZHR 1990, str. 325 – 334.

<sup>60</sup> Srov. Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Karolinum, Praha 1998, str. 80.

zatímco v ostatních otázkách je rozhodný právní řád sídla této společnosti, nazývá „Normenmix“.<sup>61</sup>

Princip sídla pramení v podstatě z tzv. „Delaware efekt“, což je v dnešní praxi již terminus technicus. Zde se vychází ze zvláštnosti v úpravě obchodních společností v USA, kterou představuje *Delaware general Corporation Law* (právní řád amerického státu Delaware).<sup>62</sup> Tato úprava je velmi stručná a liberální, týká se obchodních společností státu Delaware, je však používána řadou obchodních společností působících po celých USA.<sup>63</sup>

Z tohoto komplexu vycházely dlouholeté obavy z tzv. „race to the bottom“, to znamená dostihy zákonodárců k nejnižším standardům, tedy nejmínějším požadavkům na právní úpravu společností. To znamená, že by společnosti, která založila sídlo své hlavní správy ve vnitrozemí, byla přiznána způsobilost k právům a povinnostem a způsobilost být účastníkem řízení, přestože tato společnost nevyhoví určitým vnitrozemským standardům, jejichž splnění se obligatorně vyžaduje.

Praxe minulých let ukázala, že takto potírané delawarské společnosti se hrozily prosadit v SRN, a jak ukazuje aktuální vývoj práva, zdánlivě se prosadily.

V souvislosti s diskuzí o tzv. „laciných společnostech - *Billigesellschaften*“, k jejichž aktivním zástupcům v SRN patří zejména „*private company limited by shares*“ (dále jen Ltd.), se vyvinul pojem tzv. „pseudo-zahraniční společnosti“ (*Scheinauslandsgesellschaften, pseudo-foreign corporation*).<sup>64</sup>

Zakládání takových laciných společností vyvolalo v SRN v posledních letech takřka faktický boom. Přes četná varování se Ltd. stala v SRN v letech 2003 až 2007 hromadným jevem. Opačná strana mince se ale ukázala již koncem roku 2007. Na množství rychle a (domněle) levně založených Ltd. musel být prohlášen konkurz.

V souvislosti s výrazem „race to the bottom“ se vyvinul i výraz „race of laxity“, který použil poprvé soudce Brandeis a tímto odkazoval na závod o předpisy kterého státu budou vůči společnostem laxnější z hlediska přísnosti zákonných požadavků.

Princip sídla aplikuje právo státu, ve kterém společnost skutečně provádí svou činnost.<sup>65</sup> Tímto se dokumentuje dostatečně úzký vztah k regulované materii. Proto je žádoucí, aby měl stát sídla pozici „strážního úřadu“ pro právní útvary povolené na svém výsostném území. Princip sídla se zde chápe jako ochranná teorie. Příjemci ochranných výhod principu sídla jsou vnitrostátní

<sup>61</sup> Srov. například Großfeld, B in von Staudinger, J.: Kommentar zum BGB mit EG und NebenG, EGBGB-IPR Internat. GesR, str. 15 a násl.

<sup>62</sup> Prvním předpisem liberální úpravy v USA byl však zákon o společnostech ve státě New Jersey z r. 1896, který především legalizoval vytváření holdingových společností, srov. Paukerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Karolinum, Praha 1998, str. 75.

<sup>63</sup> Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kolektiv: Obchodní zákoník, komentář, 12. vydání, C. H. Beck, 2009, § 26.

<sup>64</sup> Také Sandrock, O.: Ein amerikanisches Lehrstück für das Kollisionsrecht der Kapitalgesellschaften, RBZ 1978, str. 227-265, pojem *pseudo-foreign corporation* se používal poprvé v případě *Western Airlines Inc. v. Sobieski*, 191 Cal. App. 2d 399, 12 Cal. Repr. 719/2d Distr. 1961, též komentář in Reese, W., Rosenberg, M., Hay, P.: Cases and materials on Conflict of Laws 9th Ed., Westbury New York 1990, str. 1001 a násl.

<sup>65</sup> Großfeld, B in von Staudinger, J.: Kommentar zum BGB mit EG und NebenG, EGBGB-IPR Internationales Gesellschaftsrecht, odst. 14.

věřitelé, minoritní společníci a zaměstnanci, tedy ti, jejichž práva mohou být dotčena tzv. „laxním“ právem společnosti. Ale i tento argument, který je na první pohled pro princip sídla příznivý, je možné znázornit i pravým opakem, tedy nevýhodou věřitelů, a to v případech, ve kterých společnost vyvíjí svou činnost ve státě, ve kterém nemají své statutární sídlo. Zde takovým společenstvem hrozí sankce neplatnosti či neexistence takové společnosti na území jejího faktického působení.<sup>66</sup>

Základem principu sídla je myšlenka, že uplatnění nalézají předpisy, které mají úzkou souvislost s činností dotčené společnosti. Dále se vychází z myšlenky, že obzvláště zaměstnance a věřitele společnosti je nutno chránit. Princip sídla je tímto ochranným principem, protože rozhodným právem zůstává domácí právo a nikoli právo zahraniční, které tyto chráněné osoby většinou nezná.<sup>67</sup> Přemístí-li se skutečné sídlo, vede takové jednání dle principu sídla pravidelně ke změně osobního statutu společnosti, takže primárně rozhoduje právo státu přistěhování (*Recht des Zuzugstaates*) o trvání takové společnosti. Zastává-li stát přistěhování princip sídla, uplatňuje se jeho věcné právo. Konsekvencí takového postupu byl v SRN donedávna fakt, že společnost byla zrušena a musela být založena nová společnost, aby dosáhla způsobilosti k právům. Tímto přistěhování do státu, který zastává princip sídla, není možné, neboť změna statutu se tam nekoná a věcné právo odporuje uznání subjektu jako zahraniční společnosti.

Princip sídla uznává zahraniční společnosti jen v případě, že mají skutečné sídlo rovněž ve státě založení, a též podléhá základnímu faktickému omezení tím, že jako všestranná kolizní norma je doplněn předpisy tuzemského práva a řídí se dalším nebo zpětným odkazem.

Princip sídla byl judikaturou a literaturou konkretizován v tom směru, že se na společnosti, sdružení a právnické osoby aplikuje právo platné v místě skutečného sídla společnosti.<sup>68</sup> To může být však obtížné v případech, ve kterých se zasedání představenstva či správní rady koná v jiném státě, než kde se nachází vedení společnosti. Takové určení sídla je konečně obtížné i tehdy, pokud se pohybujeme v oblasti mezinárodních či nadnárodně orientovaných společností. Příkladně lze uvést koncern, ve kterém rozhoduje koncernová špička o aktivitách dceřině společnosti se sídlem v jiném státě, a též opačná situace, ve které dceřiná společnost rozhoduje samostatně a nezávisle na mateřské společnosti.

Při přestěhování do státu zastávajícího inkorporační princip je nutno rozlišovat, zda se přemísťuje jen skutečné sídlo, anebo vedle toho dodatečně i statutární sídlo společnosti. V prvním případě odkazuje stát založení zpět ke statutárnímu sídlu a tento odkaz se zpět přijímá přinejmenším v německém kolizním právu dle čl. 4 odst. 1 věta 2. EGBGB.<sup>69</sup> Dle německého věcného práva se společnost ruší a vstupuje do likvidace. Tiché rezervy se musí rozpustit, anebo zdanit. Ve druhém případě se nekoná zpětný odkaz, protože odkaz podle inkorporačního principu, tedy při příslušném výkladu věcného práva, se většinou vztahuje jak na místo založení, tak na statutární sídlo.

<sup>66</sup> Srov. Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Karolinum, Praha 1998, str. 90.

<sup>67</sup> Srov. Wiedemann, H. Gesellschaftsrecht, Band 1, Grundlagen 1980 str. 787, Ebenroth, C. T. in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IPR, Band 11, Verlag C.H.Beck, 4. Auflage, str. 472.

<sup>68</sup> Srov. BGH, Urteil vom 1.7.2002-II ZR 380/00 ve NJW 2002, str. 3539 a násl., BGH, Urteil vom 29.1.2003-VIII ZR 155/02 ve IPRax 2003, 265.

<sup>69</sup> Ebenroth, C. T., Eyles, U.: Die innereuropäische Verlegung des Gesellschaftssitzes als Ausfluß der

Přemístění sídla při současném zachování identity je z důvodu kombinace principu sídla a národního statutu společnosti často nemožné. Z toho vyplývá častá kritika principu sídla, protože přemístění sídla společnosti nejen komplikuje, ale neumožňuje jej vůbec při současném zachování identity společnosti. Z toho vyplývá rozpor zejména vůči zásadě volného pohybu osob, která je jednou ze základních svobod vnitřního trhu Evropského společenství.<sup>70</sup>

Vůči principu sídla se dá namítat, že ve skutečnosti nechrání věřitele, protože má za následek zničení společnosti jako zodpovědného dlužníka.

Další nevýhoda principu sídla se v praxi ukazuje v otázce kapitálových importů do SRN. Již v 60. letech 20. století zdůraznily různé průzkumy, že americké mateřské společnosti podřizovaly své koncernové společnosti statutu mateřské společnosti. Zde se zdůrazňovala nevýhoda v soutěži se státy následujícími inkorporační princip.

Příkladně se dá znázornit právní stav před rozsudky ESD ve věci *Centros* a v dalších (srov. Část VII., Díl 5, Oddíl 2) následně. Ltd., která má skutečné sídlo ve Spojeném království, je způsobilá být stranou ve sporu, má-li skutečné sídlo v SRN. Způsobilost být stranou ve sporu však nemá, má-li skutečné sídlo ve Francii, a to z důvodu mezinárodní solidarity zástupců principu sídla<sup>71</sup> (odkaz na právo státu sídla). Avšak Ltd. má způsobilost být stranou ve sporu tehdy, jestliže se její skutečné sídlo nachází v Nizozemsku, tedy státě aplikujícím inkorporační princip. Nizozemsko uznává zásadně každou zahraniční společnost a je tím jedním z mála zástupců tzv. „čistého“ inkorporačního principu. Naproti tomu je možné z inkorporačního principu vyčíst tzv. „*race to the top*“, protože německé právo společností se v této situaci dosud nemohlo prosadit. Navazování na právo založení má, co se týká soutěže, podpůrný význam. Konkrétní měřitelné výhody, pokud jde o takové navazování, ale nejsou známy. Výhody se dají najít na úrovni jednoty statutu společnosti a právní jistoty.

Částečně se ukázaly i zprostředkované názory, které lze najít v tzv. kompromisních teoriích.<sup>72</sup>

## Oddíl 2 Zprostředkovávající teorie

Obraz inkorporačního principu a také principu sídla se komplikuje dalšími zprostředkovávajícími teoriemi, které převážně nacházejí východisko v inkorporační teorii. I v německé literatuře najdeme zástupce názorů, podle kterých je i princip sídla pouhou variantou principu inkorporačního.<sup>73</sup> Zde jsou například jmenovány vedle zmíněných klasických kolizních kritérií pro určení osobního statutu teorie kontroly, teorie překrývání, diferenciacní teorie a teorie zvláštního navazování.

Ke známým zprostředkovávajícím názorům patří teorie kontroly.<sup>74</sup> Například v dohodě mezi

---

Niederlassungsfreiheit? (Teil 1), DB 1989, 363.

<sup>70</sup> Srov. Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Karolinum, Praha 1998, str. 87.

<sup>71</sup> Raape, L.: Internationales Privatrecht, Verlag Vahlen, 5. Auflage, 1961, str. 198.

<sup>72</sup> Sandrock, O.: Ein amerikanisches Lehrstück für das Kollisionsrecht der Kapitalgesellschaften, RabelsZ 42/1978, str. 227 a násl.

<sup>73</sup> Srov. Großfeld, B.: Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen, RBZ 1967, str. 32.

<sup>74</sup> Staudinger, J.: Kommentar zum BGB mit EG und NebenG, EGBGB-IPR Internationales Gesellschaftsrecht, odst. 29 a násl.; Gröben, Thiersing, Ehlermann, Kommentar zum EU-EG Vertrag 5. Auflage., Bd. 1, čl. 58, odst. 20

USA a ČSFR o vzájemné podpoře a ochraně investic se nachází formulace, že určitou společnost kontrolují příslušníci určitého státu.<sup>75</sup> Princip kontroly posuzuje právní režim společnosti s ohledem na státní příslušnost zakladatelů společnosti nebo členů této společnosti. V určitých situacích, například při válečných konfliktech nebo při změně státní suverenity určitého území, v případě ochrannářské ekonomické politiky nebo sankcí, může být kritérium kontroly uplatňováno.<sup>76</sup> Základním principem se však teorie kontroly nestala, a to nejen z důvodu možnosti zneužití. Do oblasti práva Evropské unie se promítnul princip kontroly v souvislosti s rozhodnutím ESD ve věci *Fearon v. Irish land Commission*.<sup>77</sup> Společníci společnosti Fearon byli britské státní příslušnosti a dovolávali se vůči Irské republice ustanovení o svobodě usazování, avšak Fearon byla společnost podle irského práva. Soudní dvůr odlišil subjektivitu společnosti od subjektivity jednotlivých společníků tím, že uvedl, že čl. 58 SEHS (nyní čl. 48 SES) není rozhodným ustanovením, neboť společnost Fearon je irskou společností a tímto se nemůže dovolat práva usazování ve vztahu k Irské republice. Za rozhodnou zde ESD považoval státní příslušnost samotné společnosti. Tímto zbyla pro teorii kontroly role určitého korektivu, ale plnohodnotnou „třetí“ alternativou vůči kritériu inkorporačnímu a kritériu sídla se nestala.<sup>78</sup>

Ve druhé polovině 70. let vyvinul Sandrock tzv. teorii překrývání (*Überlagerungstheorie*), která vychází z inkorporačního principu.<sup>79</sup> Podle teorie překrývání tvoří národní právo, podle kterého byla kapitálová společnost založena (*legis incorporationis*), její osobní statut, zatímco vnitřní či vnější vztahy společnosti jsou překrývány kogentními normami práva státu, kde má společnost sídlo.<sup>80</sup>

V případě, že by kapitálová společnost byla aktivní mimo stát inkorporace, můžeme vycházet z toho, že takový třetí stát zasahuje kogentní úpravou do statutu inkorporace. Původní úprava teorie překrývání respektovala takový zásah státu sídla do skladby norem státu inkorporace. I stát inkorporace byl nucen respektovat, že stát sídla zasahoval do jeho norem. Pokud by se zde vycházelo z jiné hypotézy, došli bychom k tzv. rozštěpené společnosti.<sup>81</sup> Pro společnosti, které byly založeny podle zahraničního práva a obchodní sídlo nebo centrum obchodního vedení měly v SRN, následovalo zásadní ovládnutí normami zahraničního práva založení v obou státech, jak v zahraničním státě inkorporace, tak v německém státě sídla. Tato situace ale měla být „překrývaná“ v obou státech kogentními předpisy německého práva společností, které platí v

<sup>75</sup> Srov. sdělení MZV č. 187/1993 Sb.

<sup>76</sup> Příkladem je zde věc *„Daimler Company Ltd. v. Continental Tyre and Rubber Company Ltd.“* z r. 1916, 2, vydání, č. C-307.

<sup>77</sup> Rozh. ESD z 6. 11. 1984, č. 182/83, Sb.SD 1984, str. 3677.

<sup>78</sup> Srov. Paukerová, M.: *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*, Karolinum, Praha 1998, str. 102, 103.

<sup>79</sup> Sandrock, O. in ZVglRWiss č. 102/2003, str. 449; Sandrock, O.: *Die Multinationalen Korporationen im internationalen Privatrecht*, in BerDschGestVR Heft 18, Karlsruhe 1978, str. 169-361, *Sitztheorie, Überlagerungstheorie und der EWG Vertrag*, Wasser, Öl und Feuer, RIW 1989, str. 505-513.

<sup>80</sup> Sandrock, O.: *Sitztheorie, Überlagerungstheorie und der EWG-Vertrag: Wasser, Öl und Feuer*, RIW 1989, str. 505 (512), Großfeld, B, König, T.: *Das internationale Gesellschaftsrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, RIW 1992, str. 436, 439.

<sup>81</sup> *Spaltgesellschaft* - právní stav, který se vyvinul po druhé světové válce poté, co společnosti a jejich společníci mimo železnou oponu byli vyvlastněni.

místě německého správního sídla dotyčné společnosti. Takové „překrývání“ se mělo konat vždy, pokud se na to odvolaly osoby, které měly být chráněny skrz „překrývané“ normy. Současně s vývojem teorie překrývání došlo ke změně rozvoje evropského práva, což vedlo ke změně a modifikaci shora uvedených teoretických úvah.

I Sandrock je názoru, že původní znění teorie překrývání s ohledem na vývoj práva nemohlo dále přetrvávat.<sup>82</sup> Kogentní předpisy statutu sídla de facto omezují svobodu usazování ve smyslu čl. 43 a 48 SES, pokud se aplikují ve vnitrozemí na společnosti, které byly založené podle cizího práva a v příslušném státě inkorporace jsou zapsány do obchodního rejstříku. Z toho plyne pro „aktualizování“ teorie překrývání nutnost řešit otázku, za jakých podmínek je přípustný zásah do svobody usazování podle platných předpisů státu sídla překrývání. V úvahu přichází aplikace předpisů státu sídla na cizí společnost a tím dojde k omezení svobody usazování. Podmínkou je, že musí být splněn jeden ze tří důvodů, které předpokládá komunitární právo. Při této aplikaci je nutné dále zohlednit určitá omezení komunitárního práva.<sup>83</sup>

Jak již bylo zdůrazněno výše, je zde nutné zohlednit čl. 46 SES, judikaturu ESD o zneužívání základních svobod a ostatní donucující důvody obecného blaha. Tzn., že svoboda usazování cizích společností může být ve vnitrozemí omezena, pokud je možné opřít takové omezení o jeden z ospravedlňujících kvalifikovaných důvodů. Omezení nesmí založit diskriminaci mezi vnitrozemskými a zahraničními společnostmi, musí být vhodné k dosažení cíle a nesmí se dostat do rozporu se zákazem překročení určité míry (princip proporcionality - *Übermassverbot*). Pouze v tomto případě, pokud existují důvody ospravedlňující toto omezení, mohou normy státu sídla překrývat odpovídající předpisy státu inkorporace.

Podle takto modifikované (podle Sandrocka *sražené*) teorie překrývání a podle výše uvedených zásad můžeme dospět k závěru, že určité úpravy německého akciového práva a německého práva GmbH porušují omezení, která komunitární právo vytvořilo proti zásahům do svobody usazování. Jako příklad můžeme uvést německé předpisy o ochraně věřitelů společnosti pomocí předpisů pro vytvoření a udržování kapitálu.<sup>84</sup> Přitom zde chybí způsobilost k překrývání liberálních předpisů cizího statutu inkorporace. Takové překrývání připadá v úvahu pouze za zvláštních okolností jednotlivého případu. To platí i pro předpisy statutu sídla, které hájí zájmy menšinových společníků<sup>85</sup>, závislých společníků<sup>86</sup> a zaměstnanců ohledně jejich spolurozhodování při řízení podniku. Tím, že nejsou dána evropská právní kritéria, která by překrývání cizích úprav společností ospravedlňovala, zpravidla nepřichází překrývání v úvahu. Konečně se dá také namítat, že teorie překrývání představuje odklon od jednotného statutu společnosti. Je však třeba přihlídnout i k výjimkám, ke kterým patří například fiskální zájmy státu sídla, které mohou překrývat určitou regulaci státu inkorporace.<sup>87</sup>

<sup>82</sup> Sandrock, O.: Die Schrumpfung der Überlagerungstheorie, in ZVglRWiss 102/2003, str. 502.

<sup>83</sup> Sandrock, O., in ZVglRWiss 102/2003, str. 458.

<sup>84</sup> Sandrock, O., in ZVglRWiss 102/2003, str. 503.

<sup>85</sup> Sandrock, O., in ZVglRWiss 102/2003, str. 479.

<sup>86</sup> Sandrock, O., in ZVglRWiss 102/2003, str. 483.

<sup>87</sup> Sandrock, O.: Die Schrumpfung der Überlagerungstheorie, in ZVglRWiss 102/2003, str. 502.

Teorii diferenciacie vyvinul obzvláště Grasmann<sup>88</sup>, který rozlišuje mezi vnitřními vztahy, na které má být aplikováno inkorporační právo, a vnějšími vztahy, které se řídí statutem místa, kde se vykonává skutečná činnost (*Vornahmestatut*) nebo kde dochází k účinku této činnosti (*Wirkungstatut*), případně podle právního řádu, podle něhož je společnost organizována (*Organisationsstatut*). Rozhodná možnost má být ta, která je pro třetí osobu nejpříznivější.<sup>89</sup> Proti této teorii vystupuje argument tvrdící, že není možné diferencovat mezi vnitřními a vnějšími vztahy. Dále naráží na kritiku i tehdy, pokud vede ke kumulativnímu použití více právních řádů.

Nakonec je nutno upozornit i na teorii spojení, která rozlišuje mezi společnostmi se zahraniční návazností, pro které má platit inkorporační princip, a společnostmi bez návaznosti na zahraničí, na které se má uplatnit princip sídla.<sup>90</sup> Nevyřešenou zůstává otázka, do jaké míry se mezinárodní právo obchodních společností použije v případě, kdy neexistuje návaznost na zahraničí.

## Díl 2           Prameny a výchozí problémy vyplývající z principu sídla ve Spolkové republice Německo

Svůj původ nachází princip sídla v SRN v první řadě v právním obyčeji (*Gewohnheitsrecht*). O tom svědčí rozsáhlá judikatura<sup>91</sup> i literatura.<sup>92</sup> Právní literatura odkazuje na skutečnost, že i německý zákonodárce akceptoval princip sídla jako samozřejmost. Dále o tom svědčí čl. 2 odst. 1 zákona z 18.5.1972 (*Zustimmungsgesetz*)<sup>93</sup> k Bruselské EHS-dohodě (*EWG-Übereinkommen*) z 29.2.1968 o vzájemném uznávání společností a právnických osob.<sup>94</sup> Podle čl. 3 odst. 2 *Zustimmungsgesetz* podléhají společnosti se skutečným sídlem v SRN kogentním předpisům německého práva. Německé předpisy, které nejsou kogentní, se aplikují též, pokud stanovy společnosti nestanoví něco jiného nebo pokud společnost nemůže prokázat, že vykonávala činnost po přiměřenou dobu ve státě inkorporace.<sup>95</sup>

Přestože německý *Zustimmungsgesetz* nevstoupil v platnost, dovozuje literatura z textu zákona<sup>96</sup> jasný odklon zákonodárce od inkorporačního principu.<sup>97</sup>

<sup>88</sup> Srov. Grasmann, G.: *System des internat. Gesellschaftsrechts*, Herne, Berlin 1970; Rammeloo, *Corporations in Private Internat. Law*, Oxford University Press, New York 2001, str. 22.

<sup>89</sup> Kindler, P., *Münchener Kommentar* Bd. 11, odst. 259.

<sup>90</sup> Zimmer, D.: *Internationales Gesellschaftsrecht*, Verlag Recht und Wissenschaft, Heidelberg 1999, str. 232.

<sup>91</sup> BGHZ 51, 27 = NJW 1969, str. 188, BGH = NJW 1995, str. 1032, obsáhle k další judikatuře Kindler, P. ve Sonnenberger, H. J.; *Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Internationale Handels- und Gesellschaftsrecht*, Art. 50-237 EGBGB, C.H.Beck, München 1999, 3. Auflage, IntGesR, odst. 5.

<sup>92</sup> Srov. Kindler, P. tamtéž (pozn. 91) odst. 312, 5, 383.

<sup>93</sup> BGBl. 1972 II str. 369.

<sup>94</sup> BGBl. 1972 II str. 300.

<sup>95</sup> Kindler, P. ve Sonnenberger, H. J.; *Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Internationale Handels- und Gesellschaftsrecht*, Art. 50-237 EGBGB, C.H.Beck, München 1999, 3. Auflage, IntGesR, odst. 44.

<sup>96</sup> Rozhodující předpis Bruselské dohody a *Zustimmungsgesetz* zní:

*Art. 1 Übk.: „Gesellschaften des bürgerlichen und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften, werden ohne weiteres anerkannt, wenn sie nach dem Recht eines Vertragsstaates gegründet worden sind, das ihnen die Fähigkeit anerkennt, Träger von Rechten und Pflichten zu sein und wenn sie ihren satzungsmäßigen Sitz innerhalb der Hoheitsgebiete haben, für die dieses Übereinkommen gilt.*

*Art. 3 Übk.: Jeder Vertragsstaat kann jedoch erklären, dass er dieses Übereinkommen auf diejenigen in den Artikeln 1 und 2 bezeichneten Gesellschaften und juristischen Personen nicht anwendet, deren tatsächlicher Sitz*



Princip sídla představuje kolizní pravidlo. Kolizní právo se omezuje na pravidla určující, podle kterého národního právního řádu se rozhodují určité hmotné otázky. Avšak kolizní právo samotné nedává odpověď na otázku, kdy společnost ztrácí svou identitu. Jak judikaturou, tak i naukou často diskutovaná otázka se dotýká úpravy hmotného práva státu přistěhování, které umožňuje přemístění sídla společnosti při zachování identity této společnosti, a to samozřejmě za předpokladu, že stát odstěhování neomezuje odstěhování následkem zrušení společnosti.<sup>98</sup>

V souvislosti s přemístěním správního sídla zahraniční společnosti do SRN používala část nauky i pojem „zabitý“ skrz princip sídla.<sup>99</sup> Počátkem 90. let minulého století se při zohlednění tehdejší judikatury vycházelo z ignorování právní způsobilosti jako výsledku přemístění sídla. Tato situace byla označována jako „následky chybné volby práva“. Volba práva je chybná z toho důvodu, že společnost nebyla založena podle příslušného práva, práva skutečného sídla. Přitom byla řešena aplikace zásad na chybné společnosti (*Vor-GmbH*), tedy zacházení s neexistující právnickou osobou jako se sdružením, které není způsobilé k právům a povinnostem, příkladně se dá uvést BGB-Gesellschaft a OHG, které osvědčují určitý právní stav (*Rechtsscheinsgrundsätze*), a ručení jednatelů podle § 11 odst. 2 GmbHG.<sup>100</sup>

O sankcích vyplývajících z principu sídla rozhodují instanční soudy.

Příkladem lze uvést rozsudek Vrchního zemského soudu v Nürnbergu z roku 1984.<sup>101</sup> V této kauze poskytl žalobce (anglická Ltd. se správním sídlem v SRN) služby v oblasti inženýrských služeb a žaloval na zaplacení. Vrchní soud uznal Ltd. způsobilou k právům a povinnostem i způsobilou být účastníkem řízení, ačkoli podle německého práva způsobilost k právům a povinnostem ani způsobilost být účastníkem řízení tato společnost nezískala. V odůvodnění svého rozhodnutí Vrchní soud mimo jiné uvedl: „*Vyplývá to ze zásady vnějšího zdání nasvědčujícího určitému právnímu stavu (Rechtsscheinsgrundsatz) a z toho, že žalovaný nesporně vystupoval jako právnická osoba při sporné zakázce a žalobce a ostatní vnitrostátní subjekty v SRN měli důvěru v existenci žalovaného jako společnosti.....*“.<sup>102</sup>

Protože nelze vnímat existenci společnosti, je nutné vzbudit zdání existence, tedy důvěru v existenci domnělé, neexistující společnosti. Pasivní způsobilost, tedy možnost být účastníkem řízení, německý soud dovodil z analogické aplikace § 50 odst. 2 ZPO. Tímto měla společnost

---

*sich ausserhalb der Hoheitsgebiete befindet, für welche dieses Übereinkommen gilt, wenn diese Gesellschaften und juristischen Personen nicht in wirklicher Verbindung mit der Wirtschaft eines dieser Hoheitsgebiete stehen. Art. 2 Abs. 1 Zustimmungsg: Das Übereinkommen ist auf diejenigen in Artikel 1 und 2 des Übereinkommens bezeichneten Gesellschaften und juristischen Personen nicht anzuwenden, deren tatsächlicher Sitz sich ausserhalb des Geltungsbereichs des Übereinkommens befindet, wenn diese Gesellschaften und juristischen Personen nicht in wirklicher Verbindung mit der Wirtschaft im Geltungsbereich des Übereinkommens stehen.“ V Art. 3 Übk. je sídlem míněno sídlo skutečné (Sitz der Hauptverwaltung), srov. Bar, V.Ch. : Internationales Privatrecht, 2 Band, Besonderer Teil, C.H.Beck München 1991, odst.620.*

<sup>97</sup> Srov. Bar, Ch. v.: Internationales Privatrecht, 2 Band, Besonderer Teil, C.H.Beck München 1991, odst.620, Kindler, P. ve Sonnenberger, H. J.: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Internationale Handels- und Gesellschaftsrecht, Art. 50-237 EGBGB, C.H.Beck, München 1999, 3. Auflage, IntGesR, odst. 5, 43, 44.

<sup>98</sup> Knobbe-Keuk, B.: Umzug von Gesellschaften in Europa, ZHR č. 154, 1990, str. 335.

<sup>99</sup> Tak i Knobbe-Keuk, B.: Umzug von Gesellschaften in Europa, ZHR č. 154, 1990, str. 325.

<sup>100</sup> LG Köln, Urteil in RIW 1987, 54.

<sup>101</sup> OLG Nürnberg, Urteil vom 7. 6. 1984, in IPRax 1985, 342.

<sup>102</sup> OLG Nürnberg, Urteil vom 7. 6. 1984, in IPRax 1985, str. 342.

alespoň možnost uplatnit vlastní nároky cestou protižaloby (*Widerklage*) dle § 50 odst. 2 ZPO. Zde doplnila i část nauky,<sup>103</sup> že i uplatnění vlastních nároků pomocí námítky by mělo být možné. Pro aktivní vymáhání těchto nároků však tato zahraniční společnost zůstává jako neexistující právnická osoba nezpůsobilá.

Neuznání zahraniční právnické osoby však přináší více nevýhod než výhod. K některým nevýhodám patří, že věřitelům se „ztratí“ jejich dlužník, soudu se „ztratí“ žalovaný, státu daňový dlužník a orgánu státního dozoru porušitel práva.<sup>104</sup>

Dále je nutné zohlednit, že u zahraniční společnosti, která bez skutečného sídla ve vnitrozemí rozvíjí hospodářské aktivity obzvláště prostřednictvím poboček, se princip sídla neptá, jestli společnost svůj kapitál složila podle německých předpisů a jestli při jeho zachování jsou tyto předpisy dodržovány.

Podle německého práva je při řešení otázky, zda je „sloučení osob“ přistěhované ze zahraničí způsobilé k právům a povinnostem a způsobilé být účastníkem řízení ve vnitrozemí, rozhodný právní řád ze kterého „sloučení osob“ odvozuje právní způsobilost. Zde se tedy jedná o právní řád státu, podle jehož práva bylo založeno, tedy kde bylo jako subjekt práva inkorporováno. Národnost uděluje stát inkorporace. Národností se rozumí příslušnost společnosti k určitému státu. Národnost má také význam, pokud záleží na vlastnosti, zda se jedná o tuzemce nebo cizince podle národních předpisů a mezistátních smluv, a zvláště v případě poskytování mezinárodně právní ochrany.

Pokud se touto cestou zjistilo, zda se jedná o právnickou osobu jiného státu, stojí vnitrostátní právní řád před otázkou uznání společnosti, jejíž právní způsobilost je zakotvená v právním řádu jiného státu.

Pohlédneme-li zpátky do doby, kdy byl kodifikován německý občanský zákoník,<sup>105</sup> zjistíme, že již autoři BGB se zabývali touto otázkou. Tehdy bylo upraveno určování subjektivní právnické osoby podle práva místa, ve kterém má právnická osoba své sídlo. Sídlem se zde samozřejmě chápalo sídlo statutární. Již druhá komise, zabývající se kodifikací německého občanského zákoníku, navrhla zrušení principu *lex fori* a k tomu také došlo.<sup>106</sup>

Tato komise tehdy konstatovala, že pro úpravu obchodní společnosti založené za účelem dosahování zisku není potřeba zvláštního předpisu. Jak v literatuře, tak v judikatuře se jim přiznávala právní způsobilost podle německého práva, pokud podle předpisů místa svého původu tuto způsobilost měly a shoda existovala i v tom smyslu, že právní způsobilost těchto obchodních společností se měla bez problémů uznávat. Tyto závěry provedla Spolková rada (*Bundesrat*) v čl. 10 EGBGB původního znění. Článek 10 EGBGB v původním znění upravoval pouze právní způsobilost právně způsobilého sdružení založeného podle cizího práva. Říšský soud

<sup>103</sup> Reh binder, E.: Sitzverlegung ins Inland und Rechtsfähigkeit ausländischer juristischer Personen, IPRax 1985, str. 324.

<sup>104</sup> Heini, A.: Zu einem Urteil des Schweizerischen Bundesgerichtes über das Personalstatut ausländischer juristischer Personen (Ungültigkeit einer Liechtensteinischen Stiftung), IPRax 1984, str. 166.

<sup>105</sup> BGB z roku 1900.

<sup>106</sup> Protokoll ve Mugdan, v.: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I,

(*Reichsgericht*) k otázce právní způsobilosti zahraniční obchodní společnosti - protože toto EGBGB neřešil - učinil závěr, že s ohledem na potřeby aktuálního (tehdejšího) stavu světového obchodu vystačí původní právní stav ve vztahu k obchodním společnostem a tímto není ani dána nutnost přijmout zvláštní normu.<sup>107</sup> Z toho dále vyplývalo, že se právní způsobilost uznává, pokud to není v rozporu s čl. 30 EGBGB, tedy proti dobrým mravům a neporušuje to smysl a účel německých zákonů.

Skutečnost, že se právně způsobilé společnosti v zahraničí uznávají, posoudil Říšský soud jako obecnou zásadu mezinárodního práva soukromého.<sup>108</sup> Za časů Říšského soudu, tj. v období před a v průběhu 2. světové války, se otázky právní způsobilosti neřešily podle práva skutečného sídla. Spíše se právní způsobilost udělená státem inkorporace uznávala, pokud se i statutární sídlo nacházelo ve státě inkorporace. Pokud si tedy „sloučení osob“, které chtělo získat právní způsobilost, zvolilo své statutární sídlo ve státě inkorporace, vedla judikatura Říšského soudu konečně k inkorporačnímu principu. Tato hypotéza byla zdůrazněna také v rozsudku Říšského soudu z roku 1934.<sup>109</sup> Konkrétně se tehdy jednalo o přemístění skutečného sídla německé GmbH do zahraničí a dle názoru soudu se GmbH i nadále uznávala jako GmbH.

Avšak již v jednom z následujících rozhodnutí Říšský soud konstatoval, že „...*právní úkony zahraničního státu, které zasahují na jeho právní (tj. německé – pozn. autora) území, akceptovat jako závazné není pro stát sídla splnitelné.*“<sup>110</sup> Tímto byl již naznačen vývoj judikatury po skončení Druhé světové války, spočívající v aplikaci principu sídla na území pozdější Spolkové republiky Německo při posuzování právní způsobilosti přestěhovaných nebo odstěhovaných společností.

Již velmi brzy poté zdůrazňovala v první řadě německá nauka princip sídla jako „teorii neuznávání“. Nebylo však možné přehlédnout, že cíl a obsah principu sídla spočíval v odepření překročení hranic pro správu zahraničních společností. Důvod takového chování lze hledat v ochraně individuálních zájmů.

Tímto princip sídla nemá s výjimkou neuznávání žádnou samostatnou funkci. Nemůže prezentovat žádnou společnost, pro kterou by určoval rozhodné právo.<sup>111</sup>

I Německá rada pro mezinárodní právo soukromé (*Deutscher Rat für internationales Privatrecht*) formulovala, že vlastní samostatný obsah principu sídla se omezuje na to (mimo zvláštní ujednání v mezistátních smlouvách), neuznávat právnické osoby, jejichž správa se neřídí právem státu, podle něhož právnická osoba byla založena. V první řadě zde však bylo nesporné, že každý stát mohl suverénně rozhodnout o tom, jak se bude vůči cizím přistěhovaným společnostem chovat.

Každý stát měl legitimní možnost - pokud nebyl smluvně vázán - přednést své výhrady k zahraničnímu právu, a to různým způsobem.<sup>112</sup>

---

Verlag Decker, Berlin 1899, str. 265.

<sup>107</sup> Reichsgericht - RGZ 83, 367 a násl.

<sup>108</sup> IPR, RGZ 93, str. 73 a násl.

<sup>109</sup> IPRspr. 1934 č. 14, rozsudek RGZ 10. 7. 1934.

<sup>110</sup> RGZ 92, str. 76.

<sup>111</sup> Knobbe-Keuk, B.: Umzug von Gesellschaften in Europa, ZHR č. 154, 1990, str. 341.

Obzvláště se obhajoval princip sídla s ohledem na soulad s právem Společenství, a to s poukazem na to, že princip sídla neobsahuje diskriminační omezení a tím nedochází k porušování principu rovného zacházení s tuzemci. Principu sídla se připisoval obsah, že společnost podléhá právu členského státu, ve kterém má skutečné sídlo. Tímto se má aplikovat jak na vnitrostátní, tak na zahraniční společnosti (nakonec to však platilo jen ve vztahu ke státu následujícímu princip sídla).

Pokud má německá společnost ve státě, který se řídí inkorporačním principem, skutečné sídlo, tak se tato německá společnost v SRN z důvodu zpětného odkazu uznává.

Toto formálně nerovné zacházení však nedosáhlo takové intenzity (*Beachtlichkeitsschwelle*), aby bylo nutno respektovat bývalý čl. 52 a 58 EHS-Smlouvy.<sup>113</sup>

Odkazy stoupenců a obhájců principu sídla na možnost nového založení společnosti nemohly odstranit rostoucí odpor ze strany komunitárního práva proti následkům principu sídla. Účel svobody usazování podle čl. 52 a 58 SEHS (dnes čl. 43 a 48 SES) není zohledněn, pokud se společnost nemůže přestěhovat při zachování své právní identity, což nelze spatřovat v právním úkonu nového založení. Smlouva o EHS samozřejmě neměla členským státům bránit v zajišťování ochrany těch zájmů, které tyto státy pokládaly za donucující. Avšak jedna metoda, a to ignorování právní osobnosti společnosti, se podle Smlouvy o EHS měla vyloučit, pokud se tato společnost přistěhovala z jiného členského státu do SRN a uplatňování této metody vedlo k tomu, že tato přistěhovaná společnost se považovala za (právně) neexistující. Taková společnost je konečně na německém území a má nárok - pokud má původ v jednom z členských států EU - mít právní způsobilost na německém území.

Uzavření vnitřního trhu před zahraniční společností zařazením této společnosti mezi neexistující právnické osoby je ve skutečnosti masivním právním opatřením, které vylučuje tuto společnost z kategorie kapitálových společností. Jako takové není toto opatření slučitelné s úmyslem autorů Smlouvy o EHS resp. jejími bývalými články.

### Díl 3 Určení sídla společnosti v německém právu

V případě, že zahraniční společnost má skutečné sídlo ve státě založení nebo ve státě uznávajícím inkorporační princip, akceptuje se tato společnost jako právně způsobilá a způsobilá být stranou ve sporu. Může být tedy zapsána v obchodním rejstříku, činit právní úkony apod. Zvolí-li si zahraniční společnost skutečné sídlo v SRN nebo v jiném státě aplikujícím princip sídla, tak se právní způsobilost a způsobilost být stranou ve sporu popírá, tedy nemůže být zapsána v obchodním rejstříku a nemůže činit právní úkony.

V německém právu obchodních společností představuje určení sídla společnosti základní statutární znak existence kapitálové společnosti (dosavadní § 5 odst. 1 AktG, § 4a odst. 1 GmbHG).

<sup>112</sup> Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 18{1978}73 a násl., v tomto smyslu i Nussbaum, Deutsches Internationales Privatrecht 1932, str. 187.

<sup>113</sup> Srov. Ebenroth, C.T., Eyles, U.: Die innereuropäische Verlegung des Gesellschaftssitzes als Ausfluß der Niederlassungsfreiheit? Teil 2, DB 1989, 413 a násl.

Pro inkorporaci této kapitálové společnosti je zápis v obchodním rejstříku základní podmínkou.<sup>114</sup> Již od 1.1.2007 se činí přihlášení společnosti ve veřejně ověřené formě a posílá se elektronickou cestou na obchodní rejstřík.<sup>115</sup> Zápisem do obchodního rejstříku vzniká jak GmbH (§ 13 GmbHG) tak AG (§ 1 AktG) jako právnická osoba.<sup>116</sup> Z toho důvodu má statutární sídlo podstatný význam.<sup>117</sup> Statutární sídlo je rozhodující pro určení místní příslušnosti rejstříkového soudu. Rozhodující je tedy nějaké místo v SRN, které odůvodňuje příslušnost německého rejstříkového soudu a tímto zakotvuje společnost v německém právním řádu.

Otázkou je, zda hmotně právní napojení na německý právní řád podle statutárního sídla je dostatečné. Podle toho by bylo myslitelné, že takovým způsobem byla zakotvena i schránková společnost v právním řádu a tímto se stala právně „reálnou“. Skutečné místní napojení společnosti na státní území má význam jen tehdy, když takové napojení je obsahovým předpokladem pro statutární sídlo a tímto napojením je stanoven konstitutivní znak formy společnosti. Pro kolizní právo je významné skutečné sídlo společnosti (místo, kde provádí jednatelé běžné úkony), které je z hlediska hmotného práva pro založení a vznik společnosti určitého typu rozhodné, pokud by zvolila skutečné sídlo jako statutární sídlo společnosti nebo pokud by se zvolené místo statutárního sídla nacházelo v té zemi, ve které má společnost své skutečné sídlo.

Této problematice se v dalším zkoumání v rámci této práce věnují následující kapitoly, které zohledňují nový vývoj v německém právu obchodních společností, obzvláště novou úpravu zákona o modernizaci práva GmbH a potírání zneužívání (MoMiG),<sup>118</sup> v odpovědi na otázku, nakolik je nutné skutečné sídlo ve vnitrozemí požadovat.<sup>119</sup>

Do přijetí zákona MoMiG německá právní úprava bránila svobodné volbě rejstříkového soudu (např. pro GmbH v ust. § 4a odst. 2 GmbHG a pro AG v ust. § 5 odst. 2 AktG). Tato ustanovení vyžadovala skutečný místní vztah ke zvolenému statutárnímu sídlu. Nezávisle na tom se řešila otázka věcně a místně příslušného konkursního soudu, protože úprava konkursního řízení obsahovala vlastní ustanovení o příslušnosti soudu.<sup>120</sup> V současné době německé právo rozhoduje otázku příslušnosti v závislosti na středisku hospodářské činnosti dlužníka v ust. § 3 odst. 1 věta 1. InsO. Takové místo nemusí být identické se statutárním sídlem.

<sup>114</sup> Preuß, N.: Die Wahl des Sitzungssitzes im geltenden Gesellschaftsrecht und nach dem MoMiG Entwurf, GmbHR 2/2007, str. 58.

<sup>115</sup> Podrobně k přihlášení, Melchior, NotBZ 2006, str. 409 a násl.

<sup>116</sup> Srov. Heckschen, H., Heidinger, A.: Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, Carl Heymanns Verlag München 2009, § 2 odst. 133.

<sup>117</sup> Staudinger, J.: Internationales Gesellschaftsrecht I, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, Berlin 1998, odst. 243; Ulmer, P., Habersack, M., Winter, M.: GmbH-Gesetz, Großkommentar, Verlag Siebeck Mohr, Tübingen 2005, § 4a odst. 13.

<sup>118</sup> MoMiG – Gesetz zur Modernisierung des GmbH Rechts und Bekämpfung von Missbrauchen.

<sup>119</sup> K tomu Preuß, N.: Die Wahl des Sitzungssitzes im geltenden Recht und nach dem MoMiG-Entwurf, GmbHR 2/2007, str. 58 a násl.

<sup>120</sup> V SRN se od novely konkursního práva zákonem InsO účinné k 1. 1. 1999 vychází z termínu „Insolvenz“ místo termínu „Konkurs“ vyplývajícího z KonkursO z 16. 2. 1877.

Německá judikatura má v úmyslu postavit se proti rostoucímu počtu tzv. „hrobařů firem“. Takovéto „hrobařské firmy“ poskytují zavádějící informace s cílem získat příslušnost určitého soudu, který je pro ně výhodný.<sup>121</sup>

V České republice je možno přiblížit tuto problematiku na obdobné kauze, a to konkurzního soudce Berky a spol. Tato kauza má však trestně právní důsledky a dosud nebyla rozhodnuta orgány činnými v trestním řízení.

Přitom se jedná často o případy, ve kterých dlužník již aktivní činnost nevykonává. Zde se vrchní zemské soudy vyslovily převažující většinou pro příslušnost konkursního soudu u statutárního sídla společnosti, ačkoliiv podle smyslu a účelu úpravy příslušnosti je třeba odkázat na místo posledního střediska činnosti. Jde o problém, zda je možné tvrdit, že přenesení obchodních dokumentů do místa, ve kterém se nachází bydliště jednatele společnosti, znamená nové středisko hospodářské činnosti. Názory, se kterými se můžeme setkat v literatuře, zde nevidí možnost navázání v případě, že společnost není skutečně řízena z bydliště jednatele.<sup>122</sup>

Pokud nebyly dodrženy požadavky ust. § 4a odst. 2 GmbHG a ust. § 5 odst. 2 AktG, následovala nepřipustnost statutárního sídla a tím i nedostatek ve stanovách. Taková vada má za následek procesní postup podle ust. § 144a FGG.<sup>123</sup> Pokud se tehdy i dnes zjistily či zjistí vady ve stanovách, vede to ke zrušení společnosti (ust. § 60 odst. 1 č. 6 GmbHG a ust. § 262 odst. 1 č. 5, ust. § 289 odst. 2 č. 2 AktG). Zrušení společnosti se provede *ex offio* podle ust. § 65 odst. 1 věta 2. a 3. GmbHG a ust. § 263 věta 2. AktG. Takové řízení se v SRN nazývá také „řízení o úředním zrušení“ nebo „řízení o úředním výmazu zápisu“ (*Amtslöschungsverfahren*). Účel tohoto řízení je zajištění zákonem předepsaných minimálních požadavků na stanovy, tedy odstranění výtýkaného nedostatku ve stanovách.

V judikatuře a literatuře je sporné, zda je nutno postupovat v případě vadných stanov podle ust. § 144a FGG i v těch případech, kdy splněním obsahových požadavků na stanovy dodatečně odpadne nutnost zrušení a výmazu společnosti z obchodního rejstříku. Literatura v tomto případě zastává názor, že dodatečné odstranění vad stanov je důvodem pro zrušení společnosti. Zemský soud v Memmingen<sup>124</sup> se vyslovil pro přímou aplikaci ust. § 144a FGG v případě přemístění sídla správy společnosti.<sup>125</sup> Opačné názory tvrdí, že by tím zůstal protizákonný stav fakticky bez sankce.

Podle bývalého ust. § 4a odst. 2 GmbHG a ust. § 5 odst. 2 AktG musely stanovy určit místo sídla společnosti, kde společnost měla podnik, kde se nacházelo vedení společnosti (statutární orgán společnosti) nebo vedení správy. Hmotněprávně je tato úprava přizpůsobená pouze na německé společnosti, neobsahuje ale explicitní normu, podle které se má skutečné sídlo nacházet v SRN. Jestli je vnitrozemské skutečné sídlo konstitutivní znak německého práva kapitálových společností, je otázka výkladu, přičemž při stanovení rozhodného práva je nutno brát na zřetel

<sup>121</sup> BayObI G vom 25. 7. 2003, 1 Z AR 72/03, GmbHR 2003, 1492, OLG Celle 9. 10. 2003, 2 W 108/03, OLG Stuttgart 27. 11. 2003 - 8 AR 16/03

<sup>122</sup> Roth, W. H., Altmeyden, H.: GmbHG-Kommentar, Verlag C.H.Beck, 5. Auflage, 2005, § 4a odst. 6a.

<sup>123</sup> § 144a FGG upravuje zrušení AG nebo GmbH, pokud nejsou dodržena kogentní ustanovení zákonů AktG a GmbHG.

<sup>124</sup> LG Memmingen, Urteil vom 14. 11. 2001 - 2 HAT 1322-01, GmbHR 2002, 492.

<sup>125</sup> Kögel, S.: Der Sitz der GmbH und seine Bezugspunkte, GmbHR 1998, 1108, Lutter, M., Hommelhoff, P., Bayer, P.: GmbH-Gesetz Kommentar, Verlag Dr. Otto Schmidt, 16. Auflage, Köln 2004, § 60 odst. 11.

vztah hmotného obchodního práva a kolizních norem mezinárodního práva soukromého.<sup>126</sup> Hmotně právní zakotvení společnosti v právním řádu předpokládá, že právní řád určuje osobní statut společnosti a tím též minimální obsah stanov společnosti.

Při zjištění osobního statutu společnosti navazuje princip sídla na skutečné sídlo. Otázkou je, jaký osud bude mít statut společnosti v případě přemístění skutečného sídla společnosti do zahraničí, např. ze SRN do zahraničí.

V případě přemístění skutečného sídla, kdy stát odstěhování a stát přistěhování uznávají princip sídla, by vznikl logický rozpor, kdyby hmotné právo připustilo společnost se zahraničním skutečným sídlem. To znamená, že právní řád nemůže považovat společnost současně za vnitrozemskou společnost podle hmotného práva, tedy za společnost, která splňuje všechny konstitutivní vlastnosti vnitrozemského typu společnosti, a kolizněprávně ji považovat za zahraniční společnost. Tomuto možnému rozporu se dá zabránit tak, že se bude vyžadovat, aby společnost, jejíž sídlo bylo určeno dle ust § 4a odst. 2 GmbHG a § 5 odst. 2 AktG, měla skutečné sídlo ve vnitrozemí. Pokud by se skutečné sídlo následně přemístilo, tato skutečnost by vedla k neplatnosti stanov, a to by byl důvod pro zrušení společnosti (§ 144a FGG).<sup>127</sup>

Pokud tedy německý právní řád považuje skutečné sídlo ve vnitrozemí za konstitutivní vlastnost, i když hmotně právní úprava takové požadavky nestanoví, je možné vidět důvod pro takový požadavek v tom, že kolizní právo a hmotné právo nesmí vést k neekvivalentním výsledkům.<sup>128</sup>

Jinak to vypadá v případě přemístění skutečného sídla společnosti, založené podle německého práva, do státu řídicího se inkorporačním principem. Zde se klade otázka, zda německé hmotné právo akceptuje trvalé rozpadnutí se statutárního a skutečného sídla i tehdy, když nejde o zabránění logickým rozporům.<sup>129</sup>

Pouze ze skutečnosti, že stát přistěhování uznává inkorporační princip, nelze dovodit závěr, že skutečné sídlo ve státě inkorporace by muselo být na škodu. Zde je nutno poznamenat, že nařízení zrušení (jako následek německého hmotného práva) není možné interpretovat jako odepření zpětného odkazu.<sup>130</sup> Tak to vidí i názor zastoupený částečně v literatuře.<sup>131</sup>

Kolizní právo se dá při této otázce posoudit spíše indiferentně. Většinový názor v německé literatuře se domnívá, že zrušení společnosti podle německého práva nenastává, pokud existuje podnik ve vnitrozemí nebo se v SRN uskutečňuje ostatní obchodní činnost.<sup>132</sup> Dle tohoto názoru se jedná o zabránění logickému rozporu mezi hmotným právem a kolizním právem, které

<sup>126</sup> Dále Preuß, N.: Die Wahl des Sitzungssitzes im geltenden Gesellschaftsrecht und nach dem MoMiG-Entwurf GmbHR 2/2007, str. 59.

<sup>127</sup> LG Memmingen, Urteil vom 14. 11. 2001 – ZHT 1322-01, GmbHR 2002, 492; Ulmer, P., Habersack, M., Winter, M., GmbH-Gesetz, Großkommentar, Verlag Siebeck Mohr, Tübingen 2005, § 4a odst. 31.

<sup>128</sup> Preuß, N.: Die Wahl des Sitzungssitzes im geltenden Recht und nach dem MoMiG-Entwurf, GmbHR 2/2007, str. 60.

<sup>129</sup> Schwarz, Ch.: Sitzverlegung einer GmbH in das EU Ausland, NZG 2001, 613.

<sup>130</sup> Srov. OLG Hamm Urteil vom 1. 2. 2001 – 15 W 390-00 ve GmbHR 2001, 440.

<sup>131</sup> Kienniger, E.-M.: Zur Verlegung des Sitzes einer GmbH in die Niederlande, NZG 2001, 610.

<sup>132</sup> Kindler, P., in Münchener Kommentar zum BGB, 4. vydání., 2006, InteGesR odst. 505, Sandrock in Sandrock, O., Kindler, P.: Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen, str. 91; Triebel, V., Hase, K.: Wegzug und grenzüberschreitende Umwandlung deutscher Gesellschaften nach Überseering und Inspire Art, BB 2003, str. 2409-2413.

ospravedlňuje požadavek skutečného sídla ve vnitrozemí. Nedojde-li k tomuto rozporu, zabrání se zrušení společnosti, a to s cílem obejít mezinárodní soudní rozhodnutí.<sup>133</sup>

Dle jiného názoru je požadavek skutečného sídla ve vnitrozemí třeba zachovat i při odstěhování se do státu uznávajícího inkorporační princip.<sup>134</sup>

V tom případě se zde jedná o „pravý“ požadavek v rámci hmotně právních předpisů. Důvod pro zrušení společnosti nespočívá ve změně stanov, ale ve změně politického, hospodářského a kulturního prostředí.<sup>135</sup> Výše uvedené znázornění různých variant vychází z hypotézy, že jak u státu respektujícího princip sídla, tak u státu uznávajícího inkorporační princip, se jedná o členský stát EU. Takto učiněný předpoklad prolíná celou touto prací. Závěr vyplývající z této hypotézy má samozřejmě zohlednit svobodu usazování podle čl. 43 a 48 SES.

ESD vychází ve svém výkladu svobody usazování z názoru, že je nutno brát zřetel na právní způsobilost společnosti podle práva státu, do kterého společnost založená podle práva jiného státu přemístí své skutečné sídlo.<sup>136</sup> Přitom stát přistěhování nesmí při aplikaci svého kolizního práva popírat zakotvení společnosti v právu státu založení a s tímto odůvodněním zpochybňovat právní způsobilost této společnosti.<sup>137</sup>

Kolizně právní navázání prováděné ve státě přistěhování nesmí vést k výsledku, že by svoboda usazování společnosti založené dle práva jiného členského státu byla omezena.<sup>138</sup> To ale znamená, že se státem přistěhování se – z perspektivy státu inkorporace – vždy zachází také jako se státem uznávajícím princip inkorporace.<sup>139</sup>

Podle judikatury ESD jsou konstitutivní znaky práva inkorporace rozhodné pro uznání právní způsobilosti společnosti. Vyvstává tedy otázka, jestli vystačí návaznost na vnitrozemí podle § 4a odst. 2 GmbHG a § 5 odst. 2 AktG, aby bylo možné stanovit statutární sídlo v SRN i tehdy, když společnost přemístí skutečné sídlo do jiného členského státu EU, který uznává princip sídla. Z toho důvodu není možné požadavek návaznosti na vnitrozemí odůvodnit logickým souladem kolizního práva a hmotného práva. Požadavek vnitrozemského skutečného sídla by zde měl význam jen pro ten případ, kdyby německé právo jako právo inkorporace povýšilo sídlo ve vnitrozemí na úroveň konstitutivního znaku. Avšak německé právo dosud takovou jednoznačnou právní úpravu nemělo.

Pokud se zde aplikuje hmotné právo, musí obsahové náležitosti odpovídat minimálním požadavkům statutu a řídí se *de lege lata* výhradně dle § 4a odst. 2 GmbHG a § 5 odst. 2 AktG. Jsou-li splněny tyto minimální požadavky, nebrání to zachování zahraničního sídla společnosti, brání to však vzniku tzv. schránkové společnosti (*Briefkastengesellschaft*) a slouží to ke zdůvodnění místní příslušnosti rejstříkového soudu, k jehož obvodu vykazuje společnost

<sup>133</sup> Kindler, P., in Münchener Kommentar zum BGB, 4. vydání., 2006, IntGesR, odst. 504.

<sup>134</sup> Staudinger, J.: Internationales Gesellschaftsrecht, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, Berlin 1998, odst. 629.

<sup>135</sup> Staudinger, J.: Internationales Gesellschaftsrecht, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, Berlin 1998, odst. 628.

<sup>136</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-212/97, 9. 3. 1999, *Centros*, 5. 11. 2002, č. C-208/00, *Überseering*.

<sup>137</sup> Altmeppen, H.: Schutz vor europäischen Kapitalgesellschaften, NJW 2004, 97; Behrens, P.: das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering Urteil des EuGH und den Schlußanträgen zu Inspire Art, IPRax 2003, str. 193.

<sup>138</sup> Altmeppen, H.: Schutz vor europäischen Kapitalgesellschaften, NJW 2004, str. 97.

<sup>139</sup> Kieninger, E.-M.: Internationales Gesellschaftsrecht nach „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“: Antworten, Zweifel und offene Fragen, ZeuP 2004, str. 685; Sandrock, O.: Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen, ZeuP 2004, str. 93.



prostorový vztah. Požadavek minimálního napojení vede k omezení odstěhování, které opět znamená omezení svobody usazování.

Z uvedeného vyplývá, že kapitálové společnosti německého práva – zde příkladně GmbH a AG – jsou zakotvené v právu inkorporace přes statutární sídlo, které zakládá současně příslušnost rejstříkového soudu. Z toho důvodu by bylo podle současného stavu německého práva zahraniční sídlo kapitálové společnosti vyloučeno.

Naproti tomu německé hmotné právo nevyžaduje skutečné sídlo ve vnitrozemí, nýbrž pouze prostorový vztah (§ 4a odst. 2 GmbHG, § 5 odst. 2 AktG). Německé hmotné právo se aplikuje vždy v případech, když společnost přemístí své skutečné sídlo do státu uznávajícího inkorporační princip.

Při přemístění sídla se uplatňuje zásada, že právu státu původu a právu státu přistěhování je nutno vyhovět, aby společnost mohla účinně přemístit své sídlo.<sup>140</sup> V SRN dosud převládající princip sídla měl do dne 31. 10. 2008 za následek, že přemístění sídla německé společnosti do zahraničí vedlo ke zrušení společnosti, protože „*numerus clausus*“ forem společností v SRN neznal společnost se sídlem v zahraničí.

V případech přistěhování neakceptovalo německé právo zpravidla zahraniční společnost, protože by společnost podle principu sídla musela splnit předpoklady pro uznání, které zahraniční společnost zpravidla splnit nemůže.<sup>141</sup> Tímto se zahraniční společnost uznávala jen jako německá osobní společnost,<sup>142</sup> (k výjimkám srov. Část VII, Díl 5, Oddíl 2, judikatura ESD a výjimky pro společnosti z USA jsou uvedeny v Části IV, Díl 2, Oddíl 1).

Přes hlasy, které v minulosti převládaly v literatuře a které doporučovaly pro právnické osoby úplný přechod na inkorporační navazování za účelem obnovy jednotné kolizní normy pro společnosti,<sup>143</sup> zůstala německým společnostem mobilita ohledně přemístění skutečného sídla upřena, protože přemístění z pohledu německého práva vede ke ztrátě statutu německé společnosti.

Hmotněprávně se dá také vycházet z toho, že přemístění sídla a s tím spojené změny stanov vedou ke zrušení společnosti.

Na takovém zacházení ze strany německých soudů dlouhý čas nic nezměnila ani judikatura ESD. Svoboda usazování výslovně neposkytuje právo odstěhování vůči státu inkorporace, protože tento sám stanoví předpoklady, za kterých se nabývá právní způsobilost (tzv. doktrína *Daily Mail*).<sup>144</sup>

To, že se německý zákonodárce nyní přece jenom rozhodl postupně se vzdát principu sídla, je se zřetelem na dlouhodobou zdrženlivost překvapivé. Do jaké míry se tento odstup v současné právní úpravě podařil, ukazuje dále Část VIII, Díl 2.

<sup>140</sup> Staudinger, J.: Internationales Gesellschaftsrecht, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, Berlin 1998, odst. 606.

<sup>141</sup> Horn, N.: Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit-Inspire Art, NJW 2004, str. 893, 897.

<sup>142</sup> Hoffmann, J.: Die stille Bestattung der Sitztheorie durch den Gesetzgeber, ZIP Heft 34, 24.8.2007, S. 1581.

<sup>143</sup> Behrens, P.: Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseeing Urteil des EuGH und den Schlußanträgen zu Inspire Art, IPRax 2003, 193, 205; Eidenmüller, H.: Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, ZIP 2002, 2233, Leible, S., Hofmann, J.: RIW 2002, 929, 935; Sandrock, O.: Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen, ZeuP 2004, str. 129 a násl.

<sup>144</sup> ZIP 2002, 2037, NJW 2002, 3614, odst. 70.

## Díl 4 Zakotvení inkorporačního principu v České republice

V českém právu je inkorporační princip zakotven v ust. § 22 ObchZ, který je považován za kolizní normu.<sup>145</sup> Zde je stanoveno: „Právní způsobilost, kterou má jiná než fyzická zahraniční osoba podle právního řádu, podle něhož byla založena, má rovněž v oblasti českého právního řádu. Právním řádem, podle něhož byla tato osoba založena, se řídí i její vnitřní právní poměry a ručení členů nebo společníků za její závazky.“ Tím, že zákonodárce používá obratu „jiná než fyzická osoba“, reaguje na skutečnost, že v cizích právních řádech mohou existovat společenství nadaná sice např. procesní způsobilostí, ale už jen některými atributy hmotně právní způsobilosti.<sup>146</sup>

Způsob určení osobního statutu patří do předpisu o mezinárodním právu soukromém.<sup>147</sup> Stanovili dosavadní ust. § 3 odst. 1 zákona o mezinárodním právu soukromém a procesním, že „způsobilost osoby k právům a k právním úkonům se řídí, nestanoví-li se v tomto zákoně něco jiného, právním řádem státu, jehož je příslušníkem,“ je návrh nového zákona o mezinárodním právu soukromém a procesním již o něco jasnější, pokud uvádí, že „právní způsobilost právnické osoby a jiné než fyzické osoby se řídí právním řádem, podle něhož vznikla...“.<sup>148</sup> Z toho vyplývá, že inkorporační princip zůstává v českém právu zachován i do budoucna (s výhradou speciální normy, která by stanovila jinak).

Výjimku z inkorporačního principu představuje v českém právu ust. § 26 ObchZ, který podmiňuje možnost přemístění sídla<sup>149</sup> existencí mezinárodní smlouvy. (Srov. Část IV, Díl 1, Oddíl 2, č.3.)

### Část III. Základy svobody usazování v právu Evropských společenství

#### Díl 1 Svoboda usazování obchodních společností

##### Oddíl 1 Primární svoboda usazování

Před vyjasněním rozsahu svobody usazování pro obchodní společnosti a stupně jejich skutečné svobody je nutné si uvědomit základní evropské skutečnosti a jejich další vývoj především s ohledem na skutečně vžitou svobodu.

Základní právní rámec upravující svobodu usazování obsahuje SES a dále jej rozvíjí sekundární právo a především judikatura ESD. Prvotním ustanovením upravujícím svobodu usazování je čl. 43 SES, který říká, že: „... jsou zakázána omezení svobody usazování pro státní příslušníky

<sup>145</sup> Srov. Kučera, Z.: Mezinárodní právo soukromé, 6. vydání, Doplněk, Brno 2004, str. 259.

<sup>146</sup> Srov. Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kolektiv, Obchodní zákoník, komentář, 12. vydání, C. H. Beck, 2009, § 22.

<sup>147</sup> Srov. Pauknerová, M.: Právo ES a jeho vliv na kolizní úpravu obchodních společností v českém právu, ve Šturma, P., Ondřej, J. (eds.) Aspekty podnikání v EU a ochrana lidských práv, Sborník č. 34, str. 217.

<sup>148</sup> Tamtéž, str. 217, srov. § 30 odst. 1 návrhu, dále text návrhu zákona:  
<http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/zakon-o-mezinarodnim-pravu-soukromem/text-navrhu-zakona.html>

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

*Svoboda usazování zahrnuje přístup k samostatně výdělečným činnostem a jejich výkon, jakož i zřizování a řízení podniků, zejména společností ve smyslu čl. 48 druhého pododstavce, za podmínek stanovených pro vlastní státní příslušníky právem země usazení, nestanoví-li kapitola o pohybu kapitálu jinak.“*

Tímto zajišťuje primární právo také primární svobodu usazování jako jednu z ústředních svobod ES a doplňuje a rozšiřuje možnosti práva zakládat na území jiných členských států dceřiné společnosti, pobočky, zastoupení a další. Tato svoboda tedy zajišťuje na jedné straně díky imanentnímu zákazu jejího omezení přístup na trh a na druhé straně garantuje při zákazu diskriminace stejné zacházení s účastníky vnitrozemského trhu. Obsahová náplň a rozšíření této svobody se opírají o rozsudky ESD.

Primární svoboda usazování má u fyzických osob dvě podoby, a to zřízení místa podnikání (sídla) v určitém členském státě a přeložení místa podnikání do jiného členského státu. To v praxi znamená, že fyzická osoba může svobodně zahájit svou podnikatelskou činnost v některém z členských států, kde si zřídí svou provozovnu, a uzná-li to za vhodné, může toto místo svého podnikání přeložit do kteréhokoliv jiného členského státu.

Pokud jde o obchodní společnosti, na které se zaměřuje tato práce, je třeba v souvislosti se svobodou usazování zohlednit vždy vedle čl. 43 SES i čl. 48 SES, který stanoví, že se společností založenou podle práva některého členského státu, jež má své sídlo, svou ústřední správu nebo hlavní provozovnu uvnitř Společenství, se zachází stejně jako s fyzickými osobami, které jsou státními příslušníky členských států. Přitom je pojem společnosti v komunitárním právu vymezen druhým pododstavcem čl. 48 SES. Podle tohoto ustanovení jsou za společnost považovány společnosti založené podle občanského nebo obchodního práva včetně družstev a jiné právnické osoby veřejného nebo soukromého práva s výjimkou neziskových organizací.

Takto široké vymezení se týká jen práva primárního. Sekundární právo sleduje podstatně užší pojetí.<sup>150</sup> Co se týká varianty „zřízení sídla v určitém členském státě“, ta je u společností již z jejich podstaty vyloučena. Společnosti totiž většinou vznikají až zápisem do určitého, národním právním řádem určeného rejstříku (např. obchodní rejstřík v případě obchodních společností dle Obchodního zákoníku) a až tímto okamžikem nabývají právní subjektivitu pro Českou republiku (§ 19 odst. 2 ObčZ).

V SRN nabývá GmbH právní subjektivitu od okamžiku zapsání v obchodním rejstříku (§ 11 odst. 1 GmbHG), v případě akciové společnosti (AG) platí totéž (§ 41 odst. 1 AktG).

Sídlo společnosti je však většinou určeno již v zakládacích dokumentech. Nejsou to tedy společnosti samy, které určují místo svého sídla (§ 19c odst. 1 ObčZ), nýbrž to jsou jejich zakladatelé, které je třeba zásadně považovat za právní subjekty odlišné od samotných společností.

---

<sup>149</sup> Přípravená novelizace Občanského zákoníku již používá termín přesídlení.

<sup>150</sup> Dědič, J., Čech, P.: Evropské právo společností, Praha 2004, str. 10.

Zakladatelé založením společnosti realizují vlastní práva vyplývající ze základních svobod, a to buď ze svobody usazování, případně z volného pohybu kapitálu, je-li založení společnosti pro zakladatele v první řadě investicí do cenných papírů. Z toho vyplývá, že společnost sama o sobě nemá primární svobodu usazování v tom smyslu, že by si mohla sama zřídit své sídlo.

Pokud jde o druhou variantu realizace primární svobody usazování společností, tedy „přeložení sídla“, pak tuto formu ještě dnes omezují překážky vyplývající z právních řádů jednotlivých států. Právní řády mnohých členských států (obzvláště států následujících princip sídla) vyžadují, aby při přeložení sídla byla společnost ve „státě původu“ řádně zrušena a následně byla ve státě, do kterého hodlá své sídlo přeložit, znovu založena.<sup>151</sup> Takový předpoklad platí také v SRN.

V konečném důsledku tak nedojde k vlastnímu přemístění sídla při současném zachování právní subjektivity společnosti, ale k zániku společnosti a jejímu znovuzaložení v jiném členském státě. Dojde-li však k zániku společnosti a jejímu znovuzaložení, pak se nehovoří o primární usazovací svobodě dané společnosti, neboť (minimálně v případě jejího nového založení) to není společnost sama, kdo toto právo realizuje.

Jiné právní řády sice přeložení sídla do jiného státu při zachování právní subjektivity společnosti připouštějí, avšak pouze za splnění určitých podmínek stanovených především daňovými předpisy.

Některé členské státy oproti tomu požadují, aby společnosti, které si do nich hodlají přeložit své sídlo, přizpůsobily svou „strukturu“ místnímu právnímu řádu nebo minimálně změnily stanovy a uvedly je do souladu s národním právním řádem státu, do kterého sídlo přesouvají.<sup>152</sup>

Svoboda usazování není neomezená, neboť při usazování v kterémkoliv státě je třeba respektovat právní předpisy tohoto státu.<sup>153</sup> (srov. k omezení svobody usazování dále Díl 2).

Jednotlivé členské státy však musí při přijímání vnitrostátních předpisů respektovat komunitární právo a (v souvislosti se svobodou usazování) především zákaz diskriminace a zákaz omezujících opatření, které určují rozsah svobody usazování. Když je národní právní úprava nerespektuje, jde o porušení komunitárního práva a každá osoba oprávněná ke svobodě usazování se může dovolávat přímo čl. 43 SES.

## **Oddíl 2      Sekundární svoboda usazování**

Dceřiná společnost zahraniční mateřské společnosti je z pohledu národního práva vždy vlastní společností státu, ve kterém má dceřiná společnost sídlo, a zároveň podléhá místním předpisům upravujícím založení a zápis do příslušného obchodního rejstříku. Zde většinou k problémům spočívajícím v omezení svobody nedochází.

Jinak je tomu u poboček zahraničních právnických osob. Zde se některé členské státy opakovaně snažily omezit zakládání poboček tzv. formálně zahraničních společností, tedy takových společností, které jsou založené v určitém členském státě pouze formálně, nevykonávají v něm žádnou činnost a rovněž zde není přítomno vedení společnosti.

<sup>151</sup> Příkladem je právní řád Německa či Belgie.

<sup>152</sup> Např. právní řády Itálie a Francie.

### **Oddíl 3 Osobní rozsah svobody usazování**

#### **1. Fyzické osoby**

Evropské společenství vytváří od svého založení prostor svobodného podnikání fyzických osob. Občané členských států mají právo usadit se a pobývat v jiném členském státě za účelem výkonu samostatné výdělečné činnosti nebo osobního podnikání. Svoboda podnikání, podobně jako volný pohyb pracovníků se zakládá na plném zrovnoprávnění občanů jiných členských států s občany hostitelského státu a nepřipustnosti jakékoli diskriminace.

Pouze oprávněné osoby mohou profitovat a dovolat se ustanovení SES o svobodě usazování. Z čl. 43 SES jasně vyplývá, že jimi jsou především fyzické osoby, které jsou státními příslušníky členských států Evropského společenství. Fyzická osoba se může dovolat svobody usazování, postačí, je-li státním příslušníkem některé členské země ES.

Samostatně výdělečnou činnost občanů jiných členských států, zejména předpoklady jejího zahájení a výkonu, upravují právní předpisy státu, ve kterém je činnost vykonávána. Zde platí zejména předpisy správní, pracovní, hospodářské, daňové, ale i mnohé další. Diskriminační nejsou přiměřené nároky na jazykové znalosti a kvalifikaci. Uznávání kvalifikace je předmětem harmonizace práva ES. Členské státy umožní migrujícím samostatně výdělečně činným osobám nabývání nemovitostí, a to nad rámec možných omezení volného pohybu kapitálu.

Oproti tomu mohou členské státy vyhradit vlastním občanům samostatně výdělečné činnosti spojené s výkonem veřejné moci.<sup>154</sup>

Pobyt samostatně výdělečně činných osob může být zapovězen nebo omezen členskými státy pouze z důvodu veřejného zájmu (výhrada veřejného pořádku a bezpečnosti a výhrada veřejného zdraví).

#### **2. Právnícké osoby**

Svoboda usazování se dá pochopit jako svoboda podnikatelů, kterým dává možnost zvolit si místo svého podnikání a vykonávat činnost tam, kde jsou hospodářské podmínky nejpříznivější.

Stejně jako čl. 43 SES stanoví státní příslušnost některého členského státu jako podmínku svobody usazování fyzických osob, stanoví čl. 48 odst. 1 SES kritéria pro určení „příslušnosti“ společnosti k právnímu řádu některého z členských států a tím příslušnosti k Evropskému společenství. Svoboda usazování se nevztahuje na všechny subjekty sledující výdělečný účel, nýbrž pouze na ty společnosti, které splňují podmínky stanovené v čl. 48 odst. 1 SES. Podle tohoto ustanovení se jedná o společnosti založené podle práva některého členského státu EU, které mají uvnitř Společenství své „sídlo“, tj. místo formálně uvedené ve stanovách/zakládací listině/společenské smlouvě společnosti, svou „ústřední správu“, tj. místo, na kterém přijímají orgány společnosti podstatná rozhodnutí, nebo hlavní „místo své podnikatelské činnosti“, tj. těžiště hospodářské činnosti a místo, na kterém se nacházejí hlavní personální a věcné prostředky společnosti, přičemž všechna tři uvedená kritéria jsou si rovna. Jak již bylo výše uvedeno, čl. 48

<sup>153</sup> Např. předpisy týkající se zakládání dceřiných společností, poboček, získávání živnostenských oprávnění apod.

SES<sup>155</sup> staví na roveň fyzické a právnické osoby.

Svobodu podnikání (usazování) nemohou využít právnické osoby zřízené k jiným účelům než k účelu dosahování zisku (např. obecně prospěšné společnosti, nadace, veřejné instituce, spolky, církve, politické strany). Oprávněné právnické osoby (obchodní společnosti) mohou působit v hostitelském členském státě srovnatelně jako občané jiných členských států.

Právo ES usnadňuje zakládání obchodních společností zavedením volného pohybu kapitálu a zrovnoprávněním občanů jiných členských států při kapitálové účasti na obchodních společnostech. Členské státy jsou oprávněné podrobit výkon svobody usazování požadavku registrace, např. zápisu do obchodního rejstříku, jehož smyslem je evidence hospodářské činnosti na území státu.

Oficiální německá verze SES hovoří v čl. 48 odst. 2 EGV o „jiných právnických osobách“ a implikuje tak závěr, že za společnosti je třeba považovat pouze subjekty, které mají podle národního právního řádu právní subjektivitu. Především v německé literatuře se však velice často objevuje názor, že komunitární pojem „společnost“ zahrnuje také „útvary“, které právní subjektivitu nemají. Jako příklad se většinou uvádí německá „*Gesellschaft des bürgerlichen Rechts – GbR*“, „*Offene Handelsgesellschaft – OHG*“ či „*Partnerschaftsgesellschaft*“. Zde je však třeba opatrnosti, neboť koncepce právnických osob a právní subjektivity se v jednotlivých členských státech liší. Všechny výše uvedené německé „společnosti“ totiž mají zákonem či judikaturou výslovně přiznánu alespoň částečnou právní subjektivitu. Například ust. § 124 odst. 1 HGB výslovně stanoví, že „*Offene Handelsgesellschaft*“ může v rámci své firmy nabývat práv a vstupovat do závazků, nabývat vlastnické právo a jiná věcná práva k nemovitostem i žalovat a být žalována před soudem. Totéž stanoví příslušný zákon<sup>156</sup> i pro „*Partnerschaftsgesellschaft*“, a to právě odkazem na již zmíněný §124 HGB. V případě „*GbR*“ je situace obdobná, neboť Spolkový soudní dvůr (BGH) ve svém rozsudku ze dne 29. 1. 2001 jasně konstatoval, že rovněž „*BGB-Gesellschaft - GbR*“ má částečnou právní subjektivitu a způsobilost k právním úkonům. Názory německých autorů, že pojem „společnost“ zahrnuje také entity bez právní subjektivity, tedy nelze paušálně aplikovat na podmínky českého právního řádu, např. na sdružení ve smyslu § 829 ObčZ, které dle výslovného znění zákona není právnickou osobou. Pojem „společnost“ dle čl. 48 odst. 2 SES tedy zahrnuje všechny „útvary“ odlišné od fyzických osob, které jsou dle právního řádu, podle kterého byly založeny, nositeli práv a povinností, a které sledují výdělečný účel.

<sup>154</sup> Např. činnost notáře nebo exekutora.

<sup>155</sup> Článek 48 SES zní: „Se společnostmi založenými podle práva některého členského státu, které mají své sídlo, svou ústřední správu nebo hlavní místo své podnikatelské činnosti uvnitř Společenství, se pro účely této kapitoly zachází stejně jako s fyzickými osobami, které jsou příslušníky členských států. Společnostmi se rozumějí společnosti založené podle občanského nebo obchodního práva včetně společností družstevních, jakož i jiné právnické osoby veřejného nebo soukromého práva s výjimkou nevýdělečných.“

## **Díl 2 Omezení svobody usazování obchodních společností**

### **Oddíl 1 Zákaz omezujících opatření**

#### **1. Zákaz diskriminace**

Článek 43 SES zakotvuje zákaz diskriminace na základě státní příslušnosti, resp. příkaz stejného zacházení se státními příslušníky jiných členských států a vlastními státními příslušníky. Přitom je nutné rozlišovat diskriminaci zjevnou a skrytou.

O zjevné (přímé) diskriminaci hovoříme tehdy, pokud vnitrostátní právní úprava výslovně odkazuje na státní příslušnost. Zákaz zjevné diskriminace je absolutní. Neplatí pouze tehdy, pokud je určitá činnost vyňata z okruhu svobody usazování, tak je tomu v případě čl. 45 SES (činnosti spjaté s výkonem veřejné moci) a též v případě, kdy Smlouva výslovně poskytuje v čl. 46 SES možnost stanovit zvláštní režim pro cizí příslušníky z důvodu veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti a ochrany zdraví.

Skrytou diskriminaci představuje oproti tomu taková vnitrostátní úprava, která se sice neodvolává výslovně na státní příslušnost, a proto se formálně uplatňuje stejně na příslušníky všech členských států Evropského společenství, avšak týká se převážně pouze vlastních, či pouze cizích státních příslušníků. Tak je tomu typicky např., pokud se odkazuje na bydliště nebo jazykové znalosti či jinou skutečnost, kdy podmínky této úpravy splňují převážně vlastní státní příslušníci, nebo příslušníci jiných členských států. S vlastními státními příslušníky a příslušníky ostatních členských států se tak formálně zachází stejně, avšak podmínky právní úpravy splňuje jedna skupina. Obdobně jako zjevná diskriminace je i skrytá diskriminace zakázaná. V tomto případě ale nelze za diskriminaci považovat odlišné zacházení se státními příslušníky jiných členských států, pokud je ospravedlněno věcnými důvody a je přiměřené.

Zjednodušeně se dá říci, že o diskriminaci nejde tehdy, pokud je rozdílné zacházení ve veřejném zájmu a je objektivně smysluplné. Oproti tomu diskriminací je rozdílné zacházení, které je svévolné.

Zákaz diskriminace, tvořící součást základních svobod, nemá horizontální účinek, což znamená, že tento zákaz chrání oprávněné osoby pouze proti diskriminačním opatřením členských států, nikoliv již proti diskriminaci ze strany soukromoprávních subjektů. Něco jiného platí v případě, že se diskriminační jednání dá přičíst na vrub státu.

Zákazu diskriminace se obvykle nelze dovolat přímo vůči soukromoprávnímu diskriminujícímu subjektu. Ze smlouvy však lze vyvodit povinnost státu zajistit, aby k takové diskriminaci nedocházelo. Čl. 10 SES totiž ukládá členským státům povinnost učinit veškerá vhodná obecná i zvláštní opatření k plnění závazků, které vyplývají ze SES nebo jsou důsledkem činnosti orgánů Společenství a usnadňují mu plnění jeho úkolů. Z tohoto článku lze vyvodit povinnost členských států zajistit, aby nedocházelo k diskriminaci cizích státních příslušníků soukromoprávními subjekty podléhajícími jejich jurisdikci. Pokud by byla přijata taková hypotéza, bylo by možné,

---

<sup>156</sup> § 7 odst. 2, Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe.

aby se jedinec, poškozený diskriminačním jednáním jiného soukromoprávního subjektu, domáhal náhrady škody po státu, který nezajistil zákaz diskriminačního jednání, avšak samozřejmě pouze v případě, že by národní právní řád ochranu proti tomuto diskriminačnímu jednání neposkytoval.

Ze zákazu diskriminace a povinnosti rovného zacházení pak v případě svobody usazování vyplývá, že oprávněné subjekty mají díky svobodě usazování právo zahajovat a vykonávat samostatně výdělečnou činnost za stejných podmínek jako vlastní státní příslušníci, např. právo zakládat společnosti, uzavírat smlouvy, podílet se na výběrových řízeních, získávat nejrůznější povolení, nabývat vlastnictví, stejně jako mají právo na stejné zacházení v daňových otázkách.

## 2. Interpretace pojmu „diskriminace“ Soudním dvorem

Z čl. 43 SES může vyplývat takové vnímání věci, že rovné zacházení s vlastními a cizími státními příslušníky (tj. zákaz diskriminace) je primárním požadavkem tohoto ustanovení, a proto se oprávněné osoby nemohou odvolávat na tento článek, pokud na ně byla aplikována stejná pravidla jako na státní příslušníky státu usazení. Tento výklad byl zpočátku podpořen některými rozhodnutími ESD.<sup>157</sup>

Přestože zákaz diskriminace představuje důležitý aspekt svobody usazování spočívající v tom, že s příslušníkem jednoho členského státu usazeným v jiném členském státě se musí v zásadě jednat stejně jako s vlastním státním příslušníkem, ESD šel postupně dál v duchu své judikatury v oblasti volného pohybu zboží a služeb a nakonec deklaroval, že rovněž „nediskriminační překážky“ svobody usazování jsou za určitých okolností zakázány. Důvodem, proč Evropský soudní dvůr dlouho čl. 43 SES vykládal pouze ve smyslu zákazu diskriminace, na rozdíl od ustanovení týkajících se volného pohybu zboží či volného pohybu služeb, u kterých zákaz nediskriminačních omezujících opatření formuloval mnohem dříve, je možná skutečnost, že v případě svobody usazování se oprávněné osoby, na rozdíl od osob využívajících volného pohybu zboží a služeb, trvale začleňují do hospodářského života a společnosti hostitelského státu. Nebyl tedy shledán důvod, proč by pro tyto osoby měl platit jiný režim než pro vlastní státní příslušníky, a povinnost stejného zacházení byla shledávána jako dostačující. Následně však Soudní dvůr svou judikaturu změnil a uznal všeobecný zákaz omezujících opatření i pro svobodu usazování, neboť ani zde k plnému uskutečnění svobody usazování nestačí vždy pouhé uplatňování zákazu diskriminace. Každý stát je totiž v případě chybějící komunitární úpravy oprávněn stanovit pravidla pro výkon určité činnosti. Takové předpisy však mohou také znamenat překážku vnitřního trhu, především liší-li se stát od státu. Z toho Soudní dvůr vyvodil, že pouhý zákaz diskriminace a povinnost stejného zacházení nestačí k uplatnění příslušných svobod, a stanovil další požadavky na vnitrostátní úpravu.

Zákaz omezujících opatření formuloval ESD nejprve pro oblast zakládání poboček v jiném členském státě, když prohlásil za neslučitelnou s právem Evropského společenství vnitrostátní právní úpravu, která sice platila stejně jak pro vlastní státní příslušníky, tak pro příslušníky

<sup>157</sup> Např. rozsudek ESD č. 221/85 „*Komise v. Belgie*“; rozs. ESD č. 182/83 „*Robert Fearon and Co. v. Irish Land Commission*“.



ostatních členských států a neměla tak diskriminační charakter, avšak ve svém důsledku bránila zakládání poboček a tím i samotné svobodě usazování státních příslušníků jiných členských států. Konkrétně šlo o případ „Klopp“<sup>158</sup>, kdy byl německému právníkovi odmítnut zápis do pařížské advokátní komory z toho prostého důvodu, že již měl svou advokátní kancelář v jiném členském státě. Předpisy pařížské advokátní komory, aplikované stejně na francouzské i cizí státní příslušníky, totiž stanovily, že advokát může mít pouze jednu kancelář. Přes tento nepochybně rovný přístup k vlastním i cizím státním příslušníkům ESD konstatoval, že přestože je na členském státě, aby upravil výkon určité profese na svém území, není možné po advokátovi, který má zájem vykonávat svou profesi v tomto státě, požadovat, aby měl v rámci Společenství pouze jednu kancelář, neboť čl. 43 SES výslovně garantuje právo založit více než jedno místo podnikání na území Společenství a obecný zákaz zřizování poboček odporuje základní myšlence (sekundární) svobody usazování.<sup>159</sup> ESD postupně svou interpretaci čl. 43 SES rozšiřoval ve smyslu všeobecného zákazu omezujících opatření. Tak v případech „Wolf“,<sup>160</sup> „Stanton“<sup>161</sup> a „Kemmler“<sup>162</sup> například konstatoval, že národní pravidla týkající se výjimek ze systému sociálního zabezpečení pro osoby samostatně výdělečně činné, ač nebyla shledána diskriminačními, byla přesto nepřipustná, neboť představovala neospravedlnitelnou a nepřiměřenou překážku pro výkon profese ve více než jednom státě.

V rozhodnutí ve věci „Gebhard“<sup>163</sup> ESD jasně naznačil, jak široce interpretuje článek 43 SES. Z tohoto rozsudku vyplývá, že všechna ustanovení Smlouvy<sup>164</sup> o volném pohybu stojí na témže principu a že ustanovení o volném pohybu zboží, službách, osob a usazování se mají pojímat a vykládat obdobně. Zde také ESD výslovně potvrdil právo jednotlivých členských států vydávat právní předpisy upravující výkon jednotlivých činností. Zároveň se odvolal na svou judikaturu<sup>165</sup> a dále konstatoval: „V případě, kdy jsou národní opatření způsobilá výkon základních svobod omezit nebo je učinit méně atraktivními, jsou taková opatření přípustná, jen pokud kumulativně splňují čtyři základní podmínky:

- používají se nediskriminujícím způsobem;
- jsou ospravedlnitelná důležitými požadavky všeobecného zájmu;
- jsou způsobilá dosáhnout sledovaného cíle;
- nejdou nad rámec toho, co je pro dosažení sledovaného cíle nezbytné.“

Takto postupně Soudní dvůr upřesnil svou judikaturou zákaz omezujících opatření při zakládání poboček (odštěpných závodů) na obecný zákaz omezujících opatření. Z judikatury ESD tedy

<sup>158</sup> Rozsudek ESD č. 107/83.

<sup>159</sup> Evropský soudní dvůr navíc konstatoval, že k zajištění sledovaného cíle, tj. zajištění dostatečného kontaktu mezi advokátem a jeho klienty, mohly sloužit méně omezující prostředky, a to s ohledem na moderní telekomunikační a dopravní prostředky.

<sup>160</sup> Rozsudek ESD č. 154-155/87 „RSVZ v. H. Wolf a další“.

<sup>161</sup> Rozsudek ESD č. 143/87 „Stanton v. INASTI“.

<sup>162</sup> Rozsudek ESD č. 143/87 „INASTI v. Kemmler“.

<sup>163</sup> Rozsudek ESD č. C-55/94 „Gebhard“.

<sup>164</sup> Rozsudek o volném pohybu zboží, služeb, pracovníků a svobodě usazování.

<sup>165</sup> Myšlena je zřejmě judikatura v oblasti volného pohybu zboží a služeb, kde - jak již z výše uvedeného vyplývá - byl zákaz omezujících opatření, byť nediskriminujících, formulován mnohem dříve, stejně jako byly stanoveny podmínky přípustnosti takových opatření.

jednoznačně vyplývá, že jsou zakázána nejen opatření, která jsou diskriminační, nýbrž veškerá opatření způsobilá „základní“ svobodu, tzn. svobodu usazování, omezit či ji učinit „méně atraktivní“ s výjimkou opatření, která splňují výše uvedené požadavky.

Některé rozsudky ESD naznačují, že je třeba rozlišovat mezi omezením přístupu k činnosti (povolání) jako takové a úpravou týkající se čistě výkonu činnosti (povolání). Zákaz omezujících opatření se vztahuje pouze na opatření regulující přístup k činnosti (povolání) a nikoliv již na samotný výkon činnosti.

Rozlišování mezi omezením přístupu k činnosti (povolání) jako takové a pouhou úpravou výkonu činnosti (povolání) v oblasti volného pohybu pracovníků a svobody usazování ve své podstatě odpovídá i rozsahu ochrany u základních ustanovení o volném pohybu zboží. Ve svém rozhodnutí *Keck a Mithouard*<sup>166</sup> ESD konstatoval, že nediskriminační úpravu týkající se způsobů prodeje (*Verkaufsmodalitäten*), což je pojem srovnatelný s pojmem úpravy vlastního výkonu činnosti v oblasti svobody usazování, nelze považovat za opatření způsobilé omezit volný pohyb zboží, a tudíž není v rozporu s čl. 28 SES, na rozdíl od opatření týkajících se samotného zboží – výrobku (*produktbezogene Regelung*).

Tímto rozsudkem došlo ke změně původní judikatury ve smyslu „*Dassonvillské formule*“, kdy se nadále rozlišuje mezi úpravou týkající se výrobku jako takového (tj. např. vlastnosti, složení, označení, balení) a právě úpravou týkající se způsobu prodeje.<sup>167</sup>

Vrátíme-li se zpět k otázkám týkajících se svobody usazování společností, je zde třeba upozornit i na odkaz generálního advokáta ve věci *Inspire Art*.

Aplikace omezení „nediskriminujícím způsobem,“ žádaná Soudním dvorem, znamená pro společnosti založené v jednom členském státě, které využívají v jiném členském státě svobodu usazování, že se s nimi ve státě sídla bez ospravedlňujícího důvodu nenakládá jinak než jako s vlastními národními společnostmi. Základem je obecný zákaz diskriminace cizinců z důvodu jejich různé státní příslušnosti podle čl. 12 SES.

### 3. Zásady přímého účinku

Zásadní přípustnost přímého účinku základních svobod mezi soukromoprávními subjekty uznal dosud ESD jen v souvislosti s diskriminací z důvodu státní příslušnosti.<sup>168</sup> Judikatura se zde vyvinula zejména v souvislosti s volným pohybem osob a byla částí nauky i kritizována.<sup>169</sup>

Nebyla však uznávána v případech jiných omezení základních svobod, přičemž vymezení hranice mezi diskriminací a omezením není vždy jednoznačné.<sup>170</sup> Přímý účinek zákazu omezení je podle judikatury ESD dán pouze tehdy, pokud soukromá zařízení disponují zvláštní kolektivní mocí jako například svazy a profesní organizace, které z důvodu právní autonomie mohou činit

<sup>166</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-267/91 a č. C-268/91.

<sup>167</sup> Rozsudek ESD č. 8/74, „*Procureur du Roi v Benoit and Gustave Dassonville*“.

<sup>168</sup> Rozsudek ESD č. C-281/98, 6. 6. 2000, Sb. 2000 I, 4139, 4173 „*Angonese*“.

<sup>169</sup> Tak Streinz, S., Leible, R.: Die unmittelbare Drittwirkung von Grundfreiheiten, EuZW 2000, str. 459 a násl.

<sup>170</sup> Streinz, S., Leible, R.: Die unmittelbare Drittwirkung von Grundfreiheiten, EuZW 2000, str. 462.

kolektivní úpravy v oblasti práce a služeb.<sup>171</sup> Tato judikatura ESD není bezproblémová, protože je úkolem soutěžního řádu, tedy kartelového práva, chránit hospodářskou soutěž před umělými omezeními soutěže, která jsou uplatňována silou hospodářské převahy.

K problematice čl. 43 SES a k otázce přímého účinku významným způsobem přispěl výrok ESD v kauze „Reyners“.<sup>172</sup> P. Reyners byl nizozemským státním příslušníkem, který vystudoval práva v Belgii a kterému byl odmítnut zápis do belgické advokátní komory, protože neměl belgickou státní příslušnost. ESD judikoval, že čl. 43 SES má přímý účinek (tj. je přímo aplikovatelný), neboť toto ustanovení je velice přesné, pokud jde o cíl, kterého se má dosáhnout, konkrétně jde o požadavek nediskriminace na základě státní příslušnosti.

Proto se podle čl. 43 SES mohou oprávněné osoby dovolávat svých práv před národními soudy a správními orgány. Ty pak nemohou aplikovat národní právo, které odporuje čl. 43 SES.

Uvedená možnost je však k dispozici pouze pro případy, že se oprávněná osoba dovolává znění čl. 43 SES vůči státu a jeho orgánům, případně též vůči jiným subjektům, jejichž jednání bylo možné přičíst státu ve smyslu komunitárního práva (např. územní samosprávné celky apod.), nikoli již vůči jiným soukromoprávním subjektům. Až v případě „Wouters“<sup>173</sup>, který se týkal profesního partnerství mezi advokáty a účetními, ESD aplikoval tyto principy na opatření přijatá nizozemskou advokátní komorou, když konstatoval, že „... jednání v souladu s čl. 43 a 48 Smlouvy je vyžadováno i v případě pravidel, která sice nebyla vydána veřejnoprávními orgány, ale která jsou určena ke kolektivní regulaci výkonu samostatně výdělečné činnosti ... . Odstranění překážek volného pohybu osob by bylo ohroženo, pokud by zrušení překážek vyplývajících ze státních (veřejnoprávních) opatření mohlo být zmařeno překážkami vyplývajících z výkonu autonomie asociací a organizací...“<sup>174</sup>

ESD však nejudikoval, zda je možné čl. 43 SES aplikovat na čistě soukromoprávní vztahy. Než bude tato otázka s konečnou platností Soudním dvorem vyřešena, nezbyvá než konstatovat, že čl. 43 SES má přímý účinek, avšak pouze ve vztahu ke státu či jiným veřejnoprávním subjektům a dále vůči soukromým subjektům oprávněným regulovat výkon samostatně výdělečné činnosti, jako jsou například profesní komory.

Vůči těmto subjektům se osoby oprávněné ke svobodě usazování, tj. fyzické osoby, které jsou příslušníky některého členského státu a společnosti ve smyslu čl. 48 SES, mohou dovolávat znění článku 43 SES i před soudy a správními orgány, které nesmějí aplikovat ustanovení národního právního řádu, jež je s čl. 43 SES v rozporu, a naopak musí aplikovat přímo čl. 43 SES.

#### 4. Obrácená diskriminace

Typickým znakem svobody usazování společností je skutečnost, že nalezne uplatnění pouze v případech s tzv. komunitárním prvkem. Naopak se na tuto svobodu nelze odvolat v případech,

<sup>171</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-415/93, 15. 12. 1995, Sb. 1995 I, 4921, 5065 „Bosman“.

<sup>172</sup> Srov. rozsudek ESD č. 2/74, 21. 6. 1974, Sb. 1974, 631.

<sup>173</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-309/99 „Reyners“.

<sup>174</sup> Tamtéž, odst. 120.

kteře nevykazují překročení hranic členského státu. Z důvodu uplatnění základních svobod pouze na případy s komunitárním prvkem se může stát, že státní příslušníci jiných členských států jsou v konkrétním případě zvýhodněni oproti vlastním státním příslušníkům. Tento problém „diskriminace vlastních státních příslušníků“ se někdy též označuje jako „obrácená diskriminace“ (*umgekehrte Diskriminierung*). Konkrétním případem může být např. zákaz zakládání poboček (v SRN se vychází z termínu *Niederlassung* - odštěpný závod) při provozování některých činností (např. při výkonu advokacie). Zatímco pro vlastního státního příslušníka bude zákaz zakládání poboček platit a on nebude mít možnost pobočku založit, v případech s komunitárním prvkem, tj. především v případě cizích státních příslušníků, se s ohledem na aplikační přednost komunitárního práva vnitrostátní právní předpis zakazující zakládání poboček jako předpis odporující právu Evropského společenství neuplatní a státní příslušník jiného členského státu Evropského společenství si bude moci pobočku založit.

Dle judikatury ESD není diskriminace vlastních státních příslušníků, tj. jejich nevýhodné postavení, v rozporu s komunitárním právem, přesněji řečeno, tato čistě vnitrostátní problematika nespadá do působnosti Smlouvy a je tudíž pouze na vnitrostátních právních řádech, jak se s touto otázkou vypořádají.

Důsledkem výše uvedeného je to, že se vlastní státní příslušníci nemohou v zásadě dovolávat ustanovení týkajících se svobody usazování proti vlastnímu státu. Něco jiného samozřejmě platí, pokud se vlastní státní příslušník nachází vůči svému státu ve stejné pozici jako cizí státní příslušník, v tomto případě se objeví určitý komunitární prvek. Příkladem je případ, kdy příslušník členského státu získá vzdělání v jiném členském státě a poté se opět vrátí do státu původu. V tomto případě je v obdobném postavení jako cizí státní příslušníci a je zde již přítomen onen nutný „komunitární prvek“ nezbytný k tomu, aby se tato osoba mohla případně dovolat ustanovení o svobodě podnikání proti svému vlastnímu státu. Právní přípustnost, či nepřípustnost diskriminace vlastních státních příslušníků se pak neodvíjí od komunitárního práva, ale posuzuje se dle vnitrostátního práva příslušného státu.

## **Oddíl 2 Ospravedlnění zásahu do svobody usazování podle komunitárního práva**

Členské státy mohou přijmout a použít národní předpisy, které svobodu usazování omezují, jen v té míře, v jaké to připouští právo Evropského společenství. V člancích 45 a 46 SES se výslovně připouští výjimky ze svobody usazování.

Pokud členské státy zamýšlejí zásah do svobody usazování, potřebují zde ospravedlňující důvod. Ale i poté, co se takový důvod najde, nesmí být překročeny určité meze (*Schranken*) evropského práva.

V podstatě se rozlišují dva důvody ospravedlnění pro zásah do svobody usazování.<sup>175</sup> Jeden z ospravedlňujících důvodů vychází z čl. 46 SES a druhý z judikatury týkající se zneužití základních svobod.

<sup>175</sup> Sandrock, O.: Die Schrumpfung der Überlagerungstheorie, ZVglRWiss 102/2003, str. 458; tak i Behrens, P.: Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH, IPRax 1999, 323 a násl.

Článek 45 SES nevztahuje právo usazování podle kapitoly 2 hlavy III. SES na „... činnosti, které jsou v příslušném členském státě spjaty, i když jen příležitostně, s výkonem veřejné moci.“

Pojem „výkon veřejné moci“ je třeba jako výjimku ze svobody usazování vykládat úzce a ve smyslu práva Evropského společenství, nikoliv práva národního. Tento pojem zahrnuje pouze činnosti, které se přímo či nepřímo týkají výkonu výsostných funkcí státu a zajišťování všeobecných zájmů státu. Výkonem veřejné moci je proto třeba rozumět takové činnosti, které vyplývají ze suverenity států a pro toho, kdo je vykonává, znamenají možnost využívat výsad a privilegií oficiální moci a donucovací pravomoci nad občany.

Čl. 45 odst. 1 SES má umožnit členským státům vyloučit státní příslušníky jiných členských států z výkonu funkcí, které zahrnují výkon veřejné moci. Tento cíl se naplní, pokud se vyloučení státních příslušníků jiných členských států vztahuje pouze na ty činnosti, které samy o sobě představují přímé a zvláštní spojení s výkonem veřejné moci. Rozšíření výjimky není možné, pokud jsou činnosti spojené s výkonem veřejné moci oddělitelné od příslušné profese jako celku. Proto pokud je určitá činnost, která zahrnuje výkon veřejné moci, oddělitelná od zbytku profese, čl. 45 SES nelze použít na tuto profesi jako celek. Státním příslušníkům jiných členských států tak nemůže být odepřen přístup k činnostem, které jsou sice částečně spjaty s výkonem veřejné moci, avšak tato oblast činnosti tvoří oddělitelnou součást.

Podle čl. 46 odst. 1 SES neomezují ustanovení o svobodě usazování a opatření přijatá na jejich základě aplikaci právních a administrativních předpisů, které předvídají zvláštní úpravu pro cizí státní příslušníky (a přes čl. 48 SES i pro cizí společnosti) a jsou ospravedlnitelné z důvodů veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti a ochrany zdraví.<sup>176</sup>

Pojmy „veřejný pořádek“, „veřejná bezpečnost“ a „ochrana zdraví“ vyjádřené v čl. 46 SES je třeba chápat jako pojmy práva Evropského společenství a tak je rovněž vykládat. S ohledem na to, že jde o výjimky ze základní svobody (svobody usazování), je třeba je vykládat úzce.

Výhrady zahrnují pouze skutečné a závažné případy ohrožení výše uvedených chráněných statků. Zároveň jsou nepřipustná omezení svobody usazování s odvoláním na některou výše uvedenou výhradu, pokud členský stát v obdobných případech nezasahuje proti vlastním státním příslušníkům.<sup>177</sup>

Tak se argumentovalo již v případě „Centros“, že povinností společnosti s ručením omezeným splatit minimální kapitál se sleduje účel posílit finanční solventnost této společnosti. Veřejní věřitelé měli být chráněni před nebezpečím, že se veřejné pohledávky stanou nedobytnými. Tito věřitelé nemohli, na rozdíl od soukromých věřitelů, zajistit své pohledávky jistotou nebo ručením. Soudní dvůr zde konstatoval, že takové důvody jsou irelevantní.<sup>178</sup> S tímto názorem se dá souhlasit, protože jen abstraktní ohrožení veřejnosti nelegitimuje zásah do základních svobod,

<sup>176</sup> Schulz, M.: Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Kollisionsrecht in einem gemeinsamen Markt, Frankfurt a.M., 2000, str. 168 a násl.; Koppensteiner, H.-G.: Centros und die Folgen, in Gesellschaftsrechtliche Vereinigung-Hrsg.- Gesellschaftsrecht in der Diskussion, Köln 2000, str. 151 a násl.

<sup>177</sup> Zde jde např. o prostitutky.

<sup>178</sup> Srov. rozsudek ESD ve věci Centros, č. 34.

kteře jsou garantovány Smlouvou o ES.<sup>179</sup> Lze se domnívat, že ESD chápal pojmy „veřejný pořádek, veřejná bezpečnost a ochrana zdraví“ v policejně právním smyslu. V tomto případě by nebyla ochrana veřejných a soukromých věřitelů předmětem těchto předpisů, protože ochrana věřitelů není kategorií policejní ochrany.<sup>180</sup> V tomto smyslu rozhodl ESD také ve věci Segers, ve které šlo o požadování plnění z veřejného zdravotního pojištění jednatelem tzv. pseudo-foreign corporation. Soudní dvůr zde stanovil: „.....dá se zjistit, že čl. 46 EHS skutečně připouští v rámci určitých hranic aplikaci zvláštní úpravy pro společnosti založené podle práva jiného členského státu ... potírání podvodného jednání může tedy za určitých podmínek ospravedlnit nerovné zacházení, avšak odepření plnění ze zdravotního pojištění vůči jednateři společnosti, založené podle práva jiného členského státu, v tomto smyslu nepatří ke vhodným opatřením ...“<sup>181</sup>

V tomto smyslu se vyjádřil i generální advokát ve věci „Inspire Art“ v roce 2003 k argumentům žalobce týkajícím se předpisu na ochranu věřitelů, že „.....ochrana věřitelů není v čl. 46 SES výslovně uvedena. Podle stálé judikatury nespadá ochrana veřejných zájmů pod pojmy pořádek a bezpečnost. Ospravedlnění podle čl. 46 SES nepřipadá v úvahu.“<sup>182</sup> To samé platí pro poskytnutí záruky účinnosti daňového dohledu a ryzosti obchodních styků.“

Generální advokát zdůraznil, že nechce uznávat všechny předpisy, které chrání hospodářské zájmy pod označením např. „veřejný pořádek“ a „bezpečnost“.<sup>183</sup>

### Oddíl 3 Komunitární meze (Schranken)

Komunitární meze se uplatňují bez ohledu na možné ospravedlňující důvody pro zásah do svobody usazování. ESD zdůraznil jak v rozsudku *Centros*, tak i v rozsudku *Inspire Art*, že pokud tyto meze přihlížejí k zákazu diskriminace, odpovídají donucujícím důvodům obecného zájmu, za třetí jsou způsobilé (vhodné) k dosažení sledovaného cíle a za čtvrté nejdou nad rámec nezbytného pro dosažení sledovaného cíle, potom jsou tyto meze oprávněné.<sup>184</sup> K těmto předpokladům se vyslovil Soudní dvůr již ve věci *Cassis de Dijon*.<sup>185</sup>

Rozsudky ve věci *Cassis de Dijon* na jedné straně a *Centros* a *Inspire Art* na straně druhé obsahově rozlišují mezi omezením přístupu k činnosti a úpravou týkající se samotného výkonu činnosti. Svoboda usazování zakazuje v souvislosti s přístupem k činnosti jakákoliv omezení, která nejsou ospravedlněna všeobecnými zájmy, způsobilá k dosažení sledovaného cíle a zároveň přiměřená, zatímco ve vztahu k úpravě týkající se vlastního výkonu činnosti obsahuje pouze zákaz diskriminace a tím povinnost stejného zacházení jako s vlastními státními příslušníky.

Rozlišení, zda se jedná o úpravu týkající se přístupu k činnosti, či pouze o úpravu vlastního

<sup>179</sup> Tak i Forsthoff, U.: Niederlassungsfreiheit nach dem Centros-Urteil, Eine Bilanz, EuR 2000, 167 a násl.

<sup>180</sup> Tak ESD ve věci Segers.

<sup>181</sup> Rozsudek Segers, odst. 17.

<sup>182</sup> Rozsudek Centros, odst. 113.

<sup>183</sup> Rozsudek Centros, odst. 114.

<sup>184</sup> Ke čtyřem předpokladům podle ESD více odst. 34 Centros a odst. 133 v rozsudku Inspire Art.

<sup>185</sup> Schulz, M., Sester, P.: Höchststrichterliche Harmonisierung der Kollisionsregeln im europäischen Gesellschaftsrecht: Durchbruch der Gründungstheorie nach Überseering, EWS, 2002, 545 a násl., také E.Schanze, A. Jüttner, Anerkennung und Kontrolle ausländischer Gesellschaften - Rechtslage und Perspektiven nach der Überseering Entscheidung des EuGH, AG 2003, str. 34.

výkonu činnosti, může být v konkrétním případě problematické. Přesto se toto rozlišení jeví jako věcně správné. Zatímco omezení přístupu k činnosti, přestože působí na všechny osoby stejně, může zasáhnout svobodu usazování v její vlastní podstatě, není zřejmě žádný důvod, proč by pro státní příslušníky jiných členských států měla platit jiná úprava týkající se vlastního výkonu činnosti, zvláště uvědomíme-li si, že v případě svobody usazování se osoby, které ji využívají, začleňují do hospodářského života daného státu.

Kromě zákazu diskriminace, jak bylo již uvedeno, je třeba dále zohlednit následující podmínky.

## 1. Donucující důvody obecného zájmu

Explicitní důvody obecného zájmu nevyplývají důrazně z judikatury ESD, jsou jimi však míněny takové ospravedlňující důvody, které překrývají policejněprávně chápané důvody „veřejného pořádku, bezpečnosti a zdraví“ ve smyslu čl. 46 odst. 1 SES. ESD se v dosavadních rozsudcích zaměřil na ostatní základní svobody jako možné omezení základních svobod a tímto i svobody usazování z důvodů obecného zájmu.<sup>186</sup>

V rozsudku ve věci *Überseering* konstatoval Soudní dvůr, že se nedá vyloučit, že donucující důvody obecného zájmu jako ochrana zájmů věřitelů, menšinových společníků, zaměstnanců, ale i státní pokladny, mohou za určitých okolností a se zřetelem na určité podmínky ospravedlnit určité omezení svobody usazování.<sup>187</sup> Stejně tak i v rozsudku ve věci *Inspire Art* ESD řekl: „Je nutné zjistit, zda nizozemskou vládou přednesené ospravedlňující důvody, tzn. ochrana věřitelů, zneužívající využití svobody usazování, zachování účinnosti daňových kontrol a ryzost obchodního styku, představují kogentní důvody obecného zájmu.“<sup>188</sup>

ESD mohl ve svých rozsudcích provést rozbor skutkového stavu a vypořádání se s možnými omezujícími důvody vynechat, protože odvolávání se na svobodu usazování bylo v mnoha řízeních pravidelně úspěšné.

## 2. Způsobnost (Vhodnost)

Ve svém rozsudku *Centros* argumentoval ESD zásadně při odkazu na soudní řízení *Kraus a Gebhard*, že omezující opatření státu sídla musí být „vhodné a způsobilé zaručit sledovaný cíl.“ V rozsudku *Inspire Art* ESD popřel, že ustanovení WFBV<sup>189</sup> o minimálním kapitálu „formálně zahraničních společností“ jsou vhodná k ochraně věřitelů společnosti *Inspire Art*, protože společnost *Inspire Art* nevystupuje v Nizozemsku jako společnost nizozemského práva, ale jako společnost anglického práva. Potenciální věřitelé jsou důkladně informováni, že *Inspire Art Ltd.* eventuálně podléhá předpisům, které oproti nizozemskému právu nepožadují minimální kapitál.

<sup>186</sup> Tak ve rozsudku ESD č. 115-78 „*Knoors*“, 7. 2. 1979, Sb. 1979, 399 odst. 25; rozsudek ESD č. C-61-89, „*Bouchoucha*“, Sb. 1990, I-3551, odst. 14.

<sup>187</sup> Srov. rozsudek ESD ve věci „*Überseering*“, odst. 92.

<sup>188</sup> Srov. rozsudek ESD ve věci „*Inspire Art*“, odst. 132, tak i Ebke, W.: Das Schicksal der Sitztheorie nach dem *Centros* Urteil des BGH, JZ 1999, 656 a násl., Ulmer, P.: Schutzinstrumente gegen Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz, JZ 1999, 662 a násl.

<sup>189</sup> Zákon ze dne 17. 12. 1997.

Odpovídající ustanovení zákona WFBV tedy nevytváří vhodný ochranný mechanismus pro ochranu věřitelů.

Generální advokát se zabýval ve věci *Inspire Art* důkladně otázkou ochrany věřitelů. Přitom argumentoval, že WFBV předepisuje pro *pseudo-foreign corporations*, které se účastní obchodu v Nizozemsku, splacení určitého minimálního kapitálu. Tyto předpisy na ochranu věřitelů se ale neaplikují, pokud se vychází ze situace, že anglická Ltd. nemá skutečnou vazbu na Spojené království a nevykonává obchodní činnost v Nizozemsku, nýbrž úplně nebo téměř úplně ve třetím státě mimo Spojené království a Nizozemsko.<sup>190</sup>

Potom se sice jedná z hlediska Nizozemí také o *pseudo-foreign corporation*, avšak na takovou Ltd. není WFBV aplikovatelné, protože vykonává svou obchodní činnost úplně nebo téměř úplně ve třetím státě mimo Spojené království a Nizozemsko a nevykazuje mimoto skutečnou vazbu na stát inkorporace, totiž Spojené království. Tímto zůstává ochrana věřitelů vůči *pseudo foreign corporations* v Nizozemsku i přes čl. 4 odst. 4 WFBV nedostatečná.<sup>191</sup>

### 3. Princip proporcionality (*Übermaßverbot*)

Zásah do svobody usazování nesmí překročit to, co je pro dosažení cíle nutné.<sup>192</sup> To znamená, že nesmí existovat mírnější prostředek pro dosažení sledovaného účelu zásahem do svobody usazování.<sup>193</sup> V německém právu to je známo jako princip proporcionality (*Übermaßverbot*) či jako zásada přiměřenosti (*Angemessenheit*).

## Oddíl 4 Faktické omezení vysídlení obchodních společností

### 1. Nesoulad daňových systémů v Evropských společenství

Mezi daňovými systémy jednotlivých členských států existuje nesoulad. Poskytnutí nepodmíněného odkladu platby daně nemůže jasně vyřešit nesoulad v zacházení s daňovými poplatníky, kteří se stěhují z jednoho členského státu do jiného členského státu, a těmi, kteří zůstávají ve stejném členském státě. Podle článku 13 vzorové Úmluvy OECD o daních z příjmu a majetku obecně platí, že je to stát bydliště, který má výhradní právo na zdanění převodu obchodních podílů nebo akcií. Vzorová úmluva neobsahuje žádná zvláštní pravidla, jak zacházet s jednotlivci, kteří změnili svůj daňový domicil. V praxi některé členské státy zahrnuly do svých dvoustranných daňových úmluv zvláštní ustanovení s cílem zajistit, aby přisouzení práv na zdanění bylo v souladu s prodlouženou daňovou povinností daňových poplatníků podle vnitrostátních právních předpisů. Ostatní zastávají názor, že z důvodu, že k domnělému prodeji

<sup>190</sup> Rozsudek ESD ve věci „*Inspire Art*“, odst. 144, čl. 1 WFBV zní: Podle tohoto zákona je formálně zahraniční společností kapitálová společnost s vlastní právní subjektivitou založená podle jiného než nizozemského práva, která svou činnost úplně nebo částečně vyvíjí v Nizozemsku a nemá skutečnou vazbu na stát, ve kterém platí právo, podle něhož byla založena.

<sup>191</sup> Rozsudek ESD ve věci „*Inspire Art*“, odst. 144, 145.

<sup>192</sup> Darnewitz, T., v.: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gemeinschaftsrecht*, EWS 2003, 393 a násl., tak i ESD ve věci „*Centros*“, odst. 34, „*Inspire Art*“ odst. 133.

<sup>193</sup> Tak i generální advokát ve svém závěrečném návrhu ve věci „*Inspire Art*“, odst. 147.



dochází v okamžiku před vysídlením, jedná se o vnitrostátní operaci, na niž se nevztahuje úmluva o dvojitým zdanění (*Doppelbesteuerungsabkommen*).

K možnému neoprávněnému omezení by mohlo dojít, pokud by stát, z něhož se odchází, vypočetl kapitálový zisk v okamžiku domnělého prodeje a vybral daň v okamžiku skutečného prodeje a nový stát bydliště by zdanil celý kapitálový zisk od nabytí až po skutečný prodej majetku. To by znamenalo dvojitý zdanění zisku od doby pořízení až do domnělého prodeje, pokud by se stát bydliště domníval, že má výhradní právo na zdanění prodeje a žádný členský stát by neposkytl daňovou úlevu s ohledem na daň vybranou druhým státem. Evropská komise má za to, že pokud se dva členské státy rozhodnou vykonávat svá práva na zdanění stejného příjmu, musí zajistit, aby to nevedlo ke dvojitému zdanění. Tento názor nachází skrytou podporu rovněž v rozhodnutích ESD ve věci *de Lasteyrie*.

Evropská komise vidí různé možnosti, jak by členské státy mohly tento nesoulad vyřešit. V praxi řada členských států, které považují domnělý prodej za uskutečněný před vystěhováním nebo používají systém prodloužené daňové povinnosti, již stanoví mechanismus slevy na dani s ohledem na případnou daň vybranou novým členským státem bydliště ze stejných zisků.

Členské státy by se mohly rovněž dohodnout na rozdělení práv na zdanění zisků, např. rozdělení práv na zdanění podle období, kdy byl podílník obyvatelem příslušných členských států. To může vyžadovat změny stávajících úmluv o dvojitým zdanění. Jak potvrdil ESD ve věci *de Lasteyrie*, jakékoli řešení by vyžadovalo vzít v úvahu možné snížení hodnoty obchodních podílů nebo akcií buď členským státem přijetí, nebo členským státem původu. Skutečnost, že daňový poplatník uplatnil své právo na svobodu usazování, nemůže vést ke zdanění vyššího zisku, než jaký by byl zdanitelný, pokud by bydliště nezměnil.

Bez ohledu na to, který způsob členské státy použijí k vyřešení nesouladu mezi svými daňovými systémy, pro zajištění úspěchu těchto opatření bude rozhodující účinná právní spolupráce. Stát, z něhož se odchází, bude moci vykonávat svá práva na zdanění pouze v okamžiku prodeje, bude-li informován o tom, že k takovému prodeji došlo. Stejně tak v případě, že daňový poplatník, který se vystěhoval, odmítne zaplatit daně, stát odchodu bude muset spoléhat na nový stát bydliště, že vybere daně jeho jménem. Podporou pro členské státy se staly „Směrnice o vzájemné pomoci“ a „Směrnice o vymáhání“,<sup>194</sup> jejichž využití je rozsáhle přenecháno členským státům.

Evropská komise zastává názor, že výklad svobody usazování, který ESD uvedl ve věci *de Lasteyrie*<sup>195</sup> v souvislosti s předpisy o zdanění jednotlivců při odchodu, má rovněž přímé důsledky pro předpisy členských států týkající se zdanění v případě odchodu společností.<sup>196</sup>

<sup>194</sup> Směrnice Rady 77/799/EHS ze dne 19. 12. 1977 a směrnice Rady 76/308/EHS ze dne 15. 3. 1976 naposledy pozměněná směrnicí Rady 2001/44/ES ze dne 15. 6. 2001.

<sup>195</sup> Rozsudek ESD ve věci „*de Lasteyrie*“.

<sup>196</sup> Někteří komentátoři poznamenali, že s výjimkou jednoho odstavce byl celý rozsudek sepsán z hlediska „daňového poplatníka“ místo pouhého odkazu na zdanění jednotlivců. Je třeba poznamenat, že ESD sám cituje věc *de Lasteyrie* ve svém rozsudku ze dne 13. 12. 2005 ve věci *Sevic Systems AG* č. C-411/03 týkajícího se fúze společností.

V dále uvedené kapitole týkající se statutu evropské společnosti se uvádí možnost, že společnost zřízená jako SE (evropská společnost)<sup>197</sup> může přemístit své sídlo do jiného členského státu, aniž by to vedlo k zániku této společnosti nebo k vytvoření nové právnické osoby. Změny z roku 2005 týkající se směrnice o fúzích<sup>198</sup> zajišťují, jsou-li splněny určité podmínky, přemístění sídla SE nebo evropské družstevní společnosti<sup>199</sup> z jednoho členského státu do jiného, nevede k okamžitému zdanění nerealizovaných zisků z majetku, který zůstává v členském státě, z něhož bylo sídlo přemístěno.

Tyto změny však neřeší otázku majetku, který nezůstal spojen se stálou provozovnou v členském státě, z něhož bylo sídlo přemístěno. Tady je zastáván názor, že na takové „přemístění“ majetku se vztahují zásady případu *de Lasteyrie*<sup>200</sup>.

Většina členských států zná rovněž druh poplatku při odchodu, pokud společnost přemístí jednotlivá aktiva nebo pasiva do stálé provozovny nacházející se v jiném členském státě, zatímco stejné přemístění majetku z ústředí na organizační složku ve stejném členském státě nemá okamžité daňové důsledky.<sup>201</sup>

Přemístí-li společnost svou stálou provozovnu do jiného členského státu, členský stát sídla společnosti může chtít uplatnit svá práva na zdanění rozdílu mezi tržní hodnotou aktiv a pasiv v době převodu a jejich hodnotou pro daňové účely (zisky). Tento rozdíl se obvykle zdaňuje při realizaci, ne na aktuálním základě. Aktiva a pasiva, která převádí ústředí společnosti na stálou provozovnu nacházející se v jiném členském státě, se však podle stávajících daňových předpisů většiny členských států považují za „zcizená“ a zisky vzniklé v době, kdy byl majetek účinně spojen se společností se sídlem na jejich území, se obvykle zdaňují okamžitě při převodu takového majetku.

Z rozsudku ve věci *de Lasteyrie* vyplývá, že daňoví poplatníci, kteří využijí svobody usazování přestěhováním se do jiného členského státu, nemohou podléhat dřívějšímu nebo vyššímu zdanění než daňoví poplatníci, kteří zůstanou v jednom a tomtéž členském státě. Pokud členský stát připouští odklad platby daně v případě převodu majetku mezi jednotlivými lokalitami společnosti se sídlem v tomto členském státě, pak je okamžité zdanění s ohledem na přemístění majetku do jiného členského státu zřejmě v rozporu se svobodami uvedenými ve Smlouvě o ES.

Členský stát, který chce vykonávat svá práva na zdanění rozdílu mezi účetní hodnotou a tržní hodnotou majetku v okamžiku převodu, může stanovit výši příjmu, u níž si chce zachovat svou daňovou pravomoc, za předpokladu, že to nevede k okamžitému zdanění a že s odkladem platby

<sup>197</sup> Nařízení Rady (ES) č. 2157/2001 ze dne 8. 10. 2001.

<sup>198</sup> Směrnice Rady 2005/19/ES ze dne 17. 2. 2005, 90/434/EHS.

<sup>199</sup> Nařízení Rady (ES) č. 1435/2003 ze dne 22. 7. 2003.

<sup>200</sup> Rozsudek ESD ve věci „*de Lasteyrie*“ odst. 160.

<sup>201</sup> Obdobné otázky mohou vyvstat s ohledem na přemístění majetku ze stálé provozovny na ústředí v jiném členském státě nebo v případě přemístění mezi dvěma stálými provozovnami stejné společnosti nacházejícími se v různých členských státech. Pro zjednodušení se toto sdělení zabývá pouze přemístěním majetku z ústředí na stálou provozovnu, analýza je však stejně použitelná na jiné druhy převodů. Lze však poznamenat, že se praktické důsledky mohou u různých scénářů lišit v závislosti na metodě, kterou použije členský stát, v němž se nachází ústředí, aby zamezil mezinárodnímu dvojímu zdanění.

daně nejsou spojeny žádné další podmínky. Takovýto nepodmíněný odklad platby daně však nemusí nutně poskytovat řešení existujícího nesouladu mezi daňovými systémy členských států. Členské státy mohou v případě odkladu platby daně uložit daňovým poplatníkům přiměřené povinnosti, aby daňové orgány byly pravidelně informovány o pokračující držbě nebo o skutečném prodeji převedeného majetku, pokud takovéto podmínky nepřekračují to, co je nezbytné k dosažení jejich cíle, a nebrání daňovým poplatníkům vykonávat práva stanovená ve Smlouvě. Členský stát by mohl například požadovat, aby jeho daňoví poplatníci podali prohlášení při přemístění majetku do jiného členského státu, v němž potvrdí, že jej neprodali. Přijatelné a postačující by bylo rovněž jednoduché každoroční prohlášení daňového poplatníka, že jeho stálá provozovna v jiném členském státě i nadále drží převedený majetek, spolu s prohlášením v okamžiku skutečného prodeje nebo následného převodu majetku do třetího státu. Evropská komise rovněž vede členské státy k tomu, aby lépe využívaly prostředky, které již mají k dispozici, ke zlepšení výměny informací a pomoci mezi dotčenými daňovými správami při výběru daní. Cílem je zde umožnit prostor pro automatickou výměnu informací v této oblasti.

Členské státy, které omezí administrativu na nejnižší možnou míru, by svým daňovým poplatníkům mohly nabídnout možnost, aby se vzdali odloženého výběru daně a zvolili si platbu daně v okamžiku převodu. Tato možnost však musí být skutečně dobrovolná a spravedlivá. Nucení daňových poplatníků členským státem, aby si vybrali okamžitou platbu daně, tím, že jim v případě odložení výběru daně do okamžiku skutečného prodeje majetku uloží nepřiměřené břemeno, není přípustné.

Typickým příkladem oblasti, v níž by členské státy mohly mít prospěch z koordinace na úrovni EU, je zdanění při odchodu (přesídlení) do zahraničí. Koordinovaný přístup může členským státům pomoci zajistit, aby jejich předpisy týkající se daní při odchodu byly slučitelné s požadavky práva ES a s předpisy ostatních členských států.

Každá forma zdanění v případě stěhování uvnitř EU vyvolává pochybnosti. Německý Außensteuergesetz<sup>202</sup> stanoví ve svém ust. § 6 rovněž odhalení tzv. tichých rezerv (*stille Reserven*) v případě odstěhování se. Evropská komise vyzvala SRN k zaujetí stanoviska pod hrozbou řízení pro porušení Smlouvy. Spolková vláda vyhověla Komisi a v roce 2006 vypracovala nový Zákon o doprovodném daňovém opatření k zavedení evropské společnosti a ke změně dalších daňových předpisů (SEStEG).<sup>203</sup> Čl. 7 tohoto zákona aktualizoval ust. § 6 dosavadního Außensteuergesetz (§ 6 *Besteuerung des Vermögenszuwachses* – zdanění přírůstku majetku).

## **2. Koordinace systémů přímých daní na vnitřním trhu a vliv na zakládání společností**

Globalizace, podnikání a soukromé činnosti občanů vyvíjí tlak na konkurenceschopnost daňových systémů. Při současném stavu práva Společenství mohou členské státy velkou měrou navrhopvat své systémy přímých daní tak, aby odpovídaly cílům a požadavkům jejich domácí politiky. Vnitrostátní daňové předpisy, navržené výhradně nebo přednostně s ohledem na situaci daného členského státu, však mohou v případě přeshraničního kontextu vést k nejednotnému daňovému zacházení. Daňoví poplatníci z řad fyzických nebo právnických osob v přeshraniční situaci mohou být vystaveni diskriminaci nebo dvojímu zdanění či čelit dodatečným nákladům na

<sup>202</sup> Zákon upravující zdanění zisku ze zahraničního obchodu.

<sup>203</sup> Platnost od 13. 12. 2006, zákon ze 7. 12. 2006, BGBl. I S. 2782, 2007.

plnění požadavků. To odrazuje jednotlivce, kteří chtějí pracovat nebo investovat v jiných členských státech. Představuje to rovněž překážku pro přeshraniční zakládání společností, jejich činnost a investice v jiných členských státech a brání společnostem v tom, aby plně využívaly výhod vnitřního trhu. Tyto problémy jsou pouze částečně řešeny jednostrannými opatřeními členských států nebo existujícími dvoustrannými daňovými smlouvami. Daňové překážky přeshraniční činnosti a investování byly předmětem četných soudních sporů, jelikož daňoví poplatníci se snažili napadnout předpisy členských států na základě svobod stanovených Smlouvou o ES.<sup>204</sup>

Z těchto důvodů oznámila Komise svůj záměr předložit v roce 2008 ucelený legislativní návrh na společný konsolidovaný základ daně.

Avšak bude i nadále třeba zajistit, aby neharmonizované vnitrostátní daňové systémy řádně fungovaly společně za účelem odstranění výše uvedených překážek. V zájmu členských států je zajistit, aby jejich daňové předpisy byly v souladu s požadavky práva Společenství (to i z důvodu nárůstu počtu soudních sporů vedených daňovými poplatníky).

K hlavním zásadám patří koherentní a koordinované zacházení týkající se za prvé odstranění diskriminace a dvojího zdanění, za druhé zamezení neúmyslného nezdanění a zneužívání a za třetí snížení nákladů na plnění požadavků spojených s tím, že daná osoba podléhá více než jednomu daňovému systému.

Komise vydala 19. 12. 2006 dvě sdělení týkající se oblastí, ve kterých vidí potřebu společného postupu s členskými státy. První sdělení se týkalo oblasti daní při odchodu a mělo význam pro daňové poplatníky z řad právnických i fyzických osob. Ze zásady nediskriminace vyplývá, že přeshraniční situace nelze ošetřovat právně méně příznivě než srovnatelné vnitrostátní situace. V případě daní při odchodu ESD vyloučil možnost okamžitého výběru takových daní z nerealizovaných zisků v přeshraničních situacích, neexistuje-li toto zdanění ve srovnatelných vnitrostátních situacích. Ve svém sdělení o daních při odchodu Komise předložila řadu konkrétních návrhů, jak by členské státy mohly lépe koordinovat své předpisy v této oblasti, aby se odstranila protiprávní diskriminace a zamezilo se dvojímu zdanění či dvojímu nezdanění.

Druhé sdělení se týkalo kompenzace přeshraničních ztrát pro společnosti a skupiny. V případě neexistence takovéto kompenzace hrozí nebezpečí, že zisky a ztráty společností ve skupině nebo různých provozoven jedné společnosti uvíznou v různých jurisdikcích s tím, že ve výsledku skupina nebo společnost platí daně z částky, která přesahuje její celkové výsledky v rámci celé EU. To však odrazuje od přeshraniční podnikatelské činnosti a snižuje konkurenceschopnost společností a skupin v EU (příkladné je zde řízení ve věci *Marks & Spencer*, v.č. Část VII, Díl 5, Oddíl 2, č. 11). Sdělení je tímto zaměřeno na bezprostřednější koordinaci předpisů členských států.

<sup>204</sup> Komise Evropských společenství ve svém sdělení, KOM (2006) 823, 19. 12. 2006.

## Oddíl 5 Zneužití svobody usazování

Pokud lze zjistit zneužívání této základní svobody, postižený se nemůže odvolávat na tuto základní svobodu s poukazem, že státní omezení je nepřipustné. Podle závěru ESD ve věci *Centros* platí, že v tom případě členský stát může stanovit opatření, která mají zamezit tomu, aby se jednotliví státní příslušníci vyhýbali aplikaci práva ES. Zneužívající nebo podvodné odvolávání se na komunitární právo není přípustné.<sup>205</sup>

Za předpokladu, že se jedná o zneužití základních svobod, Soudní dvůr zde stanovil hranice. Obzvláště nutné je zohlednit cíle dotčených ustanovení komunitárního práva. Zneužití svobody usazování by nepřipadalo v úvahu, pokud by jeden státní příslušník členského státu, který chce založit společnost, tuto společnost založil v tom členském státě, jehož právní předpisy společností mu umožní největší svobodu.<sup>206</sup> I v případě *Inspire Art* ESD opakoval své stanovisko z předešlého rozsudku: „*Tímto nevylučuje skutečnost z výchozího řízení, že Inspire Art byla založena ve Spojeném království, aby obešla předpisy nizozemského práva společností, které obsahuje přísnější předpoklady týkající se minimálního kapitálu a splacení akcií, že zřízení pobočky této společnosti v Nizozemsku náleží ke svobodě usazování podle čl. 43 a 48 SES.*“<sup>207</sup>

Na základě toho následně ESD stanovil, že tzv. „*statute shopping*“ je chráněno svobodou usazování. Z toho plynou i odpovědi na často diskutované otázky týkající se tzv. „*race to the bottom*“ nebo „*race to the top*“. Podle toho může zakladatel společnosti zásadně založit společnost podle toho práva, které mu podle individuálního účelu založení společnosti připadá jako nejliberálnější. Z toho vyplývá, že tzv. „*race to the most liberal statute*“ je svobodou usazování zásadně chráněno. Generální advokát konkretizoval ve věci *Inspire Art* ospravedlňující důvod zneužití základních svobod takto: „*Generelní abstraktní možnost zneužití nevystačí k ospravedlnění omezení ... svobody usazování.*“

Generální advokát dále konstatoval, že není možné najisto kvalifikovat od začátku zneužití základních svobod pouze z důvodu generelně abstraktního hodnocení. V tomto smyslu rozhodl ESD také ve věci *TV 10*.<sup>208</sup> Zde se jednalo o zásah do svobody služeb, kde členskému státu (Nizozemsku) přísluší právo vydat předpisy, které v jednotlivém případě zabraňují, aby byly využity svobody s cílem uniknout určitým ustanovením upravujícím výkon povolání, a které se aplikují v případě usazování v tomto státě.

Případ takového zneužití rozhodoval německý obvodní soud v Hamburku v roce 2003.<sup>209</sup> V této kauze založil jeden podnikatel spolu se svojí ženou společnost Ltd. podle práva Spojeného království. Tato společnost ve Spojeném království nebyla aktivní. Současně založili manželé v Hamburku paralelní GmbH. Všechny nákupy se uskutečnily přes Ltd. a přes hamburskou GmbH se uplatňovaly všechny pohledávky. To vedlo k situaci, že pasiva z obchodní činnosti v SRN nesla Ltd. a tím se tato pasiva stala nedobytnými pro věřitele Ltd., zatímco aktiva přibyla do GmbH. Na návrh věřitelů anglické Ltd. rozhodoval obvodní soud v Hamburku

<sup>205</sup> Rozsudek ESD ve věci „*Centros*“, odst. 27.

<sup>206</sup> Rozsudek ESD ve věci „*Centros*“, odst. 27.

<sup>207</sup> Rozsudek ESD ve věci „*Inspire Art*“, odst. 98.

<sup>208</sup> ESD Sb. 1994, I-4795= EWS 1995, 352.

<sup>209</sup> AG Hamburg ve věci *Vierländer Bau-Union Ltd.*, BB 2003, 1457.

a odvolával se při tom na judikaturu ESD o zneužití, kdy společníci anglické Ltd. se nemohou odvolat na své omezené ručení.

Další kategorií skutkové podstaty zneužití činí případy tzv. „odpovědnosti za jednání ničící (poškozující) existenci společnosti“ (*existenzvernichtender Eingriff*). V SRN se staly tyto případy známými na základě rozsudku ve věci *Bremer Vulkan*.<sup>210</sup> Pokud společník zcizuje majetek společnosti GmbH zneužívajícím způsobem a takové chování vede k platební neschopnosti nebo k prohloubení insolvence společnosti, jedná se podle názoru BGH o zásah ničící existenci společnosti. Zákonné předpisy o ochraně kapitálu vedly až do roku 2001 k tomu, že zásahu do majetku společnosti odpovídal jen nárok na zpětnou platbu ve výši základního kapitálu. Škody přesahující výši základního kapitálu zůstaly podle dřívější judikatury nezohledněny.

Tento stav ukončil BGH ve svém rozsudku 17. 9. 2001 ve věci *Bremer Vulkan*.<sup>211</sup> Tímto rozsudkem založil BGH vlastní skutkovou podstatu ručení. Pokud společník zasahuje do majetku sloužícího ručení a vede tímto společnost k platební neschopnosti, vycházel zde BGH ze zneužití právní formy GmbH. V této situaci se společník nesměl odvolat na omezené ručení v GmbH a ručil za splnění všech závazků osobně.<sup>212</sup>

Podle nového rozsudku z 16. 7. 2007 upravil BGH tuto právní konstrukci nově týkající se právních následků. BGH nyní staví účelové odnětí majetku společnosti na roveň úkonům odporujícím dobrým mravům. Tímto BGH již nesrovnává zásah do majetku společnosti se zneužitím právní formy. Výsada ručení společnosti je tedy nadále zachována, právní následek ale spočívá v nároku společnosti na náhradu škody vůči zasahujícímu společníku. Zde musí být prokázáno, že společník jednal úmyslně. Věřitelé společnosti musí postupovat vůči společnosti a nikoli přímo proti společníkovi.

Tímto se BGH zřekl ručení za zásah do majetku společnosti a nyní již nehovoří o zneužití právní formy GmbH, ale o ochranné funkci, která jde nad pravidlo zachování kapitálu za účelem zablokování vyvážení majetku ze společnosti.

Pokud se společnost tímto jednáním dostane do insolvence, je na správci konkursní podstaty, aby uplatnil nároky jménem společnosti.

#### **Část IV. Vývoj svobody usazování obchodních společností v České republice a Spolkové republice Německo**

Při historickém pohledu na princip sídla se dá zjistit, že je tento princip založen na „myšlení úřední mocí“ (*Obrigkeitsstaatliches Denken*). Takový způsob myšlení byl rozšířen především ve „státní teorii“ na přelomu devatenáctého a dvacátého století v Evropě a měl pevné postavení především v tehdejší Německu.<sup>213</sup> Ačkoli mechanismus myšlení úřední mocí v Evropě a Německu byl již nahrazen mímým hospodářským liberalismem, přece se princip sídla mohl

<sup>210</sup> BGHZ 149, 10 ff (II ZR 178/91), ZIP 2000, 1874; Schmidt, K.: *Gesellschafterhaftung und Konzernhaftung bei der GmbH*, NJW 2001, 3577; Altmeppen, H.: *Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH*, NJW 2002, 321.

<sup>211</sup> BGHZ 149, 10.

<sup>212</sup> V anglosaském právním systému je toto přímé ručení známé jako „*piercing the corporate veil*“.

<sup>213</sup> Sandrock, O.: *Sitztheorie, Überlagerungstheorie und der EWG-Vertrag: Wasser, Öl und Feuer*, RIW 1989, 505.

udržet až do nedávné doby v celém svém rozsahu.

Smlouvou o Evropském hospodářském společenství, ve které byla svoboda usazování zakotvena, byl zahájen odklon od dosud platných způsobů myšlení a odklon od základu principu sídla.

Z historického pohledu byla mezi německým kolizním právem a kolizním právem bývalého Československa určitá blízkost zřejmá.<sup>214</sup> Po politických a systémových změnách začátkem 90. let se německá a česká úprava v otázce určování osobního statutu nesmírně lišily. Jak vyplývá z následujícího výkladu, v současné době se české a německé kolizní právo přibližují.

## Díl 1 Liberální úprava českého práva

### Oddíl 1 Historický pohled na vývoj inkorporačního principu v českém právu

Po vzniku Československé republiky v roce 1918 zůstala v platnosti rakouská právní úprava, která vycházela z principu sídla.<sup>215</sup> Dokladem toho zde byla rozhodnutí československého Nejvyššího soudu.

Následující léta první poloviny 20. století jsou ovlivněna ústupem od principu sídla. Svědčí o tom odborná literatura a soudní judikatura.<sup>216</sup> Tak se vyslovil československý Nejvyšší soud pro princip sídla například v rozhodnutí z roku 1930.<sup>217</sup> Zde bylo vysloveně dovozeno že žalující společnost měla a má sídlo ve Vídni, je také zapsaná v tamějším rejstříku a je tedy státní příslušnicí Rakouska. Dále soud uvedl pravidlo, že státní příslušnost akciové společnosti se řídí jejím sídlem a že toto pravidlo bylo uznáno i pro poměry popřevratové.<sup>218</sup> Z bývalého § 34 o.z.o. se dovozovala teorie sídla. Toto ustanovení upravovalo způsobilost cizinců k právním jednáním, která se řídí právem, jemuž je cizinec podroben podle místa bydliště, případně podle místa narození jako poddaný, není-li stanoveno jinak.<sup>219</sup> Ještě v padesátých letech minulého století nebyla situace jasná. Podle literatury z padesátých let nebyla v československém právu pevná kolizní norma, která by stanovila rozhodující kritérium v tomto směru.<sup>220</sup>

Změnu z pohledu mezinárodního práva společností přinesl teprve Zákoník mezinárodního obchodu – ZMO,<sup>221</sup> který upravoval tradici inkorporačního principu. V ust. § 8 ZMO stanovil, že „právníckými osobami jsou podniky a jiné organizace, přiznává-li jim způsobilost právo, podle

<sup>214</sup> Autor zde pomíjí úpravu v bývalé NDR, zaměřuje se pouze na právo Spolkové republiky Německo.

<sup>215</sup> Srov. §§ 28, 33 a 34 Obecného zákoníku občanského z roku 1811 (ABGB), tak F. Rouček, J., Sedláček: Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi, díl první, Praha 1935, 307.

<sup>216</sup> Tak Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Praha 1998, str. 135-143.

<sup>217</sup> Srov. rozhodnutí československého Nejvyššího soudu č.R. 728/29 z 11.11.1930.

<sup>218</sup> Srov. rozhodnutí č. 10.320 Vážného sbírky, str. 1523, v Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Karolinum, Praha 1998, str. 137.

<sup>219</sup> Srov. Doralt, P.: Anerkennung ausländischer Gesellschaften, Juristische Blätter, 1969 str. 187; Rouček, F., Sedláček, J., Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi, Díl první, Linhart Praha 1935.

<sup>220</sup> Pauknerová, M.: Entwicklungen im tschechischen internationalen Gesellschaftsrecht, IPRax 2007, Heft 2, str.163.

<sup>221</sup> Zákon č. 101/1963 Sb. s účinností od 1. 4. 1964.

něhož byly zřízeny.“ Inspirován byl tehdejší zákonodárce zřejmě anglosaským právním systémem, který respektoval vůli zakladatelů společnosti.<sup>222</sup>

Dosah zakořenění inkorporačního principu v českém právu dokumentuje i bývalé ust. § 24 odst. 2 ObchZ, který stanovil, že právnická osoba se zahraniční majetkovou účastí může být založena podle československého nebo podle zahraničního práva.

Takové původní znění Obchodního zákoníku podporovalo extrémní liberalismus. Na území České republiky bylo tedy možné založit společnost podle zahraničního práva. Praktické využití takto rozsáhlého liberalismu se však ukázalo být velmi problematickým a z tohoto důvodu bylo výše uvedené ustanovení změněno.<sup>223</sup>

Tato možnost volby práva byla s účinností ke dni 1. 1. 2001 zrušena s tím, že právnická osoba se zahraniční majetkovou účastí může být napříště založena pouze podle českého práva.<sup>224</sup>

Původní ust. § 26 ObchZ (účinné do 1. 1. 2001) ve svém odst. 1 stanovilo: „*Právnická osoba založená podle práva cizího státu za účelem podnikání, která má své sídlo v zahraničí, může přemístit své sídlo na území České republiky. Podmínkou pro to je, že to připouští právní řád státu, v němž má právnická osoba dosud své sídlo, a pokud byla založena podle práva jiného státu, také tento právní řád.*“

Takové ustanovení odpovídá inkorporačnímu principu.<sup>225</sup> Přemístění sídla zahraniční společnosti bylo umožněno za následujících podmínek.

U zahraniční osoby se musí jednat o právnickou osobu založenou za účelem podnikání. Z toho vyplývá, že zde nestačí „jiná než fyzická osoba“, tedy například jen útvar s omezenou právní subjektivitou. Zákon zde zřejmě vycházel z přemístění sídla při zachování identity společnosti. Sídlo přitom bylo vykládáno jako sídlo skutečné.<sup>226</sup> Přemístění sídla musí být přípustné jak podle právního řádu dosavadního sídla, tak i právního řádu, podle něhož byla právnická osoba založena.

Zápis do obchodního rejstříku představuje formální podmínku pro přemístění sídla právnické osoby do České republiky. Právo rozhodné pro vnitřní poměry právnické osoby se určí podle ust. § 26 odst. 3 ObchZ a jedná se o právní řád, podle něhož byla společnost založena. Tímto právním řádem se řídí i ručení jejích společníků nebo členů vůči třetím osobám, které však nesmí být nižší, než stanoví české právo pro tutéž nebo obdobnou formu právnické osoby.

Otázka přemístění právnické osoby se sídlem v České republice do zahraničí výslovně upravena nebyla. Část české právní nauky zastávala pozici, že Obchodní zákoník o přemístění české právnické osoby se sídlem v České republice do zahraničí nehovoří. Také otázka přemístění sídla právnické osoby do České republiky dosud soudy řešena nebyla.<sup>227</sup>

<sup>222</sup> Pauknerová, M.: Entwicklungen im tschechischen internationalen Gesellschaftsrecht, IPRax 2007, Heft 2, str. 162.

<sup>223</sup> Pelikánová, I.: Obchodní právo, I. díl, 2005, str. 405.

<sup>224</sup> § 24 odst. 2 ObchZ podle stavu k 1. 1. 2008.

<sup>225</sup> Pauknerová, M.: K novému vývoji v českém právu a v právu Evropských společenství, str. 325.

<sup>226</sup> Pauknerová, M.: K novému vývoji v českém právu a v právu Evropských společenství, str. 325.



## Oddíl 2 Cizinecké právo

### 1. Uznání právnické osoby

Uznání právnické osoby splývá s otázkou přiznání její právní způsobilosti v hostitelském státě (§ 22 ObchZ).<sup>228</sup>

Hostitelský stát musí být ochoten respektovat postavení právního subjektu, aby umožnil zahraničnímu obchodníkovi podnikání na území jiného státu. V opačném případě by musel zahraniční obchodník nejprve založit nový subjekt v hostitelském státě podle tamějšího právního řádu – například dceřinou společností nebo filiálku.

Respektování zahraniční právní osobnosti v sobě nese akceptaci cizího práva alespoň v míře podmínek pro založení subjektu a v tomto směru se jedná o prolomení omezené působnosti státní suverenity. Něco takového je možné jenom na základě vůle akceptujícího suveréna, tedy hostitelského státu. V tomto případě nejde o kolizní normu v tom smyslu, že by určovala, právo kterého státu má být použito, ale jedná se o připuštění působení zahraniční úpravy.

Po uznání právnické osoby nutně následuje otázka navázání osobního statutu, tedy kolizní problematika určení a respektování zahraničního právního řádu rozhodného pro právní postavení a další vztahy uznané osoby. S tím souvisí i vymezení rozsahu osobního statutu.<sup>229</sup>

Je nutno rozlišovat fyzické a právnické osoby. Jestliže uznání fyzických osob je zaručeno Úmluvou o lidských právech a fyzická osoba musí být respektována jako osoba bez ohledu na to, na jakém území pobývá, pak ohledně právnických osob je situace podstatně složitější.

Určení právního režimu právnických osob je spojeno s problémem uznání zahraničních organizačních forem za právnické osoby, tedy přiznáním právní způsobilosti. Část nauky poukazuje na vztah mezi přijetím teorie reality či fikce právnické osoby jako východiska, protože respektování reálné – na právu nezávislé – existence právnické osoby podmiňuje i uznání takové osobnosti bez ohledu na to, podle práva kterého státu byla právnická osoba založena. Uznává se však současně, že tato souvislost je jenom volná.<sup>230</sup>

V § 22 ObchZ je zakotveno pravidlo automatického uznání (*ipso iure*) na základě inkorporačního principu. Způsobilost, kterou má jiná než fyzická zahraniční osoba podle právního řádu, podle něhož byla založena, má rovněž v oblasti českého právního řádu.

Většina právních řádů včetně českého a rovněž komunitární právo vycházejí z automatického uznání. Tak i systém v SRN, který zvláštní uznání zahraničních společností nepožaduje, je vybudován na automatickém uznání s tím, že o existenci a činnosti zahraniční společnosti rozhoduje její osobní statut.<sup>231</sup> To znamená, že právní osobnost zahraniční osoby bude

<sup>227</sup> Pauknerová, M.: K novému vývoji v českém právu a v právu Evropských společenství, str. 325.

<sup>228</sup> K pojmu „uznání zahraničních společností“ a dále i k pojmu „státní příslušnost“ společností, který se objevují jak ve smyslu kolizněprávním tak, ve smyslu cizineckého práva srov. Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Karolínium, Praha 1998, str. 51 a násl.

<sup>229</sup> Pelikánová, I.: Obchodní právo, I. díl, Praha, 2005, str. 398, 399.

<sup>230</sup> Menjucq, M.: *Droit international et européen des sociétés*, Paris: Montchrestien 2001, str. 61.

<sup>231</sup> Großfeld, B.: *Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen*, RBZ 1967, str.8, 10-14.

respektována, aniž je k tomu zapotřebí zvláštního uznávacího aktu. Právní řády ovšem mohou stanovit určité výjimky pro některé oblasti. Klade se otázka, jakým způsobem bude splnění podmínek zkoumáno.

Vazba na veřejnoprávní předpisy je významná, neboť vedle uznání právnické osoby jako soukromoprávního subjektu se může objevit otázka, zda tato osoba může vykonávat určitou činnost regulovanou právním řádem. Zpravidla musí splnit stanovené podmínky a často je nezbytný veřejnoprávní akt hostitelského státu jako předpoklad výkonu činnosti (například získání licence). Uvedená obecná konstatování je však nutno podstatně korigovat v rámci Evropské unie.

V některých případech se při uznávání zahraniční osoby či při rozhodování o oprávnění k podnikání (činnosti) uplatňují prvky principu kontroly. Jejich prostřednictvím pronikají do této problematiky politické vlivy.<sup>232</sup>

Jestliže podle určitého právního řádu stačí ke vzniku právnické osoby nebo podobného subjektu práva smlouva uzavřená společníky, aniž integruje veřejnoprávní akt (například zápis do obchodního rejstříku), dostává se i uznání takové zahraniční právnické osoby do poněkud jiné roviny, protože se pohybuje na pomezí pravidel mezinárodního práva soukromého týkajících se smluv a pravidel týkajících se právnických osob. Při uzavírání smluv s cizím prvkem si smluvní strany zásadně mohou dohodnout rozhodné právo. Má-li však smlouvou být založena právnická osoba nebo jí blízký právní subjekt, je tato jejich možnost nutně omezena.

Inkorporační princip vede zásadně k tomu, že stát uznává zahraniční osoby, protože respektuje jejich založení podle cizího právního řádu. Naopak právní řády založené na principu sídla požadují, aby společnost, která umístí své skutečné sídlo na území státu jejich platnosti, splnila podmínky, které tyto právní řády stanoví, a proto její existenci spočívající na právu státu založení neuznávají.

## 2. Podnikání zahraničních osob na území České republiky

Ustanovení § 21 odst. 2 ObchZ uvádí, že: „zahraniční osobou se pro účely tohoto zákona rozumí ... právnická osoba se sídlem mimo území České republiky“. Vládnoucí názor v české nauce to komentuje tak, že pro rozlišení mezi českou a zahraniční právnickou osobou používá obchodní zákoník - na rozdíl od určení osobního statutu právnické osoby – kritéria sídla.<sup>233</sup> Tomu oponuje názor v literatuře, který považuje § 21 odst. 2 ObchZ za speciální kolizní normu ve vztahu k § 22 ObchZ.<sup>234</sup> Avšak smyslem kolizní normy je obecně určení rozhodného práva. Ustanovení § 21

<sup>232</sup> Pelikánová, I.: Obchodní právo, I. díl, Praha 2005, str. 400.

<sup>233</sup> Srov. Pauknerová, M.: Kolizněprávní úprava obchodních společností, Právní rozhledy, č. 7/2005, str. 248, Kučera, Z.: Mezinárodní právo soukromé, 6.

vydání, Doplněk, Brno 2004, str. 259 a násl., Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku, 1. díl, 3. vydání, Líně, Praha 2003, str. 232, 239, Cobola, T.: Svoboda usozování zahraničních společností v právu ČR, Právní rozhledy, č. 16/2004, str. 599-605.

<sup>234</sup> Srov. Dědič, J., Čech, P.: Nový pohled na kolizní normy a reflex kolizně relevantní judikatury Evropského soudního dvora v českém právu společností, Soudní rozhledy, 2004. č. 10, str. 362.

odst. 2 ObchZ pouze stanoví, které subjekty budou využívat tzv. národního režimu, zakotveného v § 21 odst. 1 ObchZ v plném rozsahu (osoby české), a které ho budou využívat pouze s určitými zákonem stanovenými výjimkami (osoby zahraniční).<sup>235</sup> Zákonné pravidlo určuje, za jakých podmínek může zahraniční osoba podnikat na českém území, a tímto se dá připojit názoru, který považuje ust. § 21 odst. 2 ObchZ za ustanovení cizineckého práva. Východiskem řešení je princip formální reciprocit. V souladu s ním může zahraniční osoba vyvíjet činnost zásadně za stejných podmínek a ve stejném rozsahu jako osoba česká (§ 21 odst. 1, § 24 odst. 3 ObchZ). Tento liberální princip je v souladu s principem nediskriminace, protože podmínky budou shodné pro české i zahraniční osoby.

Princip formální reciprocit<sup>236</sup> rozvádí ust. § 24 ObchZ, který jej konkretizuje. Umožňuje, aby zahraniční osoby zakládaly, podílely se na zakládání nebo se účastnily podnikání v již založených českých právnických osobách stejně jako osoby české.

Odchytkou od režimu národního zacházení je ustanovení o vzniku práva podnikat v § 21 odst. 4 ObchZ. Spadá svou povahou do práva veřejného. Stanoví, že právo podnikat vzniká zahraničním osobám až zápisem do obchodního rejstříku v rozsahu zapsaného předmětu podnikání. Znamená to, že i když některé domácí osoby mohou podnikat, aniž jsou povinny se zapsat do rejstříku, zahraniční osoba musí být zapsaná vždy a zápis má konstitutivní účinek. Toto pravidlo je zřejmě myšleno tak, že vedle podmínek zvláštních zákonů přistupuje u zahraničních osob tato další podmínka zápisu.<sup>237</sup>

Princip volného pohybu je privilegiem vyhrazeným pro členské státy EU a neplatí univerzálně. Zahraniční osoby se tak nezbytně pro všechny členské státy člení do dvou skupin v závislosti na své vazbě na členský stát EU nebo na jakýkoli třetí stát.

Ustanovení českého obchodního zákoníku plní v současné době především roli subsidiárního předpisu aplikovatelného tam, kde neplatí úpravy zvláštní. Primární komunitární právo je použitelné bezprostředně a má před Obchodním zákoníkem přednost.

Podle současného znění § 21 ObchZ je tedy hranice mezi českou a zahraniční osobou vedena zásadně v závislosti na jejím bydlišti nebo sídle.

Zahraniční osoba může podnikat na území České republiky prostřednictvím podniku nebo organizační složky podniku umístěné v České republice. Podnikem se podle § 5 ObchZ rozumí soubor hmotných, osobních a nehmotných složek podnikání. Tato definice se aplikuje i na podnik zahraniční osoby. Organizační složku podniku zahraniční osoby lze pak definovat jako útvar (závod, kancelář, prodejnu), který je relativně stabilní, má ucelenou vnitřní organizaci, je relativně oddělený od zahraniční osoby a slouží k trvalému provozování podnikatelské činnosti

<sup>235</sup> Srov. Pauknerová, M.: Kolizněprávní úprava obchodních společností, Právní rozhledy, č. 7/2005, str. 244.

<sup>236</sup> Materiální reciprocitou rozumíme pravidlo, podle něhož je poskytování národního zacházení vázáno na dodržování stejného pravidla státem původu zahraniční osoby ve vztahu k českým příslušníkům (srov. § 32 odst. 2 ZMPS – zák. č. 97/1963 Sb., ve znění pozdějších změn).

<sup>237</sup> Pelikánová, I.: Obchodní právo, I. díl, Praha, ASPI, 2005, str. 415.

na území České republiky.

Oprávnění zahraniční osoby podnikat na území České republiky prostřednictvím svého podniku nebo organizační složky podniku vzniká podle ust. § 21 odst. 4 ObchZ ke dni zápisu do obchodního rejstříku. To se uskuteční v rozsahu předmětu podnikání zapsaného v obchodním rejstříku.

Zápisem do obchodního rejstříku však nový právní subjekt nevzniká. Zahraniční osoba nadále zůstává zahraniční. To znamená, že v případě sporu nelze žalovat podnik nebo jeho organizační složku, ale přímo zahraniční osobu. Je nutné zohlednit, že v případě existence takového podniku nebo organizační složky na českém území může být podle § 86 odst. 3 OSŘ založena pravomoc českého soudu k rozhodnutí takového sporu. Veškeré právní úkony ve věcech organizační složky může činit její vedoucí, ale vždy jen za osobu, která organizační složku zřídila. Protože se vedoucí organizační složky zapisuje do obchodního rejstříku, vzniká jeho oprávnění jednat za podnikatele tímto zápisem.<sup>238</sup>

Způsobnost zahraničních osob zakládat právnické osoby v České republice – tzn. způsobilost k právním úkonům – se řídí jejich osobním statutem. Osobní statut řeší otázky vzniku, existence a zániku společnosti a též vnitřní poměry, např. vztahy mezi společníky a mezi společníky a právnickou osobou.

Osobní statut jiné než fyzické zahraniční osoby, tedy i právnické osoby, odpovídá právnímu řádu, podle něhož byla právnická osoba založena (§ 22 ObchZ). Z toho lze dovodit inkorporační princip platící v českém právu. Na základě právní způsobilosti právnické osoby podle cizího práva se zahraniční osobě přiznává postavení podnikatele i v České republice, a to za podmínky, že toto postavení má zahraniční osoba také v zahraničí.<sup>239</sup>

V rámci podnikání zahraničních osob na českém území zdůrazňuje ust. § 24 odst. 1 ObchZ, že zahraniční osoba může být jediným zakladatelem nebo jediným společníkem jednočlenné společnosti (pokud to český právní řád připouští). Taková úprava vychází z principu rovnosti zahraničních a českých osob. Z toho však vyplývá, že každá zahraniční osoba se může stát osobou českou, jestliže bude jediným společníkem jednočlenné obchodní společnosti.<sup>240</sup>

### 3. Přemístění sídla obchodní společnosti

Při analýze svobody přemístění sídla obchodních společností je nutné rozlišovat dva směry a dva způsoby přemístění sídla. Jedná se přitom na jedné straně o přemístění skutečného sídla, tedy efektivního centra řízení společnosti do České republiky, a na druhé straně o přemístění statutárního sídla, které představuje změnu stanov společnosti – společenské smlouvy. Přemístění skutečného sídla společnosti dává vznik formálně zahraničním společnostem a důsledkům s nimi

<sup>238</sup> Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K.: Právo mezinárodního obchodu, Plzeň 2008, str. 82.

<sup>239</sup> Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K.: Právo mezinárodního obchodu, Plzeň 2008, str. 80.

<sup>240</sup> Pelikánová, I., Černá, S.: Obchodní právo 2, Praha 2006, str. 42.

spojeným, přemístění statutárního sídla vyvolává především otázky přípustnosti této operace, kontinuity právní osobnosti a změny osobního statutu.<sup>241</sup>

Přemístění zapsaného sídla vyvolává různé názory na to, zda je, nebo není zachována kontinuita právní osobnosti, zda tedy zápisem sídla v hostitelském státě vzniká nová právnická osoba, která je právním nástupcem zaniklé společnosti, nebo zda se jedná o stále tutéž právnickou osobu.

Při přemístění skutečného sídla je třeba řešit otázku osobního statutu, tedy zachovává-li si společnost v hostitelském státě svůj předchozí osobní statut státu založení, anebo získává-li nový osobní statut hostitelského státu. Částečně upravují určité právní řády také rozhodování o změně „národnosti“. Taková ustanovení zdůrazňují přípustnost tohoto rozhodnutí a dovozují se z nich, že jasně implikují i zachování kontinuity společnosti. Příklady komunitárních nařízení jak o evropské společnosti, tak i o evropském družstvu zdůrazňují, že kontinuita právnické osoby je favorizovaná stejně jako s tím spojené řešení změny osobního statutu, která je důsledkem provedené operace.

V českém právním řádu je možnost přemístění sídla upravena ve vztahu k obchodním společnostem v § 26 ObchZ, podle kterého sice má právnická osoba, založená podle práva cizího státu za účelem podnikání, právo přemístit sídlo na území České republiky, stejně jako má česká právnická osoba právo přemístit své sídlo z České republiky do zahraničí, avšak obojí je možné pouze, pokud to umožňuje mezinárodní smlouva, která je pro Českou republiku závazná, nebo v případech a za podmínek stanovených právem Evropského společenství nebo zvláštním zákonem. Český právní řád tedy možnost přemístění sídla jak z České republiky, tak do České republiky obecně připouští, aniž by však stanovil podmínky tohoto přemístění. Přípustnost přemístění sídla a úpravu podmínek přenechává mezinárodním smlouvám či právu Evropského společenství.

Překážky a omezení přemístění sídla pak bezpochyby představují ve vztahu ke svobodě usazování omezující opatření. Česká nauka tyto omezení nazývá korektivem inkorporačního principu v České republice. To znamená, že zahraniční lex incorporationis společností, které mají v České republice své sídlo, je korigován českým právem.<sup>242</sup>

Přemístění sídla zahraniční právnické osoby na území České republiky je při splnění podmínek § 26 odst. 1 ObchZ možné. Přitom se jedná o právnickou osobu, která byla založena podle cizího práva za účelem podnikání a která má své sídlo v zahraničí, a přemístění umožňuje mezinárodní smlouva, která je pro Českou republiku závazná a byla vyhlášena ve Sbírce zákonů nebo ve Sbírce mezinárodních smluv.

§ 26 odst. 1 ObchZ stanoví: „*Právnická osoba založená podle práva cizího státu za účelem podnikání, která má sídlo v zahraničí, může přemístit své sídlo na území České republiky, jestliže to umožňuje mezinárodní smlouva která je pro Českou republiku závazná a byla vyhlášena ve Sbírce zákonů nebo ve Sbírce mezinárodních smluv. To platí i pro přemístění sídla české právnické osoby do zahraničí.*“

<sup>241</sup> Pelikánová, I.: Obchodní právo, I. díl, 2005, Praha, str. 402.

<sup>242</sup> Srov. Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Karolinum, Praha 1998, str. 181.

Na první pohled pro volný pohyb společností vstřícná úprava § 26 ObchZ se při další analýze ukazuje být terminologicky nevyváženou a přináší další otázky, které jsou v české literatuře předmětem rozsáhlé diskuze. To je očividné, když se porovná terminologie ust. § 21 odst. 2 ObchZ – „zahraniční osoba ... právnická osoba se sídlem mimo území České republiky...“ – s ustanovením § 22 ObchZ – „...jiná než fyzická zahraniční osoba ...“ – a termíny použitými v ust. § 26 ObchZ – „právnická osoba založená podle práva cizího státu ...“.

Při určení osobního rozsahu ustanovení § 26 odst. 4 ObchZ je možné se opřít o jeden názor v české literatuře, podle kterého je možné rozšířit definici ust. § 22 ObchZ také na otázky přemístění sídla.<sup>243</sup> Podle této domněnky je možné vztáhnout ust. § 22 ObchZ na všechna další ustanovení, která hovoří o zahraničních právnických osobách.

Na druhé straně je ale nutné respektovat jednoznačné vyjádření zákonodárce a konstatovat, že přemístění sídla do České republiky je dovolené jen pro právnické osoby cizího práva.<sup>244</sup> Přistoupíme-li k tomuto zúženému výkladu, tak je možno konstatovat, že ust. § 26 ObchZ neumožňuje přemístění sídla do České republiky pro kvaziprávní osoby založené např. podle německého či anglického práva jako např. „OHG“ nebo „Partnership“.

Dále se neobejde bez diskuze též otázka, zda ust. § 26 ObchZ má na mysli přesun sídla skutečného či statutárního. I zde stojí zástupci různých názorů v literatuře proti sobě. Podle různých názorů v науce dospíváme k závěru, že ustanovení § 26 směřuje evidentně ke statutárnímu sídlu a vazbu na skutečné sídlo nevyjadřuje.<sup>245</sup> Tak se dá domnívat, že v důsledku změn v pojetí sídla, k nimž došlo zákony č. 370/2000 Sb. a č. 501/2001 Sb. všude tam, kde zákony používají termín „sídlo“ bez přívlastku, je třeba jím rozumět sídlo statutární.<sup>246</sup> Proti tomu stojí názor, podle něhož v daném případě je sídlem třeba rozumět sídlo skutečné (faktické).<sup>247</sup> Naproti tomu stojí autentický výklad § 26 odst. 1 ObchZ.

Tak vycházel autor ust. § 26 odst. 1 ObchZ z názoru, že v uvedeném případě je sídlem třeba rozumět sídlo skutečné.<sup>248</sup> Avšak pohlédneme-li na výklad konformní s právem ES, tak by pro rozhodnutí Soudního dvora, směřoval výklad spíše k podpoře stanoviska, že v ust. § 26 ObchZ jde o sídlo statutární.<sup>249</sup> Tímto otázkou zůstává nevyjasněná.

Další problém spočívá v ust. § 26 odst. 1 ObchZ, který váže přemístění sídla společnosti ze zahraničí do České republiky na podmínku, že toto povoluje mezinárodní smlouva, kterou je Česká republika vázána a která byla vyhlášena ve Sbírce zákonů nebo ve Sbírce mezinárodních smluv. Zde přichází v úvahu zejména dvoustranné dohody o podpoře a ochraně zahraničních

<sup>243</sup> Pelikánová, I.: Komentář k Obchodnímu zákoníku, 1. část, 3. vydání, Praha 2003, str. 265.

<sup>244</sup> Tak i Pauknerová, M.: K novému vývoji v českém právu a v právu Evropských společenství, Právník 3/2002, str. 324.

<sup>245</sup> Pelikánová, I.: Komentář k Obchodnímu zákoníku, 1. část, 3. vydání, Praha 2003, str. 264.

<sup>246</sup> Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku, 1. díl, 3. vydání, Linde, Praha 2003, str. 42, tak i Dědič, J., Čech, P.: Nový pohled na kolizní normy a reflexe kolizně relevantní judikatury Evropského soudního dvora v českém právu společností, Soudní rozhledy, 2004, č. 10, str. 363-364.

<sup>247</sup> Stuna, S. a kol.: Komentář k Obchodnímu zákoníku, Praha, 1992.

<sup>248</sup> Srov. Kučera, Z., in Stuna, S a kol.: Obchodní zákoník s podrobným komentářem, Trizonia, Praha 1992, str. 40, tak i Chobola, T., Svoboda usazování zahraničních společností v právu ČR, Právní rozhledy, 16/2004, str. 603.

<sup>249</sup> Srov. Pauknerová, M.: Kolizněprávní úprava obchodních společností, Právní rozhledy, č. 7/2005, str. 249.

investic,<sup>250</sup> smlouvy o právní pomoci,<sup>251</sup> různé dvoustranné obchodní smlouvy, např. dohoda o podpoře a ochraně investic mezi ČSFR a SRN.<sup>252</sup>

Dále odborná literatura odkazuje na různé mezinárodní smlouvy jako například na Bruselskou úmluvu EHS o vzájemném uznávání společností a právnických osob<sup>253</sup>, která ale nevstoupila v platnost, Haagskou úmluvu o uznání právní subjektivity zahraničních společností, sdružení osob a nadací,<sup>254</sup> Štrasburskou evropskou úmluvu o usazování společností<sup>255</sup>, Evropskou dohodu o přidružení mezi ES a členskými státy ES a Českou republikou (ze 4. 10. 1993), které se ale netýkají možnosti přemístění sídla z nebo do České republiky.

I Smlouva o založení Evropského společenství (SES) ve svém čl. 48 pouze vymezuje relevantní subjekty ze smluvních států. Dále je možné přiklonit se k čl. 293 SES, který zakotvuje v případě potřeby možnost uzavření úmluvy mezi členskými státy ES týkající se zachování právní subjektivity společnosti v případě přemístění sídla z jednoho členského státu do druhého.<sup>256</sup> Vzhledem k tomu, že příslušná ustanovení SES k možnosti přesunu sídla společnosti mlčí a tato problematika je naopak vyhrazena pro tzv. subsidiární smlouvu dle čl. 293 SES, nabízí se z důvodu restriktivního výkladu tohoto ustanovení a s odkazem na rozhodnutí ve věci *Daily Mail* možnost přiklonit se k závěru, řešit tuto problematiku dle čl. 293 SES, který poskytuje možnost uzavření smlouvy mezi členskými státy ES.<sup>257</sup> Konkrétní záměr evropského zákonodávce zde ale současně musí zůstat zachován.<sup>258</sup>

I další podmínky spojené s přeložením sídla společnosti do České republiky se neobejdou bez diskuze. Jestliže v ust. § 26 odst. 3 první věta ObchZ je vyjádřena čistá forma inkorporačního principu, je již v druhé větě tohoto odstavce prolomen tento princip ve prospěch principu sídla. Tyto korekce věty druhé citovaného ustanovení se zaměřují za prvé na vnější vztahy společnosti, které po změně sídla podléhají českému právu. Za druhé jde o výslovné prolomení jednoty rozhodného práva zahraničních společností v otázkách ručení společníků nebo členů v případě, že by podle rozhodného práva mělo být nižší než podle práva českého. Jednotlivé názory v literatuře tento výklad upřesňují v tom směru, že zahraniční společnost nemusí vykazovat nižší minimální základní kapitál, než vyžadují české právní předpisy.<sup>259</sup>

<sup>250</sup> Přehled dohod u Pelikánová, I., Koblíha, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku, I. díl, Linde, Praha 1994, str. 88-89.

<sup>251</sup> Přehled smluv in Kučera, Z.: Mezinárodní právo soukromé, 3. vydání, Doplněk, Brno 1994, str. 54.

<sup>252</sup> Číslo 573/1992 Sb.

<sup>253</sup> Bruselská úmluva z 29. 2. 1968.

<sup>254</sup> Haagská úmluva z 1. 6. 1956.

<sup>255</sup> Úmluva z 20. 1. 1966.

<sup>256</sup> Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Praha 1998, str. 339, dále srov. čl. 293 SES: „...vzájemné uznávání společností ve smyslu čl. 48 druhého pododstavce, zachování jejich právní subjektivity v případě přenesení sídla z jedné země do druhé a možnost sloučení či splnutí společností, které se řídí právem různých členských států...“

<sup>257</sup> Chobola, T.: Svoboda usazování zahraničních společností v právu ČR, Právní rozhledy, č. 16/2004, str. 604.

<sup>258</sup> Pauknerová, M.: K novému vývoji v českém právu, Právník 3/2002, str. 331.

<sup>259</sup> Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník, komentář, 8. vydání, Praha, 2003, C.H.Beck, str. 61, komentář k § 26.

Zápisem sídla do českého obchodního rejstříku se zahraniční právnická osoba stává českou právnickou osobou (§ 26 odst. 2 ObchZ). Přemístěním sídla se však nemění osobní statut přemístěné právnické osoby. Ustanovení § 26 odst. 3 ObchZ stanoví, že i po přemístění se budou nadále řídit vnitřní právní poměry právnické osoby tím právem, podle kterého byla založena. V zájmu ochrany třetích osob, které s takovou právnickou osobou budou vstupovat do právních vztahů, se však stanoví, že ručení společníků za závazky právnické osoby vůči třetím osobám nesmí být nižší, než jak stanoví české právo pro tutéž nebo obdobnou formu právnické osoby.<sup>260</sup>

Obecně lze tedy podle současné právní úpravy konstatovat následující podmínky pro přemístění sídla obchodní společnosti do České republiky. Osobní rozsah je otevřen pro právnické osoby založené podle práva cizího státu za účelem podnikání, které mají sídlo v zahraničí. Přitom se sídlem rozumí sídlo skutečné. Přemístění sídla zahraniční právnické osoby do České republiky musí připouštět mezinárodní smlouva. Dále musí být takové přemístění zapsáno do obchodního rejstříku a je účinné až ode dne právní moci tohoto zápisu. Konečně nesmí být ručení společníků nebo členů přemístěné právnické osoby vůči třetím osobám nižší, než stanoví české právo pro tutéž nebo obdobnou formu právnické osoby.

Na druhé straně stojí problematika přemístění sídla obchodní společnosti z České republiky do zahraničí. Přemístění je přípustné podle ust. § 26 odst. 4 ObchZ v případech a za podmínek stanovených právem Evropských společenství či zvláštním zákonem. Pouze z tohoto odstavce plynou i po euronovelizaci celého ust. § 26 ObchZ různé otázky. Například se klade otázka, co znamená „právo Evropských společenství“ a jestli zde zahrnuje i judikaturu Soudního dvora. Dále také není jasné, zda se upravuje přemístění sídla skutečného nebo statutárního.

S odvoláním na výše uvedené se zde dají diskutované otázky shrnout tak, že česká právnická osoba může přemístit své sídlo do zahraničí, pokud to připouští mezinárodní smlouva. Toto je nutno zapsat do obchodního rejstříku a přemístění je účinné až od tohoto zápisu.

### Oddíl 3 Tendence odklonu od inkorporačního principu

Smyslem novelizace Obchodního zákoníku v r. 2000<sup>261</sup> bylo především uvedení českého obchodního práva do souladu s právem ES.

Tím se sledují cíle v rámci harmonizace právní úpravy obchodních společností spojené s dosažením vysokého standardu ochrany. Tyto cíle jsou také patrné při pohledu na vývoj evropského práva a s ním spojená rozhodnutí ESD.

Při porovnání zmíněných cílů a harmonizačních snah na úrovni ES s aktuálním stavem kolizní úpravy práva společností v České republice si klademe otázky týkající se současné a budoucí harmonizace inkorporačního principu v České republice.

Zmíněná novela Obchodního zákoníku se základu inkorporačního principu nedotýká. Rozhodnou kolizní úpravu obsahuje ust. § 22 ObchZ, podle kterého: „*Právní způsobilost, kterou má jiná než*

<sup>260</sup> Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K.: Právo mezinárodního obchodu, Plzeň 2008, str. 81.

<sup>261</sup> Zákon č. 370/2000 Sb.



*fyzická zahraniční osoba podle právního řádu, podle něhož byla založena, má rovněž v oblasti českého právního řádu. Právním řádem, podle něhož byla tato osoba založena, se řídí i její vnitřní právní poměry a ručení členů nebo společníků za její závazky.“*

Ustanovení § 22 ObchZ je nadále rozhodnou normou pro zodpovězení otázky, kterým právem se řídí jiná než fyzická zahraniční osoba v oblasti teritoriální působnosti českého právního řádu.

České právo vychází z názoru týkajícího se přesídlování a uznávání společnosti, a to že společnost se řídí právem státu, ve kterém byla založena (vznikla) a v němž má své statutární (zapsané) sídlo, tedy vychází z principu inkorporačního. Jak bude dále vysvětleno, je inkorporační princip v českém právu v několika poměrně zásadních momentech modifikován ve prospěch principu (skutečného) sídla.<sup>262</sup>

Český obchodní zákoník rozlišuje dvě kategorie norem týkajících se postavení zahraničních společností. První kategorie se týká rozlišení mezi českou a zahraniční osobou, jsou to normy tzv. cizineckého práva,<sup>263</sup> jedná se o terminologii Obchodního zákoníku pro zahraniční osoby na českém území.

Druhá kategorie obsahuje kolizní normy, které stanoví, ve kterých případech bude na českém území respektován cizí právní řád.<sup>264</sup> Zde se klade otázka, zda se tedy jedná o určení osobního statutu zahraniční osoby – *lex societatis*, tzn. jakým právním řádem se právnická osoba působící na českém území řídí.

Česká právní úprava se zřejmě vzdává čistého inkorporačního principu, pohlédneme-li na možnost přemístění sídla právnické osoby, založené podle práva cizího státu a se sídlem v zahraničí, na území České republiky, to platí i pro přemístění sídla české právnické osoby do zahraničí. Ustanovení § 26 ObchZ zdůrazňuje prolomení inkorporačního principu ve prospěch principu sídla. Z dikce současného ust. § 26 ObchZ je takové prolomení zřejmé:

*„(1) Právnická osoba založená podle práva cizího státu za účelem podnikání, která má sídlo v zahraničí, může přemístit své sídlo na území České republiky, jestliže to umožňuje mezinárodní smlouva, která je pro Českou republiku závazná a byla vyhlášena ve Sbírce zákonů nebo ve Sbírce mezinárodních smluv. To platí i pro přemístění sídla české právnické osoby do zahraničí.*

*(2) Přemístění sídla podle odstavce 1 je účinné ode dne jeho zápisu do obchodního rejstříku.*

*(3) Vnitřní právní poměry právnické osoby uvedené v odstavci 1 se i po přemístění jejího sídla do tuzemska řídí právním řádem státu, podle něhož byla založena. Tímto právním řádem se řídí i ručení jejích společníků nebo členů vůči třetím osobám, které však nesmí být nižší, než stanoví české právo pro tutéž nebo obdobnou formu právnické osoby.*

*(4) Přemístění sídla právnické osoby z České republiky do zahraničí nebo ze zahraničí do České republiky je přípustné také v případech a za podmínek stanovených právem Evropských společenství či zvláštním zákonem.“*

<sup>262</sup> Chobola, T.: Svoboda usazování zahraničních společností v právu ČR, Právní rozhledy, č. 16/2004, str. 599; Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Praha 1998, str. 14 a násl.

<sup>263</sup> Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Praha 1998, str. 19 a 47.

<sup>264</sup> Pelikánová, I.: Obchodní právo, I. díl, Praha 2005, str. 397.

Již ust. § 26 odst. 1 ObchZ stanoví závislost zachování identity právnické osoby při přemístění jejího sídla z jednoho státu do druhého na existenci mezinárodní smlouvy. Jak výklad termínu „mezinárodní smlouva“, tak i existence takové smlouvy jsou sporné a dokumentují nevýhodné podmínky pro přemístění sídla právnické osoby.

Dále ust. § 26 odst. 3 ObchZ stanoví pro ručení společníků právnické osoby při přemístění ze zahraničí do České republiky rozhodnost českého práva jakožto práva sídla pro minimální výši ručení, přestože jinak se právnická osoba bude nadále řídit právem, podle něhož byla založena.

Sídlo právnické osoby je také výslovně vymezeno jako sídlo skutečné, pro identifikaci společnosti nestačí tedy pouhé sídlo statutární (§ 2 odst. 3 ObchZ).

Ustanovení § 26 ObchZ představuje nesystematický odklon od inkorporačního principu převládajícího dosud v České republice. Ohlédneme-li se na vývoj práva usazování v rámci ES, představuje tato úprava krok zpět.<sup>265</sup> S ohledem na současný stav práva ES je pochybné, jestli jsou požadavky na výši ručení a minimálního základního kapitálu v souladu s rozsudky ESD a právem ES.

Naproti tomu nová kodifikace mezinárodního práva soukromého obsahuje ve vztahu k právnickým osobám zvláštní kolizní normu, která zachovává inkorporační princip.<sup>266</sup>

Jak již uvedeno, rozumí se navázáním osobního statutu společnosti určení právního řádu rozhodného pro posouzení právních otázek spojených s určitou osobou, tj. právního řádu, kterým se řídí vznik společnosti, její právní povaha, právní způsobilost společnosti včetně oprávnění jednat za společnost, její vnitřní vztahy a některé další otázky.<sup>267</sup>

Součástí cizineckého práva je rozlišení toho, kdo je považován za zahraniční osobu a kdo za tuzemskou. Tato pravidla nejsou kolizními normami. Obchodní zákoník např. ukládá zahraničním osobám povinnost zápisu do obchodního rejstříku (§ 21 odst. 4 ObchZ) nebo povinnost, aby v případě, kdy má mít jednatelské oprávnění zahraniční fyzická osoba, bylo doloženo její povolení k pobytu (§ 30 odst. 3 ObchZ).

V popsané situaci je v rámci této práce třeba upozornit na to, že tyto požadavky se nevztahují na státní příslušníky členských států EU a EHP.

Z důvodu, že zahraniční společnost se v některých oblastech podrobuje speciálnímu právnímu režimu, je nutné rozlišovat společnosti tuzemské a zahraniční. Podnikání zahraničních osob je upraveno v České republice v ust. § 21 odst. 2 ObchZ,<sup>268</sup> který stanoví, že pod pojmem zahraniční osoba se rozumí právnická osoba se sídlem mimo území České republiky na rozdíl od české právnické osoby, která má sídlo na území České republiky.

<sup>265</sup> Tak i Chobola, T.: Svoboda usazování zahraničních společností v právu ČR, Právní rozhledy, č. 16/2004, str. 605.

<sup>266</sup> Srov. Pauknerová, M.: K novému vývoji v českém právu a právu Evropských společenství, 2001-2002, str. 341.

<sup>267</sup> Pauknerová, M.: K novému vývoji v českém právu a právu Evropských společenství, Právník 3/2002, str. 323.

<sup>268</sup> Zákon č. 513/1991 Sb., ve znění zákona č. 370/2000 Sb.

Ustanovení § 21 odst. 2 ObchZ určuje státní příslušnost právnické osoby. Tento pojem je ale nutno odlišovat od „státní příslušnosti“ v kolizně právním smyslu, což je přenesené označení osobního statutu (rozhodného práva) společnosti.<sup>269</sup>

Odlišné zacházení se zahraničními společnostmi může představovat např. stanovení odlišných požadavků týkajících se zveřejnění určitých údajů, povinnost jmenovat odpovědného zástupce pro podnikání<sup>270</sup> nebo úprava vzniku oprávnění podnikat na českém území (§ 21 odst. 4 ObchZ). Úpravu zacházení se zahraničními subjekty je nutné odlišovat od situace, kdy dochází k prolomení jednoty rozhodného práva zahraniční společnosti ve prospěch použití norem právního řádu státu, kde je společnost usazena (podniká).<sup>271</sup> Například se zde dá uvést aplikace tuzemských předpisů ohledně minimální výše základního kapitálu a ručení společníků. Prolomení osobního statutu zahraniční společnosti spočívá v tom, že právo pro společnost rozhodné je zčásti nahrazeno normami českého práva.<sup>272</sup>

Ustanovení § 21 odst. 2 ObchZ (stav k l. 1. 2008) vymezuje státní příslušnost podle sídla společnosti. Obchodní zákoník ale v hlavě o podnikání zahraničních osob nedává odpověď na otázku, co rozumět sídlem ve smyslu tohoto ustanovení.<sup>273</sup> Je proto třeba vyjít z ust. § 2 odst. 3 ObchZ, resp. ust. § 19 OZ. Nová právní úprava ObchZ formuluje požadavek, aby sídlo statutární (zapsané) odpovídalo sídlu skutečnému, což ovšem zcela nevyklučuje, že tento soulad reálně nebude existovat. Pro posouzení státní příslušnosti právnické osoby je rozhodující sídlo skutečné.

Dále je možné poukázat na směrodatnou judikaturu Nejvyššího soudu ČSR, který se tímto rozlišením zabýval ve svém rozhodnutí z roku 1930,<sup>274</sup> kde soud zcela zřetelně rozlišoval mezi sídlem statutárním a sídlem skutečným. Dále se také dá dovodit postoj ke skutečnému sídlu společnosti i z rezoluce II. sjezdu československých právníků z roku 1925.<sup>275</sup>

Původní znění Obchodního zákoníku (před novelou provedenou zákonem č. 370/2000 Sb.) ještě vycházelo z úpravy, podle které se za sídlo společnosti považovala adresa, která byla jako sídlo zapsána v příslušném rejstříku (původní § 2 odst. 3 ObchZ). Novelou jak Obchodního zákoníku, tak Občanského zákoníku<sup>276</sup> byla definice sídla společnosti pozměněna a přesunuta do občanského kodexu. Ustanovení § 19c odst. 2 ObčZ tak stanoví, že „... sídlo musí být určeno adresou, kde právnická osoba sídlí skutečně, tedy místem, kde je umístěna její správa ....“ Z toho lze učinit závěr, že zákonodárce preferoval sídlo skutečné před statutárním.<sup>277</sup>

<sup>269</sup> Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Praha 1998, str. 34.

<sup>270</sup> Srov. zákon č. 455/1991 Sb., živnostenský zákon, § 11 odst. 4 písm. b) a d).

<sup>271</sup> Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Praha 1998, str. 34-36.

<sup>272</sup> Chobola, T.: Svoboda usazování zahraničních společností v právu ČR, Právní rozhledy, č. 16/2004, str. 600.

<sup>273</sup> Pelikánová, I.: Obchodní právo, I. díl 2005, str. 414.

<sup>274</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ČSR z 11. 11. 1930, Rv. II 728-29, č. 10320.

<sup>275</sup> Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Praha 1998, str. 42.

<sup>276</sup> Zákonem č. 88/2003 Sb.

<sup>277</sup> Chobola, T.: Svoboda usazování zahraničních společností v právu ČR Právní rozhledy, č. 16/2004, str. 601.

## Díl 2 Úprava v právu Spolkové republiky Německo

### Oddíl 1 Vývoj principu sídla v SRN

Problémy s přemístěním sídla vznikají nejen při otázce uznávání společností přistěhovaných ze zahraničí, ale také pokud se společnost rozhodne přemístit své sídlo přes hranice. Poté existuje tato společnost ve své dosavadní formě i nadále pouze tehdy, pokud jak právo státu odstěhování, tak i právo státu přistěhování akceptují její trvání.

Přemístí-li německá obchodní (kapitálová) společnost své správní sídlo do zahraničí, tak v tom dosud převládající názor spatřuje důvod pro zrušení a likvidaci této společnosti. A to i v tom případě, že přistěhování německé společnosti je druhým státem aprobováno, jak to například plyne z inkorporačního principu v České republice.

V opačném případě, když zahraniční společnost přemístí své správní sídlo do SRN a zahraniční stát akceptuje trvání této společnosti, odmítal vládnoucí německý názor trvání této společnosti a žádal nové založení a získání právní způsobilosti podle vnitrozemských platných zákonů.

Přemístění sídla přes hranice při zachování právní identity společnosti nebylo podle dosavadního převládajícího německého názoru v obou směrech možné. Tak potvrdilo soudní rozhodnutí v SRN platnost principu sídla pro oblast německého práva, například Nejvyšší soud v Bavorsku,<sup>278</sup> který ve svém rozhodnutí uvedl, že GmbH s německým osobním statutem nemůže své skutečné sídlo a statutární sídlo přemístit při zachování své identity na základě jednomyslného usnesení (jediného společníka) z oblasti SRN do jiného členského státu ES. Z takového usnesení vyplývá spíše zrušení společnosti.<sup>279</sup>

Dále můžeme upozornit i na rozhodnutí Vrchního zemského soudu ve Zweibrücken,<sup>280</sup> ve kterém soud zamítl návrh na registraci přemístění sídla akciové společnosti do SRN. Společnost založená podle lucemburského práva se sídlem v Lucemburku dokonce i změnila svou vnitřní organizaci tak, že přizpůsobila svou formu německému akciovému zákonu, ale ani to v tomto případě to nepomohlo. Naopak to vyvolalo rozpaky mezi některými zastánci principu sídla v SRN.<sup>281</sup>

Jak pro otázku přistěhování zahraniční společnosti, tak pro řešení problémů odstěhování bylo směřodátné a základní, obzvláště pro státy uznávající princip sídla jako je SRN, komunitární právo a na komunitární právo navazující mezistátní dohody v ES. Jak již bývalý čl. 220 odst. 3 SEHS (nový čl. 293 SES) stanovil, že členské státy mezi sebou zahájí jednání za účelem zajistit ve prospěch svých státních příslušníků oboustranné uznávání společností se zachováním právní

<sup>278</sup> BayObLG ze 7.5.1992 – 3 Z BR 14/92 (RIW 1992/8, str. 674-676).

<sup>279</sup> Tak Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Karolinum, Praha 1998, str. 88.

<sup>280</sup> OLG Zweibrücken Urteil vom 27.6.1990 – 3 W 43/90 v IPRax 1991/6 str. 406.

<sup>281</sup> Srov. Goßfeld, B., König, T.: Identitätswahrende Sitzverlegung in der Europäischen Gemeinschaft, IPRax 1991/6, str. 380-382, tak i Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Karolinum, Praha 1998, str. 89.

způsobilosti po přemístění sídla z jednoho státu do druhého a možnost sloučení společností, které jsou podřízené právním předpisům různých členských států.

Na tomto základě stála i Dohoda ES o vzájemném uznávání společností a právnických osob z roku 1968. Tato dohoda měla určovat jak způsobilost k právům a povinnostem, tak i způsobilost k právním úkonům podle práva inkorporace. Zde je ale třeba také upozornit na čl. 4 této dohody, který dal každé smluvní straně dohody možnost aplikovat na společnosti, které byly založeny podle práva jiného smluvního státu a které mají skutečné sídlo na území jiného smluvního státu, vlastní předpisy. Tato dohoda byla Spolkovou republikou ratifikována v roce 1972.<sup>282</sup> Avšak tato dohoda nenabyla platnosti z důvodu chybějící ratifikace Nizozemskem. Nizozemsko, které přijalo inkorporační princip v jeho takřka čisté formě, uznává prakticky všechny společnosti, které byly účinně založeny podle práva jiného státu, a vneslo výhradu vůči inkorporačnímu právu, které dohoda obsahovala.

Mimoto je nutné zohlednit i další bilaterální smlouvy, podle kterých SRN uznává společnosti zřízené podle zahraničního práva nezávisle na tom, kde tyto společnosti mají své skutečné sídlo. SRN uzavřela částeční státní smlouvy, ve kterých se zaručuje uznávání těch společností, které byly založeny podle práva jiného smluvního státu a mají sídlo v tomto státě, a smlouvy, ve kterých se zaručuje uznávání všech společností nezávisle na jejich sídle.

K těm smlouvám patří například Přátelská, obchodní a plavební smlouva mezi SRN a USA z roku 1954<sup>283</sup> a dále i Smlouva ke svobodě usazování se Španělskem z roku 1970. Tyto dohody navazují na inkorporační právo. Dále je zde nutné zohlednit i přechodné období, které uplynulo v roce 1970 a po němž by pro svobodu usazování, tak jak to vyplývá i z následující judikatury ESD od roku 1974, mělo bezprostředně platit komunitární právo.

V souladu s touto situací se v literatuře vytvořil názor, který byl zdůrazněn částečně i německými soudy, v první řadě Bavorským vrchním soudem (BayObLG) v jeho druhém a třetím rozsudku v kauze *Landshuter Druckhaus Ltd.*, kde soud vyjádřil své pochybnosti o slučitelnosti principu sídla s čl. 220 a 58 Smlouvy o EHS.<sup>284</sup>

Určitý rozpor v nakládání s právní způsobilostí společností, které přemístily sídlo ze SRN do zahraničí, je zřejmý již z „mlčení“ německých právních předpisů vůči důsledkům, které princip sídla přináší v případě přemístění statutárního sídla německé kapitálové společnosti do zahraničí. Pro založení německé kapitálové společnosti, pro její vznik jako právnické osoby je nezbytné, aby měla statutární sídlo ve vnitrozemí. Vznik kapitálové společnosti by ztroskotal již z důvodu chybějícího zápisu takového sídla do příslušného obchodního rejstříku. Pro důsledek, že společnost by měla při přemístění skutečného sídla ztratit svoji právní způsobilost nabytou podle

<sup>282</sup> Zákon o souhlasu s úmluvou – ZustimmungsgG, 18. 5. 1972, BStBl. 1972 II, 369, dále i protokol Soudního dvora týkající se výkladu úmluvy z 3. 6. 1971, BGBl. II 1972, 858 a zákon o souhlasu s protokolem BGBl. II 1972, 885.

<sup>283</sup> Srov. Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag vom 29.10.1954 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika, publikována v německém BGBl. 1956 II., str. 487.

<sup>284</sup> BayObLG, Urteil vom 21. 3. 1986, *Landshuter Druckhaus Ltd. II* - BayObLGZ 1986, 61 a násl., BayObLG Urteil vom 18. 9. 1986, *Landshuter Druckhaus Ltd. III* - BayObLGZ 1986, 351 a násl., DB 1986, 2350 a násl.

německého práva, zákonný podklad nenajdeme.

Důvěra veřejnosti také není chráněna tím, že se provádí nucené zrušení společnosti. Nucené zrušení nemá zákonný podklad. Společnost nezískává právní způsobilost podle německého práva tím, že umístí ve vnitrozemí skutečné sídlo, nýbrž pouze statutární sídlo. Oddělí-li se skutečné sídlo od statutárního sídla přemístěním do zahraničí, společnost zůstává německou společností s vnitrozemským statutárním sídlem. Jestli však stát přistěhováním přijme společnost založenou podle německého práva za právně způsobilou, spočívá v pravomoci přijímajícího státu.

Přemístí-li však německá kapitálová společnost své statutární sídlo do zahraničí, ztratí svou německou národnost. Společnost se zde vyčlení ze svého právního řádu, kterému vděčí za svoji existenci jako právnická osoba. Zde se setkáváme také s pojmem „státní příslušnost“.

Z toho vyplývá otázka, zda přemístění statutárního sídla a s tím spojená změna národnosti je možná při zachování identity společnosti.

Změna národnosti při zachování identity společnosti předpokládá součinnost státu odstěhování a státu přistěhování. Umožňuje-li stát přistěhování zahraniční společnosti přistěhovat se a získat jeho národnost za současného sladění jejich stanov s právními předpisy státu přistěhování, potom takové změně národnosti německé právo neklade žádné překážky. Avšak proti přemístění sídla při zachování identity se uvádí také to, že právnická osoba je výrazem určitého společenského řádu. Vůči tomu je sociální a hospodářské pozadí dotčeného státu rozdílně vyhrazeno. Tak například žádný jiný stát ES nedisponuje právními předpisy rovnocennými s německým právem spolurozhodování nebo koncernovým právem.

Však je při této argumentaci také nutné vzít v úvahu, že i při nuceném zrušení společnosti nelze zaručit, že se německé právo spolurozhodování a koncernové právo prosadí.

Přemístí-li společnost do zahraničí pouze skutečné sídlo, zůstává společnost nadále německou společností.

V případě společnosti s provozovny v různých státech se centrum rozhodování může přesunout nepatrně, pokud je přijato vnitropodnikové organizační opatření o částečném prodeji, zastavení nebo zahájení nové výroby, obchodu, nabývání podílů a tak dále.<sup>285</sup>

Další možnosti spočívají i v tom, že podnik přemístí správu úmyslně do zahraničí a tím ji spojí s již existující pobočkou tak, aby měl díky této pobočce lepší přehled o relevantním trhu. Takové ekonomicky odůvodněné jednání nelze sankcionovat zánikem existence společnosti, protože by to bylo nepřiměřené.

Bavorský nejvyšší soud v roce 2004 rozhodoval otázku zachování identity v rámci přemístění sídla německé „GmbH“ do zahraničí.<sup>286</sup> Soud ve svém rozsudku zaujal názor, že takové

<sup>285</sup> Behrens, P.: Niederlassungsfreiheit und internationales Gesellschaftsrecht, *RebelsZ* 52, 1988, str. 517.

<sup>286</sup> BayObLG, usnesení z 11. 2. 2004 - 3Z BR 175/03.

přemístění možné není. Rozhodovací základ tvořil úmysl německé společnosti přemístit své sídlo do Portugalska. Rozsudek se vztahuje na přemístění jak skutečné, tak statutárního sídla. Přemístění sídla společnosti „GmbH“, založené podle německého práva, v té době nebylo možné zapsat do německého obchodního rejstříku. Změna správního sídla nemá samostatný význam, pokud – jak se často stává – splyne dohromady s přemístěním statutárního sídla.

Podle jednoznačné judikatury a převládajícího názoru v literatuře vyžaduje kapitálová společnost nutně vnitrostátní sídlo určené jejím statutem. To platí i pro sídlo společnosti „GmbH“ ve smyslu § 4a GmbHG. V tomto případě je nutné odlišit princip sídla od kolizně právního určení statutu společnosti podle skutečného sídla.<sup>287</sup>

Povinnost vnitrostátního statutárního sídla je spíše požadavek německého hmotného práva.<sup>288</sup>

Tato povinnost vychází z úvahy, že společnost bez statutárního sídla v daném státě by prakticky „vysela ve vzduchu“.<sup>289</sup> Zahraniční statutární sídlo by prosazení německého práva společností německými soudy a úřady ztížilo, ba dokonce znemožnilo. Sídlo společnosti určuje podle německého práva společností příslušnost rejstříkového soudu (§ 13 odst. 1 HGB). Německé soudy a úřady by se připuštěním zahraničního statutárního sídla ve velkém rozsahu zbavily své mezinárodní příslušnosti ve vztahu ke společnostem podléhajícím německému právu.<sup>290</sup>

Německé právo včetně práva procesního však tvoří existenční základ pro takové společnosti. Přemístěním statutárního sídla do zahraničí by společnost byla odloučena od této části existenčního základu, která tvoří bázi důvěry pro zahraničí.<sup>291</sup>

Již nyní je ale v SRN z pohledu ES a jeho základní svobody usazování zřetelné, že německý převládající názor bude v budoucnosti ztrácet opěrnou půdu.<sup>292</sup> Zjevně se to projevilo již v prvním návrhu 14. směrnice ES o přemístění sídla společnosti s ručením omezeným v rámci EU, která – už v předběžném návrhu – stanovila závazek členským státům, umožnit přemístění statutárního sídla při zachování identity, ovšem při změně práva aplikovatelného na společnost.<sup>293</sup>

V mezičase Generální ředitelství vnitřního trhu a služeb zastavilo práci na 14. směrnici z důvodu, že není potřebná pro činnost na úrovni Evropské unie v této oblasti. Avšak materie projednávaná touto směrnicí jako celek opuštěna nebyla. K aktuálním vývoji srov. Část IX., Díl 5.

<sup>287</sup> Staudinger, J.: Internationales Gesellschaftsrecht, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, Berlin 1998, odst. 26 a násl.

<sup>288</sup> Lutter, M., Hommelhoff, P., Bayer, P.: GmbH-Gesetz Kommentar, Verlag Dr. Otto Schmidt, 15. vyd., § 4a odst. 13.

<sup>289</sup> Triebel, V., Hase, K.v.: Wegzug und grenzüberschreitende Umwandlung deutscher Gesellschaften nach Überseering und Inspire Art, BB 2003, str. 2409, 2414.

<sup>290</sup> Staudinger, J.: Internationales Gesellschaftsrecht, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, Berlin 1998, odst. 652.

<sup>291</sup> Staudinger, J.: Internationales Gesellschaftsrecht, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, Berlin 1998, odst. 652.

<sup>292</sup> ZIP 17/2004, str. 807.

<sup>293</sup> Tehdejší předběžný návrh v ZGR 1999, 157, Triebel, V., Hase, K.v.: Wegzug und grenzüberschreitende Umwandlung deutscher Gesellschaften nach Überseering und Inspire Art BB 2003, 2409, 2415, Bayer, W.: Aktuelle Entwicklung im Europäischen Gesellschaftsrecht, BB 2004, 1, 9 a násl., Eichmüller, H.: Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt, JZ 2004, 24, 31.

## Oddíl 2 Princip sídla jako omezení vysídlení

Přes výše objasněnou argumentaci a vylíčení principu sídla jako omezení pro přistěhování je nutné zohlednit, že princip sídla implikuje i omezení pro vysídlení, pokud stát inkorporace následuje princip sídla a skutečné sídlo se přemísťuje z tohoto státu ven. I poté je následován princip, že původní právo inkorporace, podle kterého byla společnost inkorporována, není rozhodné pro otázku, zda společnost nabyla právní způsobilost. Následuje-li se zde „nový“ princip sídla II. senátu BGH (Spolkový soudní dvůr), tak by se nyní kvalifikovala původně vnitrozemská kapitálová společnost jako zahraniční společnost státu usazení. Avšak i zde by opět nastala vnučená změna statutu společnosti, která by popírala svobodu usazování vnitrozemské společnosti.

V rozsudku *Daily Mail* se ESD<sup>294</sup> již vypořádal s daňovým omezením odstěhování, o kterém bylo dále pojednáno v pozdějších rozsudcích. Tehdy ESD zjistil, že svoboda usazování společností nezahrnuje komunitárně zaručené právo přemístit sídlo vedení společnosti ze státu inkorporace do jiného členského státu. To ale platí i pro překážky, které vyplývají z mezinárodního nebo hmotného práva.

Z rozsudku *Überseering*<sup>295</sup> je již patrný odklon od výše uvedeného. Soudní dvůr zjistil, že členský stát má možnost uložit společnosti, založené podle jeho právního řádu, omezení spočívající v povinnosti mít skutečné správní sídlo na výsostném území tohoto státu za účelem, aby si společnost ponechala „právní subjektivitu“ (*Rechtspersönlichkeit*) podle práva tohoto státu.<sup>296</sup>

Interpretace takového nároku je možná tím směrem, že k zachování právní způsobilosti společnosti je možné žádat udržování skutečného sídla ve státě inkorporace současně se statutárním sídlem a nedodržení této povinnosti sankcionovat. Obě možnosti by odpovídaly požadavkům principu sídla na soulad statutárního a skutečného sídla. Ztráta právní způsobilosti společnosti by nemusela nutně nastat při přesunu skutečného sídla ze státu inkorporace, protože pokračování identity by zajistilo statutární sídlo. Následovala by změna statutu iniciovaná samou společností a tímto i přeměna formy společnosti.

Společnost by byla i poté omezena ve své svobodě, pokud by se usadila na určitém zvoleném místě ve Společenství a pokud by současně musela souhlasit s přeměnou ve společnost podle práva státu usazení. Toto opatření státu původu lze ospravedlnit obecnými donucujícími zájmy.

Přece jen ESD konstatoval ve věci *Daily Mail*, že ustanovení SES o svobodě usazování zakazují i státu původu omezovat zakládání poboček svých státních příslušníků nebo jiné formy podnikání podle svého práva odpovídající společnosti v jiném členském státě založené podle čl. 58 SEHS (nyní čl. 48 SES). Zde šlo poprvé skutečně o následky práva společností po odstěhování společnosti ze státu inkorporace.

<sup>294</sup> Srov. rozsudek ESD č. 81/87 „*Daily Mail*“.

<sup>295</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-208/00 „*Überseering*“.



Podle ESD platí, že svobody podle SES jsou na hospodářských důsledcích zcela nezávislé bez ohledu na to, zda se jedná o omezení ze strany státu původu určitého zboží, služeb, osob atd. nebo jiného státu. Není namístě zdůraznit výjimku týkající se svobody usazování pro odstěhování společností ze státu inkorporace.<sup>297</sup> Pokud členské státy nemohou žádat, aby se podniky, které se chtějí usadit na jejich teritoriu, organizovaly podle vnitrostátního práva společností, tak není zjevného důvodu, aby mohly vyžadovat ponechání podnikatelského rozhodovacího centra ve vnitrozemí, jsou-li dotčené subjekty organizovány podle vnitrozemského práva společností.

### Oddíl 3 Důsledky principu sídla

K jakým důsledkům vede princip sídla v praxi, zdůrazňuje příkladně jeden rozsudek BGH z roku 1970.<sup>298</sup> V tomto případě žalobce zřídil svému věřiteli, lichtenštejnské společnosti, zástavní právo ke svému pozemku. Tato společnost měla správní sídlo v SRN. Zástavní právo bylo zapsáno v pozemkovém rejstříku. Lichtenštejnská společnost postoupila zástavní právo žalovanému a postoupení bylo zapsáno v pozemkovém rejstříku. Žalobce žádal od žalovaného povolení výmazu pozemkového dluhu, a to z důvodu, že jak udělení pozemkového dluhu, tak i postoupení žalovanému nebylo platné z důvodu chybějící způsobilosti k právům a povinnostem a způsobilosti k právním úkonům lichtenštejnské společnosti. Žaloba měla úspěch u všech instancí. BGH následoval ve své odpovědi na otázku, podle kterého práva se způsobilost k právům a povinnostem a způsobilost k právním úkonům posoudí, princip sídla a aplikoval tímto německé právo. Z toho plyne, že lichtenštejnská společnost z důvodu německého správního sídla nebyla způsobilá k právům a povinnostem a k právním úkonům. Postoupení zástavního práva žalovanému bylo neplatné.

Těž není v německém právu chráněna dobrá víra, pokud jde o způsobilost k právům a povinnostem.

I když zde zástupce principu sídla<sup>299</sup> komentoval rozsudek v tom směru, že účinky neuznání platnosti zástavní smlouvy nezahnují princip sídla, byl tento rozsudek konec konců výsledkem uplatnění principu sídla.

Do jaké míry přinesly německé zvláštnosti živnostenských předpisů omezení pro svobodu usazování obchodních společností, se dá objasnit pohledem na předchozí právní úpravy. Do roku 1965 potřebovaly zahraniční společnosti dle ust. § 12 GewO (*Gewerbeordnung* - živnostenský řád) živnostenské povolení, když chtěly provozovat obchod. Takové ustanovení se používá pro společnosti z Evropského hospodářského společenství i poté, co směrnice EHS o svobodě usazování a pohybu služeb z roku 1964 vstoupila v platnost. Teprve po přijetí zákona k provedení této směrnice EHS o svobodě usazování a volném pohybu služeb dostal § 12 GewO nové znění. § 12: (1) *Zahraniční právnická osoba potřebuje pro živnostenské podnikání ve vnitrozemí povolení.....* (2) *Povolení se odepírá jen tehdy, když nastanou obavy, že činnost zahraniční*

<sup>296</sup> Tak generální advokát Cohner ve věci „Überseering“, odst. 2.

<sup>297</sup> Roth, W.H.: Internationales Gesellschaftsrecht nach Überseering, IPRax 2003, 117 a násl.

<sup>298</sup> BGHZ 53, 181 a násl. z 30. 1. 1970, tak i BGH z 21. 3. 1986 v BGHZ 97, 269 a násl.

<sup>299</sup> Großfeld, B. in Staudinger, J.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit EG und NebenG, 12. Auflage, Berlin 1998, odst. 345.

*právnícké osoby odporuje veřejnému zájmu, zvláště když 1. ...., 2. .... zahraniční právnická osoba nevyhovuje příslušným požadavkům na výši kapitálu, jak ji německé právo požaduje od srovnatelných vnitrozemských právnických osob.“<sup>300</sup>*

#### **Oddíl 4      Řešení oddělení skutečného sídla a statutárního sídla podle principu sídla**

Pokud dojde k oddělení skutečného sídla a statutárního sídla a přemístění jedné této jeho části do zahraničí na základě rozhodnutí podnikatelského centra, vznikají pravidelně právní problémy. V takovém případě určuje princip sídla, že není rozhodný právní řád, podle kterého byla společnost založena, i když ve státě inkorporace – když tento následuje inkorporační princip – existuje dále, protože právní způsobilost společnosti nabytá ve státě inkorporace je ve státě sídla stejně tak irelevantní jako podle inkorporačního práva platný režim ručení, podle kterého věřitelé společnosti mají právo zásahu vůči majetku společnosti (princip odloučení/omezení ručení).

Tím se právní způsobilost společnosti nabytá ve státě inkorporace neuznává ve státě usazení, vycházíme-li z německého práva. Proto se společnost nemůže účastnit vnitrozemského právního styku. Věřitelům společnosti je přesto umožněn zásah vůči soukromému majetku společníků, pokud se jedná o kapitálovou společnost.

V řízení ve věci *Überseering* konstatoval BGH, že princip sídla vede k negativní sankci rozpadnutí se statutárního sídla a skutečného sídla.<sup>301</sup>

*„Navazování na skutečné sídlo vede k tomu, že v zahraničí platně založená a v SRN právně způsobilá společnost ztratí svou právní způsobilost, jestli že přijme stálé sídlo v SRN. Pokud podléhá německému právnímu řádu, nemůže být jak nositelem práv a povinností, tak být účastníkem v soudním řízení před německým soudem. Pro možnost být účastníkem v řízení musí být založena takovým způsobem, který vede k právní způsobilosti podle německého práva.“<sup>302</sup>*

Účinek principu sídla na vnitrozemské společnosti v SRN je samozřejmě odstrašující. Zabraňuje totiž alespoň částečně (mimo působnost směrodatného rozsudku ESD) zřízení vnitrozemského podniku zahraničními společnostmi, protože i změnu stanov v případě přemístění podnikatelského centra do zahraničí způsobí princip sídla jen zdánlivě.

Změna práva státu inkorporace na právo státu sídla nebyla možná, protože podle práva státu sídla společnost neexistovala. Skutečné sídlo nekonstituuje právnickou osobu.<sup>303</sup>

Princip sídla zde zajišťuje, že společnost zřízená podle „nesprávného“ práva se uznává teprve tehdy jako existující, když společník založí ve státě usazení novou společnost.

To znamená, že princip sídla zbavuje společnost statutu inkorporace navazujícího na statutární sídlo, který jediný je schopen garantovat právní existenci, pokud statutární sídlo nebylo platně přemístěno do oblasti působnosti právního řádu státu usazení. Pouze obhajoba totožnosti sídla kapitálové společnosti umožňuje pravou změnu statutu.<sup>304</sup>

<sup>300</sup> Srov. GewO z 13. 8. 1965 – BGBl. I 849.

<sup>301</sup> Tak Staudinger, J.: Internationales Gesellschaftsrecht, 12. Auflage, Berlin 1998, odst. 427 a násl.

<sup>302</sup> BGH- Beschluß vom 30.3.200, VII ZR 370/98, IPRax 2000, 423.

<sup>303</sup> Knobbe-Keuk, B.: Umzug von Gesellschaften in Europa, ZHR 154-1990, str. 325, 341.

<sup>304</sup> Behrens, P.: Identitätswahrende Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft von Luxemburg in die BRD, RIW 1986, str. 590, Behrens, P.: Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften in der EWG, IPRax 1989, str.

Nezávisle na úpravě mezinárodního obchodního styku má změna sídla podle německého práva v prvé řadě za následek, že dochází v případě GmbH ke změně stanov podle § 53 GmbHG. Přitom postup dle ust. § 13h HGB je nutno respektovat. To znamená, že návrh na změnu stanov se podle § 54 GmbHG podává u rejstříkového soudu bývalého sídla. Celá hmotně právní kontrola se koná u rejstříkového soudu nového sídla.

Tím je zajištěno, že sídlo je možné ověřovat před provedením zápisu, protože všechny dokumenty zápisu se doručují nově příslušnému rejstříkovému soudu.

Volba nového sídla závisí v rámci § 4a odst. 2 GmbHG na libovolné úvaze společníků, je tedy nezávislá na právních skutečnostech.

V této souvislosti je zde nutné uvést také problematiku dvojího sídla. Podle panujícího názoru GmbH zásadně nesmí zvolit dvě a více sídel. To je odůvodněno tím, že by došlo k porušení principu právní jistoty.<sup>305</sup>

Přibývají názory, že legitimní zájem by dvojí sídlo odůvodňoval, obzvláště při sloučeních, při kterých se jedná o zachování obou tradičních sídel.<sup>306</sup>

Podle toho kterého aplikovatelného právního řádu se určí hmotně právní příslušnost společnosti, tedy statut společnosti, a tím i jednotné právní poměry právnické osoby, zvláště rozsah právní způsobilosti, otázky ručení společníků při zásazích proti majetku společnosti atd.<sup>307</sup>

Princip sídla platí zásadně jako všestranná kolizní norma, tedy pro společnosti s efektivním sídlem v SRN a taktéž pro společnosti s efektivním sídlem v zahraničí.<sup>308</sup>

V tomto smyslu koliduje aplikace principu sídla v mezinárodním právu s právem inkorporace takových států, které inkorporační princip bez omezení aplikují a tímto dovolují nejen založení společnosti ve vlastní zemi podle svobodné volby zakladatelů, ale také uznávají určitou zahraniční národnost společnosti, pokud je řádně zvolena, bez ohledu na skutečné sídlo společnosti.

Otázka, která by se v tomto směru měla zodpovědět, zní, zdali má takové propojení opodstatnění z hlediska judikatury ESD. Na druhé straně je nutné poznamenat, že judikatura ESD neodepírá právnímu řádu, dle kterého byla společnost založena, pravomoc ke stanovení předpokladů tohoto stavu. Příkladně zde může být uvedeno řešení propojení sídla v rámci čl. 7 Nařízení č. 2157/01 o statutu evropské společnosti, podle kterého se přenechává státu registrace povinnost dbát o dodržení shody statutárního sídla a skutečného sídla. Podíváme-li se na judikaturu ESD týkající se omezení přistěhování a odstěhování, tak se zdá být takové propojení sídla možným.<sup>309</sup>

---

354 a násl.

<sup>305</sup> Roth, W.H., Altmeyden, H.: GmbHG-Kommentar, 5. Auflage, München 2005, § 4a odst. 9.

<sup>306</sup> Nothoff, M.: Die Zulässigkeit der Eintragung eines Doppelsitzes bei Kapitalgesellschaften, WiB 1996, str. 773, Katchinsky, R.: Die Begründung eines Doppelsitzes bei Verschmelzung, ZIP 1997, str. 620.

<sup>307</sup> BGHZ 78, 318 = NJW 1981, 522, 525.

<sup>308</sup> Roth, W.H., Altmeyden, H.: GmbHG-Kommentar, Verlag C.H.Beck, 5. Auflage, München 2005, § 4a odst. 12.

<sup>309</sup> Sonnenberger, H.J.: Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, str. 208.

Již před vydáním rozsudku ve věci *SEVIC*<sup>310</sup> se v SRN diskutovalo o možnosti výkladu ust. § 1 UmwG konformně s evropským právem v tom smyslu, že přeshraniční přeměny uvnitř společnosti jsou možné.

Také je nutné přihlížet k původnímu úmyslu Evropské komise v rámci 14. směrnice o přemístění sídla společností s ručením omezeným. Tato směrnice neupravovala pouze přemístění skutečného správního sídla z důvodu, že tato otázka byla vyřešena judikaturou ESD.

Původně měla směrnice řešit případy přemístění statutárního sídla a s tím spojenou změnu statutu společnosti. Otázky spojené s restrukturalizací implikovaly další okruhy problémů týkajících se hmotného práva (dále ke 14. směrnice srov. Část IX, Díl 5).

## Oddíl 5 Pozitivní znaky principu sídla

Německá judikatura vycházela dlouhý čas z odůvodnění principu sídla hypotézou, že princip sídla nabízí logický systém sociálních nároků a úprav vztahujících se k existenci společností, k otázkám způsobilosti společnosti a ochraně věřitelů. Naproti tomu by toto nebylo možné, kdyby se úprava těchto vztahů podřídila právu státu inkorporace a následně právu státu sídla.

Mimo ochrany věřitelů se německý trh měl chránit i před tzv. „lacinými společnostmi“ (srov. v SRN tzv. *Billigesellschaften*).<sup>311</sup> Německý zákonodárce chtěl dalekosáhle znemožnit tzv. „forum shopping“ práva vyžadujícího nejméně kapitálu pro založení společnosti a s nejnižšími požadavky na ochranu věřitelů.

Dále slouží princip sídla i k zachování německého práva spolurozhodování zaměstnanců. Zahraniční společnosti v SRN neměly být uznávané, aby nebyl možný útěk do zahraničního práva s cílem obejít předpisy o spolurozhodování.<sup>312</sup>

Tak se v SRN vycházelo z hypotézy, že předpisy o spolurozhodování jsou nedotknutelné a je třeba je obzvláště chránit. Současně můžeme vidět, že v SRN jsou předpisy vztahující se ke spolurozhodování zaměstnanců takřka „kanonizovány“.<sup>313</sup>

Ve srovnání s jinými státy vybuďovala SRN právo spolurozhodování na podnikatelské úrovni nejdále. Co se týká spolurozhodování, zaujala SRN snad špičkovou pozici na celém světě. Polovina míst v dozorčích radách 800 největších německých podniků je obsazena zástupci zaměstnanců nebo zástupci odborů. V číslech to znamená, že zhruba 5500 odborářů největších německých podniků obsazuje stejný počet míst jako zástupci vlastníků podílů.<sup>314</sup>

Jeden z podstatných cílů principu sídla byl tímto nastaven, a to obhajoba modelu německého práva spolurozhodování i na mezinárodní úrovni.<sup>315</sup>

<sup>310</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-411/2003 „*SEVIC*“.

<sup>311</sup> Schmidt, K.: *Gesellschaftsrecht*, Verlag Heymanns, 4. Auflage, Köln 2002, § 1 II.

<sup>312</sup> Fingerhuth, J., Rumpf, J.: *MoMiG und die grenzüberschreitende Sitzverlegung - Die Sitztheorie eine (lebendes) Fossil?*, IPRax 2008, Heft 2, str. 90 a násl.

<sup>313</sup> Hirte, H., Bücker, T.: *Mitbestimmung in Grenzüberschreitenden Gesellschaften*, Praxishandbuch, Verlag Heymanns, 1. Auflage, 2005, str. 389 a násl.; Sandrock, O.: *Die Schrumpfung der Überlagerungstheorie*, ZvglRWiss, Bd. 102/2003 str. 447, 486-496.

<sup>314</sup> *BB-Spezial* 1/2005, str. 22, stav v roce 2005.

<sup>315</sup> Sandrock, O.: *Spanische Gesellschaften in Deutschland, deutsche Gesellschaften in Spanien. Kollisionsrechtliche Probleme*, RIW Heft 9, 2006, str. 661.

Ke znázornění je možné zvolit příklad španělské „*sociedad anonima*“ s více jak 500 zaměstnanci. Pokud by tato společnost přemístila své sídlo do SRN, byla by podle německého principu sídla nucena být nově založena podle německého práva a tímto založit i paritně obsazenou dozorčí radu. Jestliže by tak neučinila, tak by jí v SRN podle nauky principu sídla platného tehdy ve Španělsku hrozila neplatnost. Taková situace ale byla z pohledu vlastníků podílů odstrašující pro množství podniků ochotných k přesunu.

Španělský příklad nemá žádnou oporu ve skutečném vztahu mezi SRN a Španělskem, protože se zde uplatňovala německo-španělská smlouva o usazování z roku 1970, která byla později judikaturou ESD z let 1999 až 2003 potvrzena.

BGH zdůraznil v rámci kauzy *Überseering*, že principu sídla podléhá myšlenka podřídít zájmy činnosti společnosti nutně ochraně státu, ve kterém se nachází podnikatelské centrum společnosti. Naproti tomu stojící inkorporační princip má slabiny, jak tvrdí obhájci principu sídla, když zakladatelé společnosti mohou přes volbu místa inkorporace určit statut společnosti a tímto se obchází ochrana zájmů třetích osob podle práva hlavního sídla společnosti. V tomto případě by vstoupily právní řády do soutěže a právní řád s nejslabší úpravou práv třetích osob by se prosadil (*race to the bottom*).<sup>316</sup>

Německé soudy a část odborné německé literatury dlouhá léta obhajovaly princip sídla proti námitkám komunitárního práva s odůvodněním, že svoboda usazování nemá vliv na otázky mezinárodního práva společností. Tak se argumentovalo tím, že mezinárodní právo společností nemá vliv na otázky zjištění slučitelnosti hmotného práva členského státu s komunitárním právem.<sup>317</sup>

Dále se ve prospěch principu sídla argumentovalo tím, že ustanovení SES o svobodě usazování mají jen programový obsah.<sup>318</sup> K těmto hypotézám svádí původní znění SES. Tehdejší úprava SES hovořila jen o postupném zrušení omezení svobody usazování v průběhu přechodného období.

Svým rozsudkem ve věci *Reyners* z roku 1974 objasnil ESD,<sup>319</sup> že uplynutím přechodného období v roce 1970 se tento zákaz omezování svobody usazování změnil v bezpodmínečný závazek členských států. Na nesplnění těchto závazků s cílem omezit základní svobody se členské státy od této doby nemohly vůči jednotlivcům (fyzickým osobám) odvolávat. Spíše opak je správný. Fyzické osoby se mohly již od uplynutí přechodného období odvolat na svá práva plynoucí ze svobody usazování, kterou státní soudy a úřady členských států měly chránit. Od té doby zdůrazňují pravidelně rozsudky ESD jasně přednost svobody usazování před odporujícím národním právem.

Dále zastupovali obhájci principu sídla názor, že bezprostřední aplikace čl. 58 Smlouvy o EHS

<sup>316</sup> Behrens, P.: Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art, IPRax 2003, Heft 3, str. 195.

<sup>317</sup> Flessner, A.: Schiffbruch der Interpreten und Statuten, ZeuP 2000, str. 1 a násl., 4.

<sup>318</sup> Wiedemann, H.: Gesellschaftsrecht, Band I, Grundlagen, München 1980, str. 793 a násl.; Staudinger, J.: Internationales Gesellschaftsrecht, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, Berlin 1998, odst. 92; BayOblG 18. 7. 1985 ve BayOLGZ 1985, str. 272.

(nyní čl. 48 SES), který upravuje usazování společností, není dána.<sup>320</sup> Ustanovení samotné by kritéria bezprostřední aplikace upravená Soudním dvorem nesplnilo.

Další argument, který měl odůvodnit poslední záštitu principu sídla, byl postulován tím, že prioritně je nutné přizpůsobování práva obchodních společností podle čl. 54 odst. 3 písm. g) Smlouvy o EHS (nyní čl. 44 odst. 2 písm. g) SES). Právě primární svoboda usazování – tedy právo svobodné volby hlavního sídla – předpokládá srovnatelné právo společností v členských státech.<sup>321</sup>

Konečně se argumentovalo i čl. 220 SEHS (nyní čl. 293 SES), který vyhradil úpravu určitých kolizně právních problémů v oblasti práva společností – totiž vzájemné uznávání společností stejně jako uznávání přeshraničního přemístění sídla a sloučení společností – mezinárodním smlouvám (viz připravovaná Úmluva o vzájemném uznávání společností a právnických osob).<sup>322</sup> Tato úmluva ale ztroskotala na tom, že nebyla ratifikována Nizozemskem ani členskými státy, které přistoupily později. Taktéž ztroskotal návrh Úmluvy o mezinárodním sloučení akciových společností z roku 1972.<sup>323</sup>

Úpravu čl. 220 Smlouvy o EHS (nyní čl. 293 SES) shrnul ESD ve svém rozsudku *Daily Mail*, s odkazem na tento článek odmítnul bezprostřední aplikaci svobody usazování společností se zřetelem na omezení přestěhování sídla.<sup>324</sup>

ESD svým rozsudkem ve věci *Daily Mail* nejdříve posílil německou pozici a zohlednění principu sídla. ESD se rozhodně vyslovil k tehdejšímu stavu, který převládal v Evropském společenství: „Na rozdíl od fyzických osob společnosti vznikají na základě právního řádu, při současném stavu komunitárního práva na základě národního právního řádu. Mimo národní právní řád, který upravuje jejich založení a existenci, nepředstavují realitu.“<sup>325</sup>

Z toho je zřejmé, že společnosti vznikají na základě příslušného národního právního řádu.<sup>326</sup>

## 1. Účel ochrany třetích osob

Vůči argumentaci předložené spolkovou vládou, že zachování principu sídla sleduje mimo jiné ochranu zaměstnanců a tímto je sporné omezení svobody usazování ospravedlnitelné,<sup>327</sup> namítnul ESD velmi stručně, že ani jiné členské státy neodepřou společnostem založeným v EU-zahraníčí

<sup>319</sup> Srov. rozsudek ESD „*Reyners*“ z 21. 4. 1974, Sb. 631/1974.

<sup>320</sup> Großfeld, B.: Die „ausländische juristische Person & Co. KG“, IPRax 1986, str. 351 a násl.

<sup>321</sup> Taktéž Wiedemann, H.: Gesellschaftsrecht, Band I, Grundlagen, München 1980, str. 785.

<sup>322</sup> BGBl. II 369, 370, 29. 2. 1968.

<sup>323</sup> Bulletin der EG 1972, Sonderbeilage 13-73.

<sup>324</sup> Srov. rozsudek ESD „*Daily Mail*“ z 27. 9. 1980, odst. 21, odst. 81-87.

<sup>325</sup> Srov. rozsudek ESD „*Daily Mail*“, 27. 7. 1988, 81-87, ve NJW 89, 2186.

<sup>326</sup> Eidenmüller, H.: Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, ZIP 2002, str. 2233.

<sup>327</sup> Srov. rozsudek ESD „*Überseering*“, odst. 84 a násl. 89.

způsobilost k právům a povinnostem a způsobilost být účastníkem řízení z tohoto důvodu, že by takový zásah odpovídal popření svobody usazování přiznané právě společností.<sup>328</sup>

Tímto konstatováním ESD vhodně odpověděl na málo přesvědčivou dogmatickou pozici, kterou zaujala jak literatura, tak judikatura a kterou se BGH ve svém nešťastném pokusu o záchranu pokoušel pozdě a pochybným způsobem korigovat v rozsudku z 1.7.2002.<sup>329</sup> Při pohledu na rozhodnutí ve věci *Überseering* se dá zjistit, že ochrana zájmů zaměstnanců přichází v úvahu jako naléhavý důvod všeobecného zájmu. Tento výrok odpovídá ustálené judikatuře ESD ke svobodě služeb.<sup>330</sup>

Rozsudkem ve věci *Inspire Art*<sup>331</sup> tak ESD postavil najisto, že svoboda usazování, primární i sekundární, nemá význam jen jako zákaz diskriminace zahraničních osob na území hostitelského státu, nýbrž jako zákaz jakkoli bránit volnému pohybu zahraničních podnikatelů směrem do členského státu, i kdyby zvolená omezení měla podobu předpisů, které tento stát aplikuje i na vlastní podnikatele. ESD tuto zásadu postavil dokonce nad princip diskriminace. Její aplikace totiž k diskriminaci povede, a to ve vztahu k domácím subjektům. Nesmí-li členský stát vztáhnout přísnější úpravu, kterou uplatňuje na společnosti založené podle jeho práva, také na zahraniční podnikatele, budou na jeho území zvýhodněny zahraniční společnosti oproti domácím.

Z hlediska kolizní úpravy znamená rozsudek vítězství inkorporačního principu v právu ES nejen v úzce pojaté otázce uznávání zahraničních společností včetně subjektů pseudo-zahraněních, ale též ve vztahu k jejím širším dopadům. Spolu se subjektem samotným je „hostitelský“ členský stát povinen uznat také podstatnou část jeho osobního statutu, aniž má zásadně možnost tento statut korigovat vlastními kogentními předpisy, třebaže jinak běžně aplikovatelnými na domácí společnosti. Výjimky bude patrně možné připustit jen ve velmi omezeném okruhu případů, bude-li členský stát schopen doložit splnění podmínek, jež ESD na takové omezení volného pohybu klade. Rozhodně ovšem mezi tyto případy nepatří úsilí chránit domácí věřitele zahraničních společností pomocí předpisů o tvorbě a zachování základního kapitálu.

Tato otázka vyvolává spory právní teorie i praxe, zejména ve státech, ve kterých se dosud intenzivně prosazoval princip sídla, jako například v SRN. Zatímco část literatury vnímá prostor pro tzv. zvláštní navazování statutu (*Sonderanknüpfung*) jako poměrně široký, oponentní názory vyznívají velmi restriktivně. V SRN velmi rigidní instituty práva společností se vyvinuly k ochraně věřitelů či zaměstnanců. Tady je možno zmínit problematiku podílu zaměstnanců na řízení společnosti (*Mitbestimmung*). Dále se dá též zdůraznit ochrana věřitelů spočívající v odpovědnosti (ručení) společníka za závazky společnosti v případě vybraných zásahů do její majetkové základny či podnikatelské činnosti, které ve svém důsledku znemožní, aby se věřitelé uspokojili z majetku společnosti – tzv. odpovědnost společníka za zničení existence společnosti

<sup>328</sup> Srov. rozsudek ESD „*Überseering*“, odst. 93.

<sup>329</sup> Bayer, W.: Die EuGH-Entscheidung *Inspire Art* und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen, BB 2003, 2357, 2361.

<sup>330</sup> ESD 24. I. 2002 č. C - 164/99 Sb. 2002 I 789 a násl., 813 odst. 20 Portugalia Construcões, Thüssing, G.: Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäische Niederlassungsfreiheit, ZIP 2004, 381, 385.

<sup>331</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-167/01 „*Inspire Art*“.

(*Gesellschafterhaftung wegen Existenzvernichtung*) a to i mimo režim kvalifikovaného faktického koncernu. Určité východisko při hledání právního základu odpovědnosti společníků v posledně uvedeném případě bývá spatřováno ve vynětí uvedené otázky osobnímu statutu a přiřčení jinému, nejčastěji deliktnímu statutu. Prostor pro uhájení omezení svobody usazování z důvodu jejího zneužití bývá kromě toho spatřován v případech, ve kterých zakladatelé zvolí pro své podnikání formu pseudo-zahraniční společnosti jen proto, aby obešli zákaz založit společnost a stát se současně jejími statutárními orgány který se uplatňuje v domácí jurisdikci.

## 2. Ochrana věřitelů

Při zvažování míry ochrany věřitelů je nutné přihlížet ke skutečnosti, že věřitelé, kteří uzavírají smlouvu se zahraniční společností, jsou si této skutečnosti, že nejednají s tuzemskou společností, vědomi. Tedy nemohou počítat s okolností, že by byli chráněni totožnými předpisy o minimálním kapitálu a omezení, která se týkají úhrad jejich pohledávek, jako v tuzemsku.

Na druhé straně nelze tvrdit, že by inkorporační právo „*per se*“ představovalo „méně kvalitní“ a věřitele nedostatečně chránící právo.

V souvislosti s diskutovanými možnostmi ochrany věřitelů byly v rámci Speciální komise Německé rady řešeny i případy, jak je možné při přemístění sídla zabezpečit práva věřitelů, kteří v rámci dosavadního statutu uzavírali smlouvy se společností.

Tak navrhol například Sonnenberger,<sup>332</sup> že by od dokončení přemístění sídla respektive nové registrace bylo rozhodné nové právo a ochranná opatření by se orientovala na bývalé právo. Dále se dá odkázat na návrhy ke 14. směrnici, podle kterých by se v dosavadním státě sídla vystavil certifikát dokumentující splnění ochranných opatření podle práva státu odstěhování. Teprve poté je možná registrace podle nového statutu. Přitom by se měl brát ohled na zajištění ochranných opatření a nikoliv na zajištění pohledávek věřitelů. Například odborná literatura uvažovala o tom, že by se vytvořil jakýsi rezervní fond v dosavadním státě registrace.

V případě německé GmbH, která uvažuje o přeměně na českou s.r.o., je třeba si položit otázku, zda se mají dále aplikovat německé předpisy týkající se udržování kapitálu německé GmbH, anebo zda je postačující orientovat se jen na splnění ochranných opatření podle nového práva.

Tak nacházíme řešení podle modelu jak u přemístění sídla SE, tak u přeshraničního sloučení. Z toho vyplývá ale další otázka, jak a kdo může kontrolovat opatření k ochraně práv třetích osob přijatá podle dosavadního statutu společnosti.

K řešení této problematiky navrhuje Sonnenberger,<sup>333</sup> aby se ochranné opatření starého statutu orientovalo podle dosavadního statutu až do změny statutu a potom podle nového statutu.

Zprostředkující názor vyjádřil Kieninger,<sup>334</sup> podle kterého by se mělo nadále postupovat podle starého statutu, co se týče ochranných prostředků.

<sup>332</sup> Sonnenberger, H.J.: *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, str. 298.

<sup>333</sup> Sonnenberger, H. J.: *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, Mohr Siebeck Tübingen, 2007, str. 299.



Jako další varianta se diskutovalo o možnosti, uložit přeměňující se společnosti povinnost veřejného informování věřitelů.

S tím je ale spojená otázka, jakým způsobem je možné provést veřejnou výzvu. Veřejné oznámení na úřední desce soudu nebo ve veřejném deníku nemůže zajistit informování věřitelů.

### 3. Ochrana menšin

V SRN platí, že německé právo o spolurozhodování v podniku je aplikovatelné na zahraniční společnosti založené v EU. Nicméně je však otázkou, zda tato aplikace je možná jak *de lege lata*, tak *de lege ferenda*. Na kapitálové společnosti podléhající zahraničnímu statutu není aktuální judikatura ESD ke svobodě usazování aplikovatelná, a to ani v tom případě, kdy administrace společnosti se uskutečňuje v tuzemsku.<sup>335</sup>

Přitom byla rozhodnutí ESD, která obsahovala otázky svobody usazování, vždy středem diskuze.<sup>336</sup>

Přes různá chápání odpovědi na otázku, do jaké míry je možné prodloužit standard vnitrozemské ochrany menšin v podniku tzv. aktivních zahraničních společností založených v SRN (například pomocí ustoupení od všeobecných principů práva obchodních společností nebo přes využití trestního práva a konkursního práva), panuje dnes názor, že podle judikatury ESD<sup>337</sup> všeobecně každý zásah do režimu práva státu, v němž byla společnost založena, se pokládá za omezení svobody usazování.<sup>338</sup>

ESD ve svých různých rozhodnutích ke svobodě kapitálu podle čl. 56 SES (*Goldene Aktien, golden shares*) konstatoval, že omezující opatření národního práva jsou přípustná jen tam (posuzováno případ od případu), kde existují ospravedlnitelné důvody v obecném zájmu, dále musí tato opatření platit pro všechny osoby činné na území tohoto státu nebo podniky a přesto být způsobilá zaručit realizaci jimi sledovaných cílů, zároveň nesmí jít nad rámec toho, co je pro

---

<sup>334</sup> Sonnenberger, H. J.: *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, str. 299.

<sup>335</sup> Judikatura ESD ke svobodě usazování a německé právo spolurozhodování, Bayer, W.: *Jurisprudence ESD ke svobodě usazování a německé právo spolurozhodování*, Jena 2004.

<sup>336</sup> Altmepfen, H.: *Schutz vor europäischen Kapitalgesellschaften*, NJW 2004, str. 97, Bayer, W.: *Die EuGH-Entscheidung Inspire Art und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen*, BB 2003, str. 2357 a násl.; Spindler, G., Berner, O.: *Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art*, RIW 2003, str. 949 a násl.; Meilicke, W.: *Errichtung einer Zweigniederlassung einer ausländischen GmbH in einem anderen EU-Mitgliedstaat*, GmbHR 2003, str. 1271 a násl.

<sup>337</sup> K dřívějšímu panujícímu názoru: Staudinger, J.: *Internationales Gesellschaftsrecht*, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, Berlin 1998, odst. 86 a násl.

<sup>338</sup> Bayer, W.: *Die EuGH-Entscheidung Inspire Art und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen*, BB 2003, str. 2357, 2363; také Eichmüller, H.: *Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt*, JZ 2004, str. 24, 25, Spindler, G., Berner, O.: *der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art*, RIW 2004, 7, 8, Leible, S., Hoffmann, J.: *Wie inspiriert ist Inspire Art?*, EuZW 2003, str. 681 a násl.; Leible, S.: *Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie*, ZGR 2004 Heft 3, str. 530 a násl.; Altmepfen, H.: *Schutz vor europäischen Kapitalgesellschaften*, NJW 2004, str. 97, 99 a násl.

dosažení cílů nutné, a musí být prováděna takovým způsobem, aby to odpovídalo kritériu přiměřenosti.<sup>339</sup>

ESD tím převzal model, který byl vyvinut pro svobodu volného pohybu služeb. To ve výsledku znamená, že omezení svobody volného pohybu služeb,<sup>340</sup> usazování a kapitálu se měří dle jednotného standardu. Tím je možné zahrnout všechny vyskytující se prejudice, týkající se kontroly různých případů omezení, jako pomůcku pro rozhodnutí. ESD patrně vytvořil mezitím obecnou dogmatiku brzd pro základní svobody.

Omezení práva usazování německým právem a přesněji jeho aplikací na zahraniční společnosti je možné zdůraznit na příkladu aplikace německého práva spolurozhodování.

#### 4. Právo spolurozhodování

##### a) *Německé právo spolurozhodování de lege lata*

V německém právu je možné zjistit rozdílnou regulaci práva spolurozhodování. Spolurozhodování (v rozsahu 1-3 členů) v povinné dozorčí radě probíhá podle ust. §§ 76 a 77 BetrVG (Betriebsverfassungsgesetz – 1952) v akciové společnosti nebo v GmbH s více jak 500 zaměstnanci.<sup>341</sup>

Ustanovení BetrVG se neaplikuje v případě, kdy se aplikuje právo spolurozhodování dle zákona o spolurozhodování (MitbestG 1976 - § 85 odst. 2 BetrVG, § 1 odst. 3 MitbestG). V tomto případě se koná paritní spolurozhodování v dozorčí radě (§ 7 MitbestG). V případě, že se jedná o podnik ve formě a.s., KG na akcie a GmbH, počítá se s více jak 2.000 zaměstnanci (§ 1 odst. 1 MitbestG), přitom se zaměstnanci závislých koncernových podniků připočítávají koncernové špičce podle § 5 MitbestG.

Pro oblast aplikace právních norem zákona MitbestG je nutné ustanovit ředitele pro pracovní záležitosti na úrovni vedení podniku. Tam dochází ke spolurozhodování.

Dále je přednostní spolurozhodování podle MontanmitbestG (§ 1 odst. 3 MitbestG), dle MontanmitbestG z roku 1951 a MitbestErgG z roku 1956. Zde jsou evidovány podniky báňského průmyslu a železa/oceli, které mají formu AG nebo GmbH a zaměstnávají více jak 1.000 zaměstnanců (§ 1 odst. 2 Montan-MitbestG).

Právo spolurozhodování se nepoužije na samostatné podnikatele (fyzické osoby) a osobní společnosti v právní formě GbR, OHG, KG a dále také na jiné právní formy s méně než 500 zaměstnanci.

<sup>339</sup> Srov. rozsudek ESD 4. 6. 2002, č. C- 483/99, ve BB 2002, 1284 (odst. 45); rozsudek ESD 4. 6. 2002, č. C-367/98, ve BB 2002, 1282; rozsudek ESD 4. 6. 2002, č. C-503/99 ve BB 2002, 1286; rozsudek ESD 13. 5. 2003, č. C-463/00 ve BB 2003, 1520.

<sup>340</sup> Srov. rozsudek ESD z 23. 11. 1999 (Sb. 1999 I) 8453 a násl., 8514 (odst. 35).

<sup>341</sup> Zaměstnanci závislých podniků se počítají v případě majoritní smlouvy nebo zapojení, § 77a BetrVG.

## b) Aplikace německého práva spolurozhodování v podniku *de lege ferenda*

Všeobecný názor v německé literatuře vycházel doposud z toho, že německé právo spolurozhodování se vztahuje pouze na německé společnosti.<sup>342</sup> Důvody pro tento názor se našly jak ve znění zákona, který upravuje výslovně právní formy, v nichž spolurozhodování probíhá (společnosti německého práva), tak i v dalších zákonech, podle kterých spolurozhodování není aplikovatelné na společnosti se sídlem v zahraničí.<sup>343</sup>

Přehled o oblastech aplikace německého práva spolurozhodování je možné získat teprve tehdy, když nastane jistota o tom, jak zákonodárce a převládající názor v literatuře chápe a mohl chápat pojem zahraniční podnik, německý podnik, respektive sídlo tuzemské či sídlo zahraniční.

Odpověď na to dává mezinárodní právo soukromé, tedy právní norma, která rozhoduje o tom, které národní hmotné právo se použije. Výslovnou kolizní normu německé právo neobsahuje. V minulosti se navazovalo v literatuře a v judikatuře převážně na statut společnosti, to znamená, že se aplikují ustanovení o spolurozhodování toho právního řádu, který je pro organizaci a složení společnosti rozhodující. Podle tohoto pojetí by bylo právo spolurozhodování součástí tuzemského práva. To znamená ve výsledku, že pokud společnost podléhala německému právu (osobní statut společnosti), tak platilo i německé právo spolurozhodování, v případě zahraničního statutu společnosti platí jen zahraniční předpisy.

Je však nutné vzít na vědomí, že takové navazování bylo v první řadě orientováno na výsledek. Do rozhodnutí ESD ve věci *Überseering* se v SRN uplatňoval bez výjimky princip sídla.<sup>344</sup>

K obratu v judikatuře BGH se připojily i instanční soudy a literatura.

To znamená, že na všechny společnosti, které měly své skutečné sídlo v tuzemsku, se aplikovalo zásadně německé právo, což mělo za následek, že všechny společnosti se sídlem v tuzemsku byly podrobeny vnitrozemskému právu spolurozhodování.

Skutečnost, že zahraniční kapitálové společnosti se sídlem v SRN nebyly akceptovány jako právně způsobilé,<sup>345</sup> vedla k tomu, že všechny podniky administrované v tuzemsku byly fakticky nuceny přijmout vnitrostátní právní formu. Tímto způsobem se otevřela aplikační oblast německého práva jako ochrana ve prospěch jak věřitelů a menšinových společníků, tak ve prospěch spolurozhodujících zaměstnanců. Zajistit tento výsledek bylo přímo záměrem principu sídla. Právně politická výhoda<sup>346</sup> zde stojí proti alternativě<sup>347</sup> inkorporačního principu. Z tohoto důvodu neměl panující názor oporu v myšlence, zda by bylo smysluplné a právně a politicky

<sup>342</sup> Raiser, T.: *MitbestimmungsG*, Verlag de Gruyter, 4. Auflage, Berlin 2002, § 1 odst. 13; Oetker, H., Hopt, K.J., Wiedemann, H.: *Großkommentar zum AktG*, Verlag de Gruyter, 4. Auflage 1999, § 1 odst. 8.

<sup>343</sup> *Srov. Zimmer, D.: Internationales Gesellschaftsrecht*, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1999, str. 159 a násl.

<sup>344</sup> Bayer, W.: *Die EuGH-Entscheidung Inspire Art und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen*, BB 2003, str. 2357, 2363.

<sup>345</sup> Bayer, W.: *Die EuGH-Entscheidung Inspire Art und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen*, BB 2003, str. 2357 a násl.

<sup>346</sup> BGH BB 2000, 1106, ZIP 2000, 967.

<sup>347</sup> Bayer, W.: *Die EuGH-Entscheidung Inspire Art und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen*

žádoucí, aby se na princip sídla použila právně a snadno vykonatelná kritéria BetrVG, MitbestG a MontanmitbestG jiným způsobem. Ze systémových důvodů by nemohl nastat problém, že společnosti řízené z tuzemska a podléhající kritériím německého spolurozhodování by vykonávaly činnost v SRN bez možnosti spolurozhodování zaměstnanců.

Přitom je nutné si připomenout, že princip sídla byl vždy, i přes uznání v judikatuře a literatuře, v SRN, sporný. Dle inkorporačního principu by byla společnost založená v zahraničí uznána ve vnitrozemí i v tom případě, kdyby měla v SRN skutečné správní sídlo.<sup>348</sup>

Zajímavé přitom je, že i němečtí přímluvci navazování statutu společnosti na právo inkorporace (místo první registrace)<sup>349</sup> nepopírali, že sledovaný cíl zajištění spolurozhodování zaměstnanců na základě principu sídla se uplatňuje i za použití inkorporačního principu, a zasazovali se přinejmenším o vnitrozemské skutečné sídlo pro zvláštní navazování, to jest o prolomení rozhodného zahraničního statutu společnosti a aplikaci německého práva spolurozhodování.<sup>350</sup>

Částečně se v této souvislosti upozorňovalo na to, že spolurozhodování přísluší k hospodářsko-právnímu *ordre public* německého právního řádu.<sup>351</sup>

V souvislosti s rozhodnutím ESD ve věci *Centros*<sup>352</sup> (ještě před rozhodnutím *Inspire Art*) se známí autoři<sup>353</sup> vyjádřili tak, že cílům sledovaným německým právem spolurozhodování je nutno přiznat obecný zájem a tím nedojde k neoprávněnému zásahu do svobody usazování.

Po rozhodnutí ESD ve věci *Inspire Art* se zvýšil počet autorů, kteří tvrdili, že podle evropského práva je použití německého práva spolurozhodování na zahraniční společnosti nezákonné. K těmto autorům patřili Ebke,<sup>354</sup> Schanze-Jüttner<sup>355</sup> a Horn.<sup>356</sup>

S tímto výkladem rozsudků ESD byly brzy vysloveny pochyby.<sup>357</sup> Například Thüssing důrazně zamítl tezi, že německému zákonodárci je evropským právem zakázáno podřídít zahraniční společnosti z EU německému právu spolurozhodování.<sup>358</sup>

---

Rechtsordnungen, BB 2003, str. 2358 a násl.

<sup>348</sup> Knobbe-Keuk, B.: Umzug von Gesellschaften in Europa, ZHR 154, 1990, str. 325 a násl.

<sup>349</sup> To samé platí v případě navazování na právo aktuální registrace společnosti za přípustnosti přemístění sídla

<sup>350</sup> Sandrock, Internationalrechtliche Probleme multinationaler Kooperationen, BerDGesVR 18, 1978, 169, 227; Knobbe-Keuk, B.: Umzug von Gesellschaften in Europa, ZHR 154, 1990, 347.

<sup>351</sup> Großfeld, B., König, T.: Das Internationale Gesellschaftsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, RIW 1992, str. 433, 438, Birk, R., Das internationale Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland, RabelsZ 46/1982, str. 384 a násl.

<sup>352</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-212/97 „Centros“.

<sup>353</sup> Roth, G. H.: Gründungstheorie-Ist der Damm gebrochen?, ZIP 1999, str. 861, 864; Ulmer, P.: Schutzinstrumente gegen Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktiven Auslandssitz, JZ 1999, 662, 663, Roth, W. H.: Die Sitzverlegung vor dem EuGH, ZGR 2000, str. 311, 333, Kindler NJW 2003, 1073, 1079, Kieninger ZGR 1999, 724, 744, Grundmann, S., Mösslein, F., ZGR 2003, 313, 350

<sup>354</sup> Ebke, W.: Überseering: Die wahre Liberalität ist Anerkennung, JZ 2003, str. 927, 931.

<sup>355</sup> Schanze, E., Jüttner, A.: Die Entscheidung für Pluralität-Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung „Inspire Art“, AG 2003, str. 661, 668.

<sup>356</sup> Horn, N.: Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit-Inspire Art, NJW 2004, str. 893, 900.

<sup>357</sup> Bayer, W.: Die EuGH-Entscheidung Inspire Art und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen

V rámci modernizace evropského práva společností se vyjádřila jak „*High Level Group of Company Law Experts*“ ustanovená Evropskou komisí a v rámci ní „*Report on modern Regulatory Framework for a Company Law in Europe*“, tak i německá pracovní skupina založená ad hoc – „*Group of German Experts on Corporate Law*“.<sup>359</sup> Proto podřídily zahraniční společnosti se skutečným sídlem v SRN německému právu spolurozhodování, neboť není myslitelné, aby se založením společnosti se sídlem v SRN obešlo německé právo spolurozhodování.<sup>360</sup>

Nesporné je, že aplikace německého práva spolurozhodování na zahraniční společnosti registrované v EU a tím na zahraniční společnosti ve smyslu inkorporační teorie představuje omezení svobody usazování i v tom případě, když zahraniční společnost z EU má skutečné sídlo v SRN. Takové nediskriminující omezení evropských základních svobod<sup>361</sup> je přípustné jen pro případ, že obecný zájem to ospravedlňuje a omezení je vhodné a nutné.

## Oddíl 6 Argumenty proti uplatnění principu sídla

Princip sídla aplikovaný v SRN byl, jak již naznačeno, pravidelně kritizován, pokud jde o jeho hmotně právní odůvodnění.<sup>362</sup> Primárně se prosazuje do popředí ochrana zájmů třetích osob. V tomto bodě ale existují i rozpory ohledně ochranné myšlenky na jedné straně a jejího skutečného provádění na straně druhé. Německé právo si dosud pro sebe nemohlo účinně vyhradit ochranu zájmů třetích osob.

To bylo zvláště zdůrazněno v případě *Überseering*. Tím, že existence společnosti byla skutečně popírána, byla jí odňata i možnost žalovat občanskoprávní nároky. Tímto se zájmům třetích osob vyhýbá vnitrostátní právní ochrana, jakmile by se centrum podnikatelského rozhodování vnitrostátní společnosti přemístilo do zahraničí.

BGH ve své dlouholeté a stálé judikatuře vždy zdůrazňoval zájmy věřitelů, menšinových společníků, zaměstnanců a dokonce i státu na kolizně právním pohrdání zahraničním právem inkorporace a takto i argumentoval.

Esenciální otázka se klade v případě ochrany věřitelů. Přitom existují dobré argumenty pro úvahu, zda není právo skutečného sídla společnosti výhodnější namísto statutu inkorporace. Zde by se měli rozlišovat věřitelé společnosti od soukromých věřitelů společnosti/společníků. V případě kapitálové společnosti chrání soukromé věřitele princip oddělené existence

---

Rechtsordnungen, BB 2003, str. 2357, 2365.

<sup>358</sup> Thüssing, G.: Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäische Niederlassungsfreiheit, ZIP 2004, 381 a násl.

<sup>359</sup> Členové Bayer, Hoffmann-Becking, Fleischer, Lutter, Noack, Röhrich, K. Schmidt, Ulmer, Wiedemann, Winter, Zöllner.

<sup>360</sup> ZIP 2003, str. 863 a násl. (Zur Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts: Stellungnahme der Arbeitsgruppe Europäisches Gesellschaftsrecht-Group of German Experts on Corporate Law).

<sup>361</sup> Thüssing, G.: Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäische Niederlassungsfreiheit, ZIP 2004, 381, 384.

<sup>362</sup> Tak i Behrens, P.: Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht, *RebelsZ* 53/1988; tak i Falkenhausen, J.Fr.v.: Durchgriffshaftung mit Hilfe der Sitztheorie des internationalen Gesellschaftsrechts, *RIW*-1987, 818 a násl.

společnosti, vyjádřený její právní způsobilostí, a režim omezeného ručení na majetek společnosti, který vyplývají z podnikatelské činnosti společnosti. Naproti tomu jsou věřitelé společnosti chráněni předpisy o ochraně kapitálu, jejichž podstatná funkce se projevuje v omezení odměn společníků nebo akcionářů. Zvláštní otázka je, zda společnost disponuje dostatkem majetku, aby mohla uspokojit všechny věřitele. Přitom je bez významu, jestli se vyžaduje zákonný minimální kapitál či nikoli. Ani věřitelé anglické Ltd. nejsou ve Spojeném království bez ochrany. Zde zasahuje pragmatická a ojedinělá státní ochrana, vyplývající ve Spojeném království z účinného státního dozoru. Zde je nutné zohlednit režim ručení kapitálových společností, ve kterém se ve všech právních řádech nachází strukturovaná rovnováha, která je založena na principu odluky majetku. Z majetku společnosti se uspokojují v první řadě věřitelé společnosti, naproti tomu je soukromý majetek společníků rezervován pro soukromé věřitele. Na tuto rovnováhu se smluvní věřitelé mohou připravit, pokud kalkulují svá rizika a hodnotí je v tržních cenách. Zákonní věřitelé jako například věřitelé z deliktu zde mohou být znevýhodněni, proti tomu se dá ale namítnout, že důležitá rizika jsou v dnešní době ošetřena přes pojistnou ochranu smlouvy a v případech zneužití ručení při zásahu do majetku společnosti bude věřitelům poskytnuta možnost postupem proti společníkům nebo jednatelům.

Bylo by potřebné bližší odůvodnění, proč společensko-právní rovnováhu ručení podle principu sídla je nutné zničit jen proto, že centrum podnikatelského rozhodování neleží ve státě inkorporace společnosti. Natolik poskytuje institut osobního ručení společníků věřitelům společnosti výhodu a opět soukromým věřitelům společnosti rizika, se kterými nemohli počítat. Tak se implikuje zásadní zásah do majetku společnosti způsobující ručení, aniž by byly dané jinak nutné předpoklady (snížení majetku společnosti) – jedná se o porušení principu odloučení. Výše uvedené zájmy státu, předestřené BGH, na kolizně právním pohrdání zahraničním právem inkorporace jsou modifikovány tím, že zájmy státu jsou zásadně prosazovány veřejnoprávními normami, jejichž mezinárodní působnost vůči podnikům usídleným v SRN je zajištěna celkem nezávisle na statutu společnosti pomocí principu teritoriality.

To platí i pro ochranu zájmů zaměstnanců, kdy právo spolurozhodování z pohledu řady podniků specifických právních forem by se mělo řídit podle osobního statutu podniků, to se však v SRN omezuje jen na zde řádně založené kapitálové společnosti. Nucené přijetí právní formy se však pro podniky činné v SRN nekoná. To platí pro spolurozhodování v podniku nezávisle na tom, zda se kvalifikuje dle práva obchodních společností, anebo se navazuje odděleně.<sup>363</sup>

Dále se klade v případě ochrany menšin otázka, do jaké míry mohou být menšinoví společníci v zahraničních společnostech posuzováni proti své vůli podle jiného než zvoleného práva. Pokud se jedná o koncernovou ochranu menšin v závislé společnosti, které se BGH ve svém rozsudku ve věci *Überseering* dotknul, uplatní se podle dosud platných kolizně právních zásad vnitrostátní právo společností.<sup>364</sup>

<sup>363</sup> Zimmer, D.: *Wie es euch gefällt? Offene Fragen nach dem Überseering Urteil des EuGH*, BB 2003, str. 137 a násl.

<sup>364</sup> Behrens, P.: *Die GmbH im Europäischen und internationalen Recht*, 2. Auflage 1997, odst. IPR 47.

Z judikatury ESD ve věci *Reyners*<sup>365</sup> zřetelně vyplynulo, že se povinnost členských států k postupnému snížení omezení svobody usazování změnila skrze ustanovení původní Smlouvy o EHS na bezpodmínečný závazek, a to uplynutím přechodného období v roce 1970. Od této doby se v principu nevyskytl důvod pro omezování vnímání svobody usazování. Spíše se mohl a měl každý jednotlivec po uplynutí přechodného období dovolávat svých práv týkajících se svobody usazování, které soudy a úřady členských států měly chránit. Od té doby by svoboda usazování měla mít přednost před rozporným národním právem.

Natolik je i Smlouva o ES oproti každé jiné interpretaci dostatečně zřetelná, pokud jde o bezprostřední aplikaci svobody usazování pro obchodní společnosti podle čl. 48 SES. Zde je nutno přihlížet i k čl. 43 SES, který vztahuje aplikaci svobody usazování vedle fyzických osob i na právnické osoby. Podporu SES formuloval ESD ve svém rozsudku *Centros* výslovně<sup>366</sup> a v rozsudku *Überseering* to znovu potvrdil.

Argumenty předložené příznivci principu sídla, podle kterých by bylo nutné harmonizační opatření podle čl. 44 odst. 2 písm. g) SES, aby se umožnilo poskytnutí svobody usazování za stejných společensko-právních poměrů, neuznávají dogmatiku základních svobod, vyvinutou Soudním dvorem, a význam právní harmonizace.

Tak je již z rozsudku ESD ve věci *Reyners*<sup>367</sup> zřejmé, že opatření právní harmonizace v oblasti svobody usazování měla užívání této svobody usnadnit, ale pro svobodu samou nejsou konstitutivní. Přitom korigoval ESD ve věci *Überseering* svou judikaturu ve věci *Daily Mail*, ve které se ještě odvolával na čl. 44 odst. 2 SES (tehdy čl. 54 odst. 3 Smlouvy o EHS) a odmítnul bezprostřední aplikovatelnost svobody usazování společností se zřetelem na sídlo.

Touto korekcí uvedl ESD svou judikaturu opět do souladu s dogmatikou. Tomu neodporuje ani odkaz na čl. 293 SES, podle kterého úprava určitých kolizně právních problémů v oblasti práva společností – „pokud to je nutné“ – zůstává vyhrazena mezinárodním dodatkovým úmlouvám. Že je taková výhrada nadbytečná, zdůraznilo ztroskotání Úmluvy o vzájemném uznávání společností a právnických osob z roku 1968,<sup>368</sup> která nebyla ratifikována, a též návrh dohody o sloučení z roku 1972.<sup>369</sup> Tak byl tento stav odůvodněn také tím, že kompetence Evropského společenství jej opravňují, aby se orgány Evropského společenství zabývaly v rámci SES i otázkou práva společností. To bylo uskutečňováno například v podobě směrnice o přeshraničním sloučení<sup>370</sup> a později dále (neprojednávané) 14. směrnice o přemístění sídla společnosti do jiného členského státu v souvislosti se změnou práva rozhodného pro společnost.<sup>371</sup>

Kritici principu sídla jako např. Behrens zdůraznili již v době rozsudku *Überseering*, že princip sídla zakládá ochranu zájmů, které nejsou chráněny právem společností (tak především státní zájmy, které se prosazují přes veřejné právo), dále že chrání zájmy, které nepotřebují ochranu

<sup>365</sup> Srov. rozsudek ESD „*Reyners*“, 21. 6. 1974 odst. 2-74, Sb. 1974, 631 a násl., odst. 24-28.

<sup>366</sup> Srov. rozsudek ESD „*Centros*“, 9. 3. 1999.

<sup>367</sup> Srov. rozhd. ESD 21. 6. 1974, Sb. 631/1974 odst. 29-31.

<sup>368</sup> Dohoda z 29. 2. 1968 o vzájemném uznávání společností a právnických osob, BGBl. II 369, 370.

<sup>369</sup> Návrh Dohody o mezinárodní fúzi akciových společností z roku 1972, Bulletin ES, Sonderbeilage 13-73.

<sup>370</sup> 10. směrnice, ABL 1985 C-23/11.

(například zájmy menšinových společníků, kteří se podřídili dobrovolně zahraničnímu statutu společnosti), a naopak nechrání ty zájmy, které jsou skutečně potřebné ochrany, jako například zájmy věřitelů. To z důvodu, že v případech přistěhování ztrácí věřitelé svoji dlužnickou společnost, se kterou uzavřeli dohodu. V případech odstěhování se věřitelům bez ptaní vyhýbá ochrana vnitrostátního práva.

Dále se zde zpochybňoval generálně preventivní účinek principu sídla proti společnostem založeným v zahraničí. Mimoto by princip sídla samotný zájem ochrany ztratil v tom okamžiku, ve kterém zahraniční společnost nadále obchodně operuje z vnitrozemí hlavního sídla ve státě inkorporace.

Naproti tomu umožňuje inkorporační princip, vzdor principiálnímu navázání statutu společnosti na právo inkorporace, vzdát se ochrany vnitrozemského práva pomocí příslušného zvláštního navázání uvedeného v platnost v jednotlivém případě. Proto přicházejí v úvahu pro ochranu věřitelů, která stojí v popředí snah, ochranné normy, které se nenavazují podle statutu společnosti, ale podle deliktního statutu. Například můžeme uvést případy ručení viníka podle § 826 BGB, to znamená přímé ručení společníků (často také kvalifikováno jako zásahové ručení-*Durchgriffshaftung*). Dále se dá poukázat na vybrané normy práva společností, které – například v rámci pravých případů zásahu – v jednotlivém případě ospravedlňují pohrdání režimem omezeného ručení.

## **Oddíl 7      Zahájení ústupu od principu sídla v SRN**

Přestože v SRN platí princip sídla pro tuzemské společnosti, je u německých podnikatelů oblíben inkorporační princip. To vede k tomu, že němečtí podnikatelé využívají možnosti volby právní formy společnosti. Nasazením forem zahraničních společností (například anglická Ltd. atd.) jako nástroje pro vnitrostátní obchodní činnosti se dosud využívá výhod inkorporačního principu.

Díky importu zahraničního práva společností jsou k dispozici rozlišovací příklady a rozpory s kolizně právními postupy obvykle používanými v německém právu. To se týká smluvního práva (čl. 27 ff. EGBGB), deliktního práva (čl. 40 EGBGB), konkurzního řízení (čl. 4 EUInsVO) atd.

K možným nástrojům patří kvalifikace, přizpůsobení a substitute. Všechny tyto instrumenty mají v souvislosti s možností volby právní formy v EU i v oblasti práva společností podstatný význam. Některé příklady to také potvrzují.

Judikatura ESD ke svobodě usazování, podle které jsou zahraniční společnosti v rámci ES uznány nezávisle na tom, kde se nachází jejich správní sídlo, vedla v německém mezinárodním právu k tomu, že se Spolkový soudní dvůr (BGH) vzdává principu sídla pro společnosti ze států EU a EHP či států, se kterými existují mezinárodní smlouvy umožňující aplikaci inkorporačního principu. Avšak ohledně společností z jiných (třetích států) a aplikuje BGH i nadále princip sídla. To potvrdil i ve svém aktuálním rozsudku, ve kterém švýcarská akciová společnost se skutečným

---

<sup>371</sup> Srov. ZIP 1997, str. 1721 (RL-Vorentwurf zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU).



sídlem v SRN se zde považuje za společnost osobní, právní způsobilosti jako akciová společnost dosáhne, jen pokud se nechá zapsat do obchodního rejstříku, což de facto a de iure předpokládá založení v SRN.<sup>372</sup> Pro tyto společnosti se osobní statut společnosti řídí inkorporačním principem.<sup>373</sup>

Obsah odkazu na inkorporační princip se řídí katalogem obsaženým v čl. 3 č. 2 EGBGB. Přitom platí teorie jednotného právního statutu společnosti. Z toho vyplývá, že všechny právně kvalifikované otázky společnosti včetně otázek ručení společníků a jednatelů se řídí podle zahraničního statutu společnosti.

### Díl 3 Právo přeměn společností

Dle zjištění Soudního dvora ve věci *SEVIC*<sup>374</sup> zahrnuje svoboda usazování dle čl. 43 a 48 SES také sloučení.

Obchodní zákoník upravující přeměny obchodních společností dovoval fúzi pouze právnickým osobám se sídlem na území České republiky. Nemožnost realizace přeshraničních fúzí nevyhovovala objektivnímu celospolečenskému zájmu na volném pohybu kapitálu. Důvodem je to, že tato situace prodražuje a komplikuje některé podnikatelské aktivity. Dále jsou podnikatelé nuceni volit jiné relevantní způsoby k dosažení potřebné mobility a efektivního podnikání.

Úprava v České republice se však podobá právní úpravě v ostatních členských státech ES. Na tuto skutečnost reagoval Evropský parlament a Rada přijetím 10. směrnice<sup>375</sup> o přeshraničních fúzích kapitálových společností. Členské státy byly povinny transponovat tuto směrnici do svých právních řádů nejpozději do 15.12.2007.

Kromě 10. směrnice byl v rámci ES vydán rozsudek ESD ve věci *SEVIC*, který patří mezi významné judikáty z hlediska aplikace svobody usazování a výkladu čl. 43 a 48 SES. Podle tohoto rozsudku nesmí členský stát upírat svým akciovým společnostem práva plynoucí jim ze svobody usazování, což vychází z priority komunitárního práva.

Úprava fúzí je dosud postavena na principu, že se vždy střetávají nejméně dva různé národní právní řády, podle kterých se řídí zúčastněné společnosti. Přípravná fáze se tímto odehrává podle toho právního řádu, kterým se řídí každá ze zúčastněných společností. Jestliže tedy dochází k přeshraniční fúzi české a.s. s německou AG, pak se v přípravné fázi bude řídit AG německým právním řádem a a.s. českým právním řádem.

10. směrnice vytvořila základ pro možnost, že se část fúze odehrává podle právních pravidel, na které jsou účastníci právních vztahů zvyklí. Vlastní dokončení fúze spojené se zápisem do českého nebo zahraničního obchodního rejstříku se však bude řídit právním řádem státu, ve kterém má nebo má mít nástupnická korporace své sídlo. Tedy ve výše uvedeném případě, bude-li sídlo nástupnické korporace v České republice, bude se dokončení fúze řídit českým právním

<sup>372</sup> Srov. BGH z 27.10.2008-II ZR158/06, Leuring, D., Rubner, D.: Geltung der Sitztheorie bei Verwaltungssitzwechsel nach Deutschland, NJW-Spezial, č. 3/2009, str. 79.

<sup>373</sup> BGH, Urteil vom 14.3.2005-II ZR 5/03 ve NJW 2005, str.1648.

<sup>374</sup> Rozsudek č. 411/03 „*SEVIC*“, 13.12.2005.

<sup>375</sup> 10. směrnice (č. 2005/56 z 26.10.2005).

řadem. A naopak, bude-li sídlo nástupnické korporace v SRN, bude se řídit německým právním řadem.

Fúzí se mohou zúčastnit všechny české obchodní společnosti i družstva. V souladu s 10. směrnicí jsou dovoleny jen fúze společností stejné nebo obdobné právní formy (např. české a.s. s německou AG nebo francouzskou SA), ledaže národní zákony členských států všech subjektů zúčastněných na fúzi dovolují křížové fúze. Například fúze německé AG s českou s.r.o. bude možná jen tehdy, jestliže je možná fúze české a.s. s s.r.o. (což český zákon dovoluje) a zároveň jestliže je možná fúze německé AG s GmbH, což je možné podle ust. § 3 odst. 3 německého zákona o přeměnách (UmwG).<sup>376</sup>

V praxi se může například stát, že česká s.r.o. a německá GmbH se rozhodnou fúzovat splynutím se slovenskou a.s. se sídlem v Bratislavě. Pro tento případ se určuje, že taková operace je povolena jen tehdy, pokud ji dovolují všechna rozhodná práva, tzn. právo české, německé i slovenské.

Ministerstvo spravedlnosti v České republice přistoupilo k řešení této povinnosti tak, že rozhodlo vytvořit nový samostatný zákon o přeměnách obchodních společností.

## **Oddíl 1 Přeshraniční fúze v České republice**

Ke dni 1. 7. 2008 nabyl účinnosti zákon o přeměnách obchodních společností a družstev v České republice (v násl. jen „zákon o přeměnách“).<sup>377</sup> Tento zákon transponoval 10. směrnici o přeshraničních fúzích kapitálových společností do českého právního řádu a vyčlenil právní úpravu vnitrostátních přeměn z Obchodního zákoníku (dřívější znění § 220a a násl. ObchZ). Takové vydělení přeměn do samostatného zákona zpřehledňuje právní úpravu ve vztahu k současnému Obchodnímu zákoníku.

Podle zákona o přeměnách lze uskutečnit přeměnu fúzí, rozdělením, převodem jmění na společníka, nebo změnou právní formy (§ 2 zákona o přeměnách).

Zákon o přeměnách společností nahrazuje dosavadní úpravu vnitrostátních (českých) přeměn a současně reglementuje i přeměny se zahraničním prvkem. Dále jsou umožněny některé varianty křížových fúzí jako například splynutí dvou společností s ručením omezeným v akciovou společnost a opačně.

Zákon o přeměnách stanoví požadavek shodné právní formy zanikající i nástupnické korporace, pokud členské státy, v nichž mají zúčastněné korporace sídlo, nepovolují fúze takových právních forem. Ustanovení § 4 odst. 1 zákona o přeměnách umožňuje přeměnu obchodních společností nebo družstev i tehdy, pokud vstoupily do likvidace.

Pozoruhodná a odchýlná od řešení přeměn v SRN je přípustnost přeměny obchodní společnosti nebo družstva i tehdy, pokud probíhá insolvenční řízení, v němž se řeší úpadek nebo hrozící

<sup>376</sup> V SRN Umwandlungsgesetz – zákon o přeměnách.

<sup>377</sup> Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev č. 125/2008 Sb. s účinností ke dni 1.7.2008, srov. Dědič, J.: Nad zákonem o přeměnách aneb druhá „podářená dekodifikace obchodního zákoníku, Právní zpravodaj, č. 7/2008.

úpadek obchodní společnosti nebo družstva, jakož i v případě, kdy bylo vydáno rozhodnutí o úpadku obchodní společnosti nebo družstva (ust. § 5 zákona o přeměnách).

Zákon o přeměnách nyní zakotvuje i širší ochranu zaměstnanců spočívající například v informační povinnosti zúčastněných společností o dopadu fúze na zaměstnance či způsobu zapojení zaměstnanců do záležitostí nástupnického subjektu. Tyto informace musí být zaměstnancům poskytnuty ještě před zveřejněním projektu<sup>378</sup> současně s informací o jejich právu vyjadřovat se k výše uvedenému.

V nástupnické korporaci mají zaměstnanci právo vlivu zahrnující právo volit a být volen do dozorčí rady. Obzvláště se toto právo projevuje tehdy, má-li zanikající společnost před zveřejněním projektu více než 500 zaměstnanců a též v ní existovalo právo vlivu zaměstnanců. Právo vlivu je zde širší než pouhé členství zaměstnanců v dozorčí radě akciové společnosti. Statutární orgány zúčastněných společností jsou povinny zajistit ustanovení tzv. vyjednávacího výboru, který zastupuje zaměstnance při jednání o rozsahu jejich práva vlivu.

Podle ust. § 35 odst. 1 zákona o přeměnách mohou věřitelé zúčastněných obchodních společností nebo družstev při fúzi nebo rozdělení, věřitelé zanikající obchodní společnosti a přejímajícího společníka při převzetí jmění nebo věřitelé obchodní společnosti nebo družstva měnící svoji právní formu požadovat poskytnutí dostatečné jistoty, a to jestliže se v důsledku přeměny zhorší dobytost jejich pohledávek, pokud přihlásí v zákonem určeném termínu své pohledávky. Poskytnutí dostatečné jistoty mohou tito věřitelé žádat ještě před zápisem přeměny do obchodního rejstříku (§ 35 odst. 3 zákona o přeměnách).

Zákon o přeměnách přináší změnu i v tom, že mimo jiné vypouští povinnost dvojího pořizování notářských zápisů u kapitálových obchodních společností a družstev.

Účastnit se přeshraniční fúze mohou všechny české obchodní společnosti i družstva (dosavadní úprava již umožňovala fúze na Evropskou společnost).<sup>379</sup> Zahraničním účastníkem této fúze je míněna pouze korporace, mající sídlo v jiném členském státě EU nebo státě EHP. Z hlediska právní formy stanoví zákon požadavek shodné formy zanikající i nástupnické korporace, ledaže právní předpisy všech členských států, v nichž mají zúčastněné korporace sídla, včetně předpisů popřípadě třetího státu budoucího sídla nástupnické společnosti povolují vnitrostátní fúze takových právních forem. Pokud se bude jednat o přeshraniční fúzi společností ze dvou různých států, řídí se v přípravné fázi každá společnost svým právním řádem. Česká zúčastněná korporace se řídí při přeshraniční fúzi tímto zákonem a zvláštními zákony (ust. § 187 zákona o přeměnách). Vlastní dokončení přeshraniční fúze se bude řídit právním řádem státu, ve kterém má mít nástupnická společnost své sídlo (zde bude proveden i zápis do obchodního rejstříku).

Pokud nástupnická korporace při přeshraniční fúzi umístí své sídlo do jiného členského státu, tak se tento postup nepovažuje za přemístění sídla (ust. § 185 zákona o přeměnách). I zde jsou nutné údaje o pravděpodobném dopadu přeshraniční fúze na zaměstnance (ust. § 191 odst. 1 písm. c) a § 194 zákona o přeměnách). Pokud se způsob zapojení zaměstnanců neschválí, má to za

<sup>378</sup> Smlouvy či rozhodnutí o jednotlivých typech přeměn jsou nyní nahrazeny termínem „projekt“, přeměna obchodní společnosti nebo družstva se provádí podle schváleného projektu přeměny (ust. § 14 zákona o přeměnách).

<sup>379</sup> Výjimka nadále existuje pro investiční společnosti a investiční fondy.

následek nemožnost zápisu přeshraniční fúze do obchodního rejstříku. Obzvláště stanoví zákon o přeměnách obsáhlé předpisy o právu vlivu zaměstnanců nástupnické korporace (ust. § 214 a násl. zákona o přeměnách).

Zda jsou zúčastněnou korporací splněny zákonem stanovené požadavky (při přeshraniční fúzi), osvědčuje notář vydáním osvědčení o přeshraniční fúzi (ust. § 208 zákona o přeměnách). Zápisem přeshraniční fúze do obchodního rejstříku nebo do zahraničního obchodního rejstříku nastávají právní účinky přeshraniční fúze.

## Oddíl 2 Přeměna společností v SRN

V německé praxi nabylo právo přeměn značně na významu vyhlášením zákona o přeměnách z roku 1994.<sup>380</sup> Cílem nové úpravy bylo rozšíření možností přeměny, zpřehlednění jejich úpravy a zavedení nových druhů přeměn (například rozdělení).<sup>381</sup>

Dále je význam práva přeměn ovlivňován i stále se měnícími rámcovými podmínkami v oblasti daňových zákonů.<sup>382</sup>

Další podstatné změny přinesla druhá velká novela UmwG, která vstoupila v platnost 25. 4. 2007.<sup>383</sup> V první řadě tento pozměňovací zákon prováděl směrnici o přeshraničních fúzích kapitálových společností (10. směrnice).<sup>384</sup> Německá spolková vláda však využila tuto příležitost a zapracovala i návrhy na změny práva přeměn zaznívající z praxe.<sup>385</sup> Zohledněn byl i návrh zprávy „Corporate Governance“ z června 2001 vypracovaný vládní komisí.

UmwG umožňuje 4 různé druhy přeměny, které celkem zahrnují ca. 300 různých možností přeměny, základními druhy jsou fúze, rozdělení, převod jmění a změna právní formy (ust. § 1 odst. 1 UmwG). Pro každou formu přeměny obsahuje zákon část obecnou a část zvláštní.

Druhy fúzí a společnosti způsobilé k fúzi jsou vyjmenované v ust. §§ 2 a 3 UmwG. Vyloučené z okruhu společností oprávněných k fúzi jsou pouze BGB společnosti (společnosti občanského práva), EWIV (Evropské hospodářské zájmové sdružení) a tzv. společenství dědiců (*Erbengemeinschaften*).<sup>386</sup> Názory objevující se v literatuře však požadují, aby EWIV bylo zahrnuto do osobní působnosti zákona podobně jako osobní obchodní společnosti, pokud jde o oprávnění k fúzi.<sup>387</sup>

Soudy se touto otázkou dosud nezabývaly. Zákon nyní zahrnuje partnerské společnosti (*Partnerschaften*) do okruhu subjektů oprávněných k fúzi. Zda je správné vyloučit BGB

<sup>380</sup> UmwG 1994, nabyl účinností 1. 1. 1995.

<sup>381</sup> Lutter, M.: UmwG, 3. Auflage, München 2004, Einleitung odst. 9, Stratz, v Schmitt, J., Hörtnagel, R., Stratz, R.-C.: UmwG/UmwStG, 4. vydání, 2006, Einleitung UmwG, odst. 5.2.2.

<sup>382</sup> Například Steueränderungsgesetz - StÄndG 2001, z 22. 12. 2001, BGBl. I 2001, 3793.

<sup>383</sup> BGBl. I 2007, 542.

<sup>384</sup> Číslo 2005/56/ES z 26. 10. 2005.

<sup>385</sup> Drinhausen, F.: Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes - Erleichterung grenzüberschreitender Verschmelzung für deutsche Kapitalgesellschaften?, BB 2006, str. 2313, Mayer, D., Weiler, S.: Aktuelle Änderungen des Umwandlungsrechts aus Sicht der notariellen Praxis, MittBayNot 2007, str. 368, Mayer, D., Weiler, S.: Neuregelungen durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes (Teil 1), DB 2007, str. 1235.

<sup>386</sup> Tak Heckschen, H.: Seminarunterlagen Fachanwaltslehrgang, Handels- und Gesellschaftsrecht, str. 29.

<sup>387</sup> Schmidt, K.: Die freiberufliche Partnerschaft, NJW 1995, str. 1 (7).

společnosti z tohoto okruhu, je dogmaticky pochybné, a to z důvodu, že BGH uznal jejich částečnou způsobilost k právům a povinnostem.<sup>388</sup> Avšak praxe umožňuje skoro každé BGB společnosti využít oklikou pomocí právní formy OHG i výhody UmwG. BGB společnosti, které nevykonávají živnostenskou činnost, musí využít cestu přes PartGG (Zákon o partnerských společnostech osob vykonávajících tzv. „svobodná povolání“).<sup>389</sup>

Dlouho nebylo jasné, zda anglická Ltd. je způsobilá ke sloučení.<sup>390</sup> Pro určení způsobilosti Ltd. ke sloučení je nutné zjistit, zda národní právní řád zahrnuje dotyčné zúčastněné společnosti do katalogu společností způsobilých ke sloučení. Problémy zde mohou vycházet z toho, že harmonizační úsilí 3. směrnice<sup>391</sup> se vztahovala na akciové společnosti a jí podobné právní formy a GmbH, zatímco osobní společnosti zahrnuty nebyly. Teprve transpozicí 10. směrnice umožnil anglický zákonodárce i Ltd., aby se účastnila na přeshraniční fúzi, která do té doby byla vyhrazena jen pro plc. (public limited company).<sup>392</sup>

V roce 2006 rozhodoval OLG München otázku zápisu fúze německé GmbH s Ltd. do obchodního rejstříku.<sup>393</sup> Soud upozornil ve svém rozsudku na to, že se ESD ve svém rozsudku *Sevic* nevyjádřil k přípustnosti fúze ven z členského státu (*Herausverschmelzung*).

Podle soudu v Mnichově ztroskotal zápis takové fúze (*Herausverschmelzung*) u obchodního soudu odštěpného závodu (*ZN - Zweigniederlassung*) již na tom, že tuto fúzi (*Herausverschmelzung*) není možné zapsat do obchodního rejstříku odštěpného závodu. Údaje nezbytné k zápisu do obchodního rejstříku vyplývají z ust. § 13 a násl. HGB. Tato ustanovení spočívají na 11. směrnici o publicitě poboček vytvořených v členských státech některými formami společností řídicích se právem jiného členského státu (*ZN-RL - Zweigniederlassungsrichtlinie*).<sup>394</sup> Z toho vyplývá, že fúze nemůže být zapsána do obchodního rejstříku odštěpného závodu s konstitutivním účinkem. I tehdy, pokud rejstříkový soud statutárního sídla společnosti zápis fúze nevykoná, nevede taková skutečnost k tomu, že zápis se nutně koná u rejstříkového soudu odštěpného závodu. Rejstřík odštěpného závodu je zásadně zrcadlový obraz rejstříku hlavního sídla, odštěpný závod je nesamostatná část celého podniku hlavního sídla. Odštěpný závod nemá jak vlastní právní subjektivitu (*Rechtspersönlichkeit*), tak právně samostatný majetek.<sup>395</sup>

Soudy též často rozhodovaly o tom, zda právní subjekty jsou způsobilé k přeměnám, pokud jsou předlužené.<sup>396</sup> Problém zde spočívá v tom, že majetek těchto společností zpravidla není hodnotný a tímto je vyloučena fúze při současném zachování kapitálu.<sup>397</sup>

<sup>388</sup> BGH, Urteil vom 29.1.2001-II ZR 331/00 ve ZIP 2001, 330, BGH, Beschluß vom 18.2.2002-II ZR 331/00 ve ZIP 2002, 614.

<sup>389</sup> Heckschen, H.: Seminarunterlagen Fachanwaltslehrgang, Handels- und Gesellschaftsrecht, str. 30.

<sup>390</sup> K tomu také Wachter, T.: Aktuelle Probleme bei der Ltd. & Co. KG, GmbHR-Sonderheft 2006, str. 35.

<sup>391</sup> 3. směrnice o sloučení a splynutí akciových společností, č. 78/885/EHS, z 9. 10. 1978.

<sup>392</sup> The Companies (Cross Border Mergers) Regulations 2007, Statutory Instruments 2974/2007, vstoupilo v platnost 15.12. 2007.

<sup>393</sup> Urteil des OLG München in ZIP 2006, 1049.

<sup>394</sup> Číslo 89/666/EHS z 21. 12. 1989.

<sup>395</sup> Tak Heckschen, H.: Seminarunterlagen Fachanwaltslehrgang, Handels- und Gesellschaftsrecht, str. 31.

<sup>396</sup> Urteil des OLG Frankfurt in DB 1998, 917, Urteil des OLG Stuttgart in DB 2005, 2681, Urteil des LG Leipzig in DB 2006, 885.

Tyto překážky jsou však odstraněny, pokud se u jednoho partnera fúze jedná o zdravou společnost (podle ust. §§ 54 odst. 1 věta 3. a 68 odst. 1 věta 3. UmwG je možné vzdát se nároku na poskytnutí podílů). Taktéž není v případě fúze v koncernu nutné zvýšit kmenové jmění. Právo fúzí neuplatňuje zásadu, podle které se dá fúzovat jen pozitivní majetek.<sup>398</sup> Tak umožňuje ust. § 120 UmwG předlužené GmbH fúzi s jediným společníkem. Jak vládnoucí názory v nauce,<sup>399</sup> tak i judikatura<sup>400</sup> přisvědčují této možnosti.

V minulé době se německé soudy věnovaly i otázkám, zda společníci při fúzi, při které se zvyšuje kmenové jmění, podléhají ručení za rozdíl, pokud byl majetek převádějícího právního subjektu nadhodnocen.<sup>401</sup> Jak OLG München, tak i BGH odmítly ručení vlastníků podílů za rozdíl v případě fúze s odůvodněním, že zde chybí potřebný právní základ.

Nauka toto stanovisko kritizovala. Argumentuje tím, že z důvodu ochrany věřitelů je nutné vlastníky podílů převádějícího právního subjektu podrobit ručení za rozdíl i při fúzi.<sup>402</sup>

Převládající názor zastupuje pozici, že po prohlášení insolvenčního řízení a do jeho ukončení je účast právního subjektu (*Rechtsträger*) na přeměně vyloučena. Jak InsO tak UmwG tuto situaci zákonně neupravují. Přednost tzv. zabavení v rámci konkursu byla známá již za účinnosti bývalého konkursního práva.<sup>403</sup>

V německém zákoně není upraveno, zda je možné činit notářské osvědčení v zahraničí. V praxi se tato otázka klade obzvláště v souvislosti s náklady notářského osvědčení. Přípustnost zahraničního osvědčení je v SRN sporná.<sup>404</sup> Dle převládajícího názoru se osvědčení řídí právem rozhodným pro samotný obchod (*lex causae*), forma místa osvědčení tudíž není dostačující.

Do jaké míry je zahraniční osvědčení rovnocenné s německým osvědčením je hodnoceno různě.<sup>405</sup> Podle německého zákonodárce spočívá smysl notářského osvědčení v zajištění tzv. hmotné správnosti (*Richtigkeitsgewähr*).<sup>406</sup> Notář připravuje všechny podklady pro zápis do rejstříku, a to nyní i elektronicky tak, že rejstříkový soud takto připravené údaje jen zapíše. Tento aspekt byl upraven dále zákonem EHUG.<sup>407</sup> Dále je nutné zdůraznit, že zákonodárcem zavedenou povinnost sdělení určitých skutečností může splnit jen německý notář (§ 54 EstDV).

<sup>397</sup> Widmann, S.,Mayer, D.: Umwandlungsrecht, Verlag Stollfuss, Bonn 2002, § 55 UmwG, odst. 60 a násl.

<sup>398</sup> Srov. Limmer, v: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung 1997, 929/939; DNotl-Gutachten des Deutschen Notarinstituts, Gutachten zum Umwandlungsrecht, 1996/97, Band IV, č. 20, str. 148, Heckschen, H. DB 1998, 1385.

<sup>399</sup> Heckschen, H. ve: Widmann, S.,Mayer, D.: Umwandlungsrecht, Verlag Stollfuss, Bonn 2002, § 120 UmwG, odst. 8.6, Stratz, ve Schmitt, J., Hörtnagel, R., Stratz, R.-C., UmwG/UmwstG-Kommentar, 4. Auflage, Verlag C.H.Beck, München 2006, § 120 UmwG, odst. 4.

<sup>400</sup> Urteil des OLG Stuttgart in ZIP 2005, 2066.

<sup>401</sup> Tak OLG München z 27. 10. 2005 in AG 2006, 209; BGH 12. 3. 2007 in DB 2007, str. 1241 rozsudek v dovolacím řízení k OLG München NZG 2006, 73.

<sup>402</sup> Thoss, S.: Differenzhaftung bei der Kapitalerhöhung zur Durchführung einer Verschmelzung, NZG 2006, str. 376, Wälzholz, E.: Aktuelle Probleme der Unterbilanz- und Differenzhaftung bei Umwandlungsvorgängen, AG 2006, 469, 471 a násl.

<sup>403</sup> KonkursO, od roku 1995 platí zákon Insolvenzordnung z 5. 10. 1994, BGBl. I str. 2866.

<sup>404</sup> Srov. Heckschen, H. v: Widmann, S.,Mayer, D.: Umwandlungsrecht, Verlag Stollfuss, Bonn 2002, § 6 odst. 43 v pozn. 1.

<sup>405</sup> DNotl-Report 1995, 219, Heckschen, H., v Widmann, S.,Mayer, D.: Umwandlungsrecht, Verlag Stollfuss, Bonn 2002, § 55 UmwG, odst. 43 a násl.

<sup>406</sup> Goette, W.: Auslandsbeurkundungen im Kapitalgesellschaftsrecht, DStR 1996, str. 709.

<sup>407</sup> Zákon EHUG z 10.11.2006, BGBl. I 2553.

Pokud tedy zahraniční osvědčení neodpovídá německému,<sup>408</sup> tak hmotné zajištění správnosti (*Richtigkeitsgewähr*) čili osvědčení stran fúze není k dispozici.<sup>409</sup>

Dále je zde zohledněn vládní návrh týkající se mezinárodního práva společností. Tento návrh řeší, které právo se aplikuje na společnosti, spolky a další právnické osoby. Řeší také otázky, podle kterého práva se řídí přeměna, například přeshraniční fúze, a dále i otázku, kdy dochází ke změně aplikovatelného práva. Návrh nového čl. 10a EGBGB upravuje přeměny. Za přeměnu považuje návrh fúzi nebo převod jmění na jiné podniky, rozdělení a změnu právní formy. Zde navazuje čl. 10a EGBGB na čl. 10 EGBGB. Předpoklady řízení a účinky přeměny podléhají pro každého nositele práv a povinností právu státu jeho rejstříkového zápisu/soudu. Podle návrhu čl. 10b EGBGB se změní aplikovatelné právo (ve spojení s čl. 10 EGBGB), pokud se podnik запиše v jiném státě do veřejného rejstříku resp. přemístí svou organizaci do tohoto státu. Avšak předpokladem zůstává, že dotýčný právní řád takovou změnu připustí bez zrušení a nového založení, pokud jsou splněny další předepsané podmínky.

V rámci druhé novely zákona o přeměnách (UmwG)<sup>410</sup> byl do UmwG zaveden nový desátý oddíl, který obsahuje ustanovení o přeshraniční fúzi kapitálových společností.

Podle definice v ust. § 122a odst. 1 UmwG se o přeshraniční fúzi jedná tehdy, pokud nejméně jedna ze zúčastněných společností podléhá právu jiného členského státu EU nebo EHP.

Způsobilé k fúzi jsou právní subjekty vyplývající z čl. 2 č. 1 směrnice 2005/56/ES. Při tom se jedná o právní formy GmbH, AG, KGaA a SE se sídlem v SRN. Výslovně vyloučena z přeshraniční fúze jsou podle ust. § 122b odst. 2 UmwG družstva. Osobní společnosti nespadají do osobní působnosti úpravy. Podle rozsudku ESD ve věci „SEVIC“ se však úprava fúzí musí vztahovat i na tyto společnosti.<sup>411</sup> Odchylně od německého vnitrostátního práva se v případě přeshraniční fúze nevytváří smlouva o fúzi, ale společný plán fúze.<sup>412</sup> Plán fúze se osvědčuje před německým notářem. Uznávání osvědčení v zahraničí se řídí obecnými předpisy.<sup>413</sup> Pokud zahraniční právo vyžaduje též notářské osvědčení, je nutné vícenásobné osvědčení. I při přeshraniční fúzi je nutný souhlas vlastníků podílů<sup>414</sup>.

Ustanovení § 122j UmwG řeší ochranu věřitelů převádějící společnosti. Pokud tito věřitelé přihlásí své nároky během dvou měsíců po oznámení plánu fúze nebo jeho návrhu a hodnověrně prokáží, že fúze ohrožuje uspokojení jejich nároku, tak mohou žádat jistotu.

Odchylně od ust. § 22 UmwG se takto věřitelům poskytuje nárok na jistotu již před zápisem fúze. Původní úprava ust. § 122 odst. 1 UmwG nerozlišovala podle práva, kterému nositel práv

<sup>408</sup> Například zahraniční notář ručí jen omezeně, tak Lutter, *Umwandlungsgesetz*, 3. Auflage, 2004, § 6 odst. 8.

<sup>409</sup> Tak OLG Stuttgart in DB 2000, 1218; LG Augsburg in DB 1996, 1666.

<sup>410</sup> BGBl. I 2007, 542.

<sup>411</sup> Haritzl, D., Wolff, B.v.: Internationalisierung des deutschen Umwandlungsrechts-Zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, *GmbHR* 2006, str. 340; Kallmeyrl, H., Kappes, S.: Grenzüberschreitende Verschmelzung und Spaltung nach SEVIC Systems und der EU-Verschmelzungsrichtlinie, *AG* 2006, Vetter, J.: Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im UmwG?, *AG* 2006, 613, 616.

<sup>412</sup> Vetter, J.: Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im UmwG?, *AG* 2006, 613.

<sup>413</sup> Vetter, J.: Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im UmwG?, *AG* 2006, 613.

<sup>414</sup> Tak čl. 9 směrnice 2005/56/ES.

a povinností podléhá. Byla však kritizována z důvodu, že není třeba tak dalekosáhlé ochrany, pokud cílový právní subjekt podléhá německému právu.<sup>415</sup>

Podle doporučení právního výboru je třeba formulaci ustanovení § 122j odst. 1 UmwG upravit v tom směru, že poskytnutí jistoty je nutné jen pro ten případ, že přejímající právní subjekt nepodléhá německému právu.<sup>416</sup>

Teprve s platností druhé novely UmwG<sup>417</sup> mohou německé společnosti na zajištěném právním základě fúzovat přes hranice, aniž by byly závislé na obtížných a drahých pomocných právních konstrukcích.<sup>418</sup> Avšak novela UmwG vzbudila i kritické ohlasy, podle kterých tento zákon neobsahuje jak dostatečnou úpravu spolurozhodování zaměstnanců (*AN-Mitbestimmung*),<sup>419</sup> tak mlčí i k otázkám zdanění.<sup>420</sup>

Dále nová úprava také neodpovídá aktuální judikatuře Soudního dvora ve věci „Sevic“, podle které by UmwG měl evidovat i přeshraniční rozdělení.<sup>421</sup>

#### Díl 4 Odštěpné závody (*Zweigniederlassungen*)

České právo vyžaduje zápis odštěpného závodu v obchodním rejstříku v ust. § 7 odst. 1 ObchZ. Česká úprava ObchZ stanoví ve svém ust. § 7 odst. 1: „*Odštěpný závod je organizační složka podniku, která je jako odštěpný závod zapsána v obchodním rejstříku.*“

To, že odštěpný závod musí být zapsán do obchodního rejstříku má za následek, že ho může zřídit pouze ten podnikatel, který je sám do obchodního rejstříku zapsán nebo alespoň současně s odštěpným závodem zapisován. Zápis odštěpného závodu do obchodního rejstříku se provádí podle sídla, místa podnikání nebo bydliště podnikatele.

Do obchodního rejstříku se jiné organizační složky než odštěpný závod nezapisují. Obchodní zákoník však stanoví výjimku v ust. § 21 odst. 4 ObchZ, pokud jde o organizační složku zahraniční osoby, která podniká na území České republiky.<sup>422</sup>

Německé právo upravuje povinnost zveřejnění odštěpných závodů v obchodním rejstříku jednotně v ust. §§ 13-13 g HGB.<sup>423</sup> Ustanovení §§ 13-13 g HGB upravuje otázky rejstříkového nakládání s odštěpnými závody, hmotněprávní otázky se zde však neřeší. Pojem odštěpného

<sup>415</sup> Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 2006, 737, 747; Bayer, W., Schmidt, J.: Der Regierungsentwurf zur Änderung des Umwandlungsgesetzes NZG, 2006, str. 841, 843.

<sup>416</sup> Tak i Heckschen, H.: Seminarunterlagen Fachanwaltslehrgang, str. 158.

<sup>417</sup> Zákon z 25. 4. 2007, BGBl. I 2007, 542.

<sup>418</sup> Süß, R., Wachter, T.: Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, § 1 odst. 150, Müller, H.-F.: Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums, NZG, 2006, str. 286, 290; Louven, C.: Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie - Anmerkungen aus der Praxis zum RegE eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG vom 9.8.2006, ZIP 2006, str. 2021, 2028.

<sup>419</sup> Müller, H.-F.: Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums Müller, NZG 2006, 286, 290.

<sup>420</sup> Haritzl, D., Wolff, B.v.: Internationalisierung des deutschen Umwandlungsrechts-Zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, GmbHR 2006, str. 340, 344; Müller, H.-F.: Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums, NZG 2006, 286, 289.

<sup>421</sup> Tak Louven ZIP 2006, 2021, 2028.

<sup>422</sup> Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kolektiv: Obchodní zákoník, komentář, 12. vydání, 2009, § 7.

<sup>423</sup> Novela HGB zákonem z 22.7.1993 BGBl. I, 1282 k provedení 11. Směrnice č. 89/666 EHS o publicitě poboček vytvořených v členských státech některými formami společností řídicími se právem jiného členského státu.



závodu (*Zweigniederlassung*) v německém obchodním zákonu (HGB) definován není, také pojmy „hlavní sídlo“ a „sídlo“ nejsou v německé zákonné úpravě definované.

Avšak převládající německá doktrína chápe odštěpný závod jako prostorově a organizačně natrvalo oddělenou, rozsáhle samostatná část podniku s vedoucím, který je ve vnitřním vztahu vázán pokyny, který vede obchod dalekosáhle samostatně. Přitom odpovídá tento obchod pravidelně předmětu obchodní živnosti hlavního sídla (závodu).<sup>424</sup>

11. směrnice<sup>425</sup> pro pojem odštěpného závodu definici nemá. Evropské právo chápe odštěpný závod jako právně nesamostatnou, prostorově a organizačně oddělenou část podniku. Srovnatelný je zde německý obchodněprávní pojem.<sup>426</sup>

Každý obchodní závod může mít zásadně jen jedno hlavní sídlo, je však možné mít libovolný počet odštěpných závodů. Německá zákonná ustanovení používají pojem „*Zweigniederlassung*“ jak pro hlavní sídlo, tak i pro odštěpný závod.

Protože odštěpný závod je jen část podniku, tak mu v německém právním smyslu chybí vlastní právní způsobilost. Odštěpný závod není způsobilý jak k insolvenčnímu řízení, tak k zápisu do katastru nemovitostí.<sup>427</sup> Německé právo vylučuje, aby se odštěpný závod podílel na jiných společnostech, nemůže například být zapsán jako komandatista do obchodního rejstříku.

Avšak odštěpný závod se může účastnit pod svou firmou právního styku, mateřská společnost může žalovat a být žalovaná pod firmou svého odštěpného závodu.<sup>428</sup>

Zákonem EHUG bylo německé právo odštěpných závodů upraveno v tom směru, že zápis odštěpného závodu je možný u soudu hlavního závodu (sídla), (ust. § 13 odst. 1 HGB).

Nahlášení a zápis zahraničního odštěpného závodu podniku s hlavním závodem ve vnitrozemí není přípustný, v tomto případě se přihlašuje u zahraničního úřadu příslušného pro odštěpný závod.<sup>429</sup>

Opačně pokud se hlavní sídlo právnické osoby nachází v zahraničí, tak se všechna ohlášení a zápisy týkající se tuzemských (německých) odštěpných závodů konají u soudu, v jehož obvodě se odštěpný závod nachází (srovn. ust. § 13 d odst. 1 HGB).

Rejstříkové právo zachází s tuzemským (německým) odštěpným závodem zahraničního podniku jako s hlavním závodem tuzemského podniku.<sup>430</sup> Z toho vyplývá, že soud odštěpného závodu zkoumá všechny skutečnosti rozhodné pro zápis sám a tímto postupuje jinak než v případě ust. § 13 HGB, tedy v případě odštěpných závodů tuzemských (německých) podniků. A to z toho

<sup>424</sup> Westphalen, F. Graf, v., Röhrich, V.: HGB-Kommentar, Verlag Dr. Otto Schmidt, 3. Auflage, Köln 2008, § 13 odst. 4.

<sup>425</sup> 11. směrnice 21.12.1989 – 89/666 EWG.

<sup>426</sup> Seibert, U.: Die Umsetzung der Zweigniederlassungs-Richtlinie der EG in deutsches Recht, GmbHR 1992, str. 738 odst. 5, podle kterého brała Komise zřetel na ESD 22.11.1978, ve věci č. 33/78.

<sup>427</sup> Koller, J., Roth, W.-H., Morck, W., Handelsgesetzbuch Kommentar, Verlag C.H. Beck, München, 1996 § 13 odst. 10.

<sup>428</sup> BGH z 24.11.1951 –II ZR 25/51, BGHZ 4, 62,65.

<sup>429</sup> LG Köln, 19.1.1979, 29 T 1/79, DB 1979, 984.

<sup>430</sup> Srov. BayObLG z 21.10.1985, 3 ZBR 48/85, Rpfleger 1986, 111.

důvodu, že zahraniční podnik dosud v žádném tuzemském rejstříku nebyl registrován a tímto ještě nebyl rejstříkovým soudem zkoumán.<sup>431</sup> Soud zjišťuje, jestli odštěpný závod byl skutečně zřízen a jestli je daná odlišnost obchodního jména od jiných společností v SRN podle ust. § 30 HGB a přípustnost firmy podle německého práva. Aplikuje se zde tedy německé právo veřejné, a to rejstříkové právo.<sup>432</sup> Pokud příslušné zahraniční právo stanoví přísnější formální předpisy aplikují se tyto předpisy zahraničního práva (§ 13 d odst. 3 HGB). Avšak ust. § 13d je norma hmotného práva, nikoliv kolizní ustanovení.<sup>433</sup> Z takového nakládání s obchodními společnostmi se dá dovodit formálně nerovné zacházení s cizími společnostmi, při čemž ust. § 13d HGB nerozlišuje mezi cizími podniky z oblastí EU a dalšími cizími podniky, ale hovoří jen o obchodních společnostech nebo právnických osobách ze zahraničí. Německá literatura v tomto nerovném zacházení nevidí konflikt s úpravou čl. 43 a 48 SES.<sup>434</sup>

11. směrnice byla transformována ust. §§ 13d až 13g HGB do německého práva. Avšak jen ustanoveními týkajícími se tuzemských odštěpných závodů zahraničních kapitálových společností, to znamená, že by tyto společnosti musely odpovídat německým AG, GmbH nebo KGaA (v českém případě s.r.o. a nebo k.s. na akcie).

Zahraníční právnické osoby a obchodní společnosti je nutno definovat případně substitucí (§§1 a násl. HGB), zde záleží na tom, zda se jedná o srovnatelné právní formy společností.

Soud, v jehož obvodě má odštěpný závod své sídlo, je mezinárodně a místně příslušný pro přihlášení a zápisy které se vztahují k odštěpnému závodu, i pokud je odštěpný závod vlastně jediným skutečným sídlem. Podle ust. § 14 HGB existuje povinnost přihlášení.<sup>435</sup> Pokud má tentýž podnik více odštěpných závodů, jsou všechny dotyčné soudy (každý sám) mezinárodně a místně příslušné (ust. § 13 e odst. 5 HGB).<sup>436</sup> Soud příslušný pro odštěpný závod zkoumá přihlášení ve formálním a hmotném rozsahu bez omezení. Obsah a hranice zkoumání rejstříkového soudu ujasnil BayObLG ve svém rozsudku v roce 1986.<sup>437</sup>

Sporné je, jestli rejstříkový soud může žádat, aby byl zapsán zahraniční dodatek k právní formě (např. „Limited“).<sup>438</sup> Dobrovolně je takové konání možné. Zbytečný je dodatek „ ... Ltd. GmbH

<sup>431</sup> BayObLGZ 1986, 351 BayObLG z 18.9.1986, 3 ZBR 96/86.

<sup>432</sup> BayObLG 12.7.1973, ZBR 31/73, BayObLGZ 1973, 205.

<sup>433</sup> Westphalen, F. Graf v., Röhricht, V.: HGB-Kommentar, Verlag Dr.Otto Schmidt. 3. Auflage, Köln 2008, § 13 d odst. 3.

<sup>434</sup> Tak Westphalen, F. Graf v., Röhricht, V.: HGB-Kommentar, Verlag Dr.Otto Schmidt. 3. Auflage, Köln 2008, § 13 d odst. 4 s odkazem na NZG 2006, 662 a EuZW 1985, 177, ESD z 14.2.1995.

<sup>435</sup> BGH 14.3.2005= II ZR 5/03, NZG 2005, 508, OLG Zweibrücken z 26.3.2003-3 W 21/03.

<sup>436</sup> OLG Schleswig 11.7.2007 – 2 W 143/07, NZG 2007, 915.

<sup>437</sup> BayObLG 18.9.1986-3 ZBR 96/86, BayObLGZ 1986, 351, 355 a násl.

<sup>438</sup> Westphalen, F. Graf v., Röhricht, V.: HGB-Kommentar, Verlag Dr.Otto Schmidt. 3. Auflage, Köln 2008, § 13 d odst. 14.

dle anglického práva“.<sup>439</sup> Jiná je situace, pokud hrozí nebezpečí záměny s tuzemskou právní formou.<sup>440</sup>

Ustanovení § 13e HGB upravuje pro odštěpné závody akciových společností a společností s ručením omezeným se sídlem v zahraničí dodatečné předpisy k ust. § 13d HGB. Zda se jedná o srovnatelnou zahraniční právní formu, se řídí odchylně od ust. § 13d odst. 1 HGB podle norem ES, na kterých tento předpis spočívá.<sup>441</sup> Podle toho jsou zahraniční kapitálové společnosti všechny společnosti uvedené ve 12. směrnici<sup>442</sup>, 11. směrnici<sup>443</sup> a 1. směrnici<sup>444</sup>.

V případě společností z třetích států (mimo EU) se používá předně komunitární právo, například 11. směrnice. Pokud existují pochybnosti, jestli se jedná o GmbH, anebo AG, rozhoduje se ve prospěch AG. Pro společnosti se sídlem mimo EU se v přihlášení zapisuje i právo, které je pro společnost rozhodující (ust. § 13e odst. 2 věta 4. č. 4 HGB). Ustanovení § 13f HGB stanoví pro akciové společnosti se sídlem v zahraničí a ust. § 13g HGB pro společnosti s ručením omezeným dodatečné požadavky týkající se dokumentů nutných pro přihlášení u rejstříkového soudu, jako například předložení veřejně ověřených stanov (případně ověřeného překladu) nebo společenské smlouvy nebo nutnost ohlášení změn stanov nebo společenské smlouvy (§ 13f odst. 4, § 13g odst. 4 HGB). V případě společnosti s ručením omezeným vyžaduje ust. § 13 odst. 2 věta 3. HGB dodatečně poskytnutí informací podle ust. § 5 odst. 4 GmbHG týkajících se údajů o nepeněžitých vkladech, tedy předmět nepeněžitého vkladu a částka kmenového vkladu, na který se nepeněžitý vklad vztahuje. Ustanovení § 13g odst. 2 věta 3. HGB upravuje tzv. výhradu (*Vorbehaltsklausel*) zahraničního práva, která zabraňuje rejstříkovému soudu zasahovat do struktury podniku, zahraničním právem. Tímto je nutné odchylovat se od německých požadavků, pokud zahraniční společnost určitým požadavkům nemůže vyhovět. Ale i v tom případě, ve kterém by zahraniční společnost mohla vyhovět požadavkům změnou organizační struktury, nesmí být vykonáván tlak na přizpůsobení se ze strany rejstříkového soudu.<sup>445</sup>

<sup>439</sup> Baumbach, A., Hopt, K.J., Merkt, H.: *Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)*, Verlag C.H. Beck, 33. Auflage, München 2008, § 19 odst. 42; Wachter, T.: *Aktuelle Probleme bei der Ltd.& Co.KG, GmbHR*, 2006, str. 81 GmbHR 2006, 81; Wachter, T.: *Handelsregisteranmeldung der inländischen Zweigniederlassung einer englischen Private Limited Company*, NotBZ 2004, 45.

<sup>440</sup> Müncher Kommentar HGB, Heidinger, Vor § 17 odst. 98.

<sup>441</sup> BT Drucksache 12/3908, str. 15, Kindler, P.: *Neue Offenlegungspflichten für Zweigniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften*, NJW 1993, str. 3301, 3303.

<sup>442</sup> 12. směrnice č. 89/667/EHS z 21.12.1989 o společnostech s ručením omezeným o jednom společníkovi.

<sup>443</sup> 11. směrnice 89/666/EHS z 21.12.1989 o publicitě poboček vytvořených v členských státech některými formami společností řídicími se právem jiného členského státu.

<sup>444</sup> 1. směrnice č. 68/151/EHS z 9.3.1968 o publicitě, závazcích a neplatnosti společností modifikovaná směrnice č. 2008/58/ES.

<sup>445</sup> Srov. BayObLG z 18.9.1986-3 ZBR 96/86, BayObLGZ 1986, 351, 356.

## Část V. Funkce mezinárodního práva soukromého v oblasti přeshraničního přemístění sídla obchodních společností

### Díl 1 Kolizní úprava v České republice

K řešení kolize právních řádů slouží mezinárodní právo soukromé, tzn. kolizní normy, které jsou součástí národního práva. V kolizních normách stát formuluje pravidla, na jejichž základě připouští použití cizího práva na svém území nebo souhlasí s použitím svého práva na cizím území a umožňuje určení konkrétního právního řádu, který má být v dané věci použit (například pravidla pro uznání zahraničních osob). Kolizní normy dále určují, který právní řád se aplikuje na určitý právní vztah. V konkrétním případě jde především o určení osobního statutu zahraniční osoby-*lex societatis*, to znamená, jakým právním řádem se právnická osoba působící na českém území bude řídit. Nejde přitom o hranice mezi osobou českou a zahraniční, ale o právní režim právnické osoby v konkrétních vztazích. Navázáním osobního statutu společnosti se rozumí určení právního řádu rozhodného pro posouzení otázek vzniku společnosti, její právní povahy, způsobilosti včetně jednatelešského oprávnění, vnitřních vztahů a zčásti i vnějších vztahů.<sup>446</sup>

Zde platí ust. § 22 ObchZ jako základní ustanovení českého kolizního práva.<sup>447</sup> Tato norma stanoví: „*Právní způsobilost, kterou má jiná než fyzická zahraniční osoba podle právního řádu, podle něhož byla založena, má rovněž v oblasti českého právního řádu. Právním řádem, podle něhož byla tato osoba založena, se řídí i její vnitřní právní poměry a ručení členů nebo společníků za její závazky.*“

Ust. § 22 ObchZ doplňuje znění ust. § 3 MPSaP (zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním), který stanoví, že způsobilost osoby k právům a povinnostem se řídí právním řádem státu, jehož je příslušníkem.

V literatuře je tato terminologie sporná vzhledem k otázce, zda je ustanovení myšleno i pro právnické osoby. Zde si odporují příznivci výkladu ustanovení s platností pouze pro „fyzické osoby“ a příznivci výkladu termínu „osoby“ vztahujícího se i na právnické osoby. I přes neutrálně formulovaný § 3 MPSaP je nutné tento spor rozhodnout. Vzhledem k tomu, že k vymezení tohoto pojmu při rozlišování na fyzické a právnické osoby dochází v jiných zákonech, lze dospět k závěru, že toto ustanovení neobsahuje vlastní kolizní normu.<sup>448</sup>

Z terminologických a systematických důvodů a s ohledem na to, že ze samotného ust. § 3 odst. 1 MPSaP rozhodné právo není možné vyčíst, zbývá možnost použít ust. § 22 ObchZ per analogiam.<sup>449</sup> Návrh nového zákona o mezinárodním právu soukromém a procesním jasně a obecně uvádí, že: „*právní způsobilost právnické osoby a jiné než fyzické osoby se řídí právním řádem, podle něhož vznikla...*“<sup>450</sup> Tím že určení osobního statutu patří systematicky do předpisu o mezinárodním právu soukromém, zůstane tímto ustanovením inkorporační princip v českém právu zachován.

<sup>446</sup> Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Praha: Karolinum, 1998, str. 28.

<sup>447</sup> Pauknerová, M.: K novému vývoji v českém právu a v právu Evropských společenství, Právník 3/2002, str. 324.

<sup>448</sup> Chobola, T.: Svoboda usazování zahraničních společností v právu ČR, Právní rozhledy, číslo 16/2004, str. 602.

<sup>449</sup> Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Praha 1998, str. 157.

<sup>450</sup> Srov. Pauknerová, M.: Právo ES a jeho vliv na kolizní úpravu obchodních společností v českém právu, ve Šturma, P., Ondřej, J. (eds.) Aspekty podnikání v EU a ochrana lidských práv, Sborník č. 34, str. 217.

S ohledem na význam § 22 ObchZ jako kolizní normy je zde nutno upozornit na terminologickou nejednotnost s ust. § 21 ObchZ. Ustanovení § 21 ObchZ ve svém odst. 2 hovoří o „zahraniční osobě“ tak, že touto je buď fyzická osoba s bydlištěm, nebo právnická osoba se sídlem mimo území České republiky. Spolu s vymezením tuzemských (českých) osob tyto zákonné definice představují uzavřený výčet, který nepřipouští existenci jiné formy (*tertium non datur*).<sup>451</sup>

Oproti ust. § 21 odst. 2 ObchZ, který se jeví jako příliš tuzemsky orientovaný, termín obsažený v ust. § 22 ObchZ reflektuje různorodost jiných právních řádů a jejich přístupu k vymezení právních subjektů.<sup>452</sup> Důkaz takového výkladu terminologie je možno nalézt v tom, že ust. § 22 ObchZ dovoluje určit osobní statut entit, které disponují pouze omezenou mírou právní subjektivity. K takovým právním entitám se dají počítat např. německá obdoba veřejné obchodní společnosti (OHG) nebo anglické *partnership*, které nejsou dle právního řádu inkorporace nadány právní způsobilostí, ale jsou subjekty některých práv a povinností včetně např. způsobilostí být účastníkem soudních řízení.<sup>453</sup>

## Díl 2 Právnické osoby a kolizní normy v německém IPR

Kodifikace mezinárodního práva soukromého v SRN (*Internationales Privatrecht-IPR*), kterou nacházíme v zákonu EGBGB (čl. 3 až 46 EGBGB), byla dlouhá léta považována za ukončenou. Dosud chybějící úprava, týkající se smluvního práva a věcného práva, je dalekosáhle upravena v Nařízení Řím I a Nařízení Řím II.<sup>454</sup> Článek 3 odst. 1 věta 1 EGBGB stanoví, že úpravy v mezinárodních smlouvách jsou prioritní před předpisy zákona EGBGB. Právní akty Evropského společenství nejsou úpravou EGBGB dotčeny. Tímto svědčí čl. 3 odst. 1 věta 1 EGBGB o euronovelizaci IPR.<sup>455</sup> Německé IPR stanoví v čl. 7 odst. 1 EGBGB pro fyzické osoby, že právní způsobilost k právům a obchodům (právním úkonům) podléhá právu státu, ke kterému osoba přísluší. To znamená, že rozhodný je osobní statut této osoby, zásadně tedy právo původu (*Heimatrecht*). Právnické osoby v tomto článku upraveny nebyly a nejsou.<sup>456</sup> Německé kolizní právo zde odkazuje na osobní statut společnosti.<sup>457</sup>

Úprava IPR zákonem IPRG 1986 neobsahuje kolizní normy týkající se právnických osob.<sup>458</sup> Určení právního řádu rozhodného pro právnické osoby (osobní statut) bylo přenecháno judikatuře a literatuře.<sup>459</sup> Odborná literatura pouze odkazuje na známé principy sídla a inkorporace.

<sup>451</sup> Tak Chobola, T.: Svoboda usazování zahraničních společností v právu ČR, *Právní rozhledy*, č. 16/2004, str. 602.

<sup>452</sup> Obdobně Pelikánová, I.: *Komentář k Obchodnímu zákoníku*, 1. část, 3. vydání, Praha 2003, str. 248.

<sup>453</sup> Srov. z české literatury, Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: *Obchodní zákoník, Komentář*, 8. vydání, Praha, C. H. Beck, 2003, Zunt, V. str. 62-64.

<sup>454</sup> Palandt, *Einführung EGBGB (IPR)* 67. vydání, 2008, Verlag C.H.Beck, Einleitung v EGBGB 3.

<sup>455</sup> Srov. Palandt, čl. 12 odst. 6 Anhang.

<sup>456</sup> Palandt, *EGBGB (IPR)* 67. vydání, 2008, Verlag C.H.Beck., EGBGB 7 odst. 1.

<sup>457</sup> Srov. Palandt, EGBGB 12 odst. 10, dále i Schmidt, *RIW* 2005, §29.

<sup>458</sup> Palandt, Anhang k čl. 12 odst. 1.

<sup>459</sup> V této souvislosti vyvstává také otázka, zdali SES poskytuje kompetenci pro evropskou (jednotnou) úpravu mezinárodního práva soukromého. Vedle základní normy v čl. 95 SES, která víceméně představuje kompetenční úpravu pro přízpůsobování věcných předpisů, přichází v úvahu i čl. 65 písm. b) SES jako kompetenční předpis. Článek 95 odst. 1 SES upravuje: „*Odchylně od článku 94 a není-li v této smlouvě stanoveno jinak, použijí se k dosažení cílů uvedených v článku 14 následující ustanovení. Rada postupem podle článku 251 ... přijímá opatření ke sblížení ustanovení právních a správních předpisů členských států, jejichž účelem je vytvoření a*

Oproti výslovnému či mlčky projevenému uznání v kolizněprávním smyslu, které umožňuje právnické osobě existovat jakožto fikce v rámci tuzemského práva,<sup>460</sup> je německý systém postaven na tzv. automatickém uznání „*ipso iure*“, což znamená, že o existenci a činnosti zahraniční společnosti rozhoduje její osobní statut (odkaz německého kolizního práva).<sup>461</sup> Avšak kodifikace německého IPR stále ještě není ukončená. Již od ledna 2008 existuje návrh zákona mezinárodního práva společností (*Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen*).<sup>462</sup> Návrh zákona navazuje na přípravné práce Speciální komise (Mezinárodní právo společností) a Německé rady pro mezinárodní právo soukromé.<sup>463</sup> Návrh odpovídá požadavkům rozhodnutí Soudního dvora a zakotvuje inkorporační princip v německém právu.<sup>464</sup> Odůvodnění návrhu odkazuje již na rozhodnutí BGH,<sup>465</sup> k aktuálnímu stavu mezinárodního práva společností, které dnes spočívá na rozštěpených kolizních kritériích.<sup>466</sup>

### Díl 3 Mezinárodní právo obchodních společností

Koncepce mezinárodního práva společností v autonomních úpravách členských států EU se liší v tom smyslu, že jedna skupina formuluje všestranné kolizní normy a zachází s tuzemskými a zahraničními společnostmi dle určeného práva. To je například německý, ale i italský a švýcarský pohled.

Druhá skupina stanoví jednostrannou aplikovatelnost vlastního práva a definuje pro společnosti, které byly založené dle práva jiného státu, předpoklady pro uznání. To dokumentuje například francouzský pohled.<sup>467</sup> (Český pohled je uveden výše.)

Ale i zde jsou nutná kritéria pro aplikovatelnost zahraničního práva, protože způsobilost k uznání předpokládá, že společnost byla založena dle práva použitelného ve státě uznání.

Z reakcí na judikaturu ESD ke svobodě usazování společností, která umožňuje společností jednoho státu EU organizovat se dle práva společností jiného státu, je poznatelná tendence nedotknout se kolizních norem mezinárodního práva společností.

---

*fungování vnitřního trhu.*“ Z výrazu „podpora slučitelnosti“ kolizního práva v čl. 65 písm. b) SES lze dovodit kompetenci pro vytváření stejných nebo jednotných kolizních norem. Kompetence komunitárního práva nezahrnuje jen tvorbu právních norem pro případy, vztahující se k vnitřnímu trhu, a kolizní úpravu v MPS pro vnitřní trh, nýbrž rozsáhlou kolizně právní úpravu včetně vztahů ke třetím státům.

<sup>460</sup> Srov. Drobny, U.: *Gemeinschaftsrecht und internationales Gesellschaftsrecht*, „Daily Mail“ und die Folgen, in Bar, Ch., v. (Hrsg.) *Europäisches Gemeinschaftsrecht und internationales Privatrecht*, Köln 1990, str. 189.

<sup>461</sup> Srov. Großfeld, B.: *Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen*, RBZ 1967, str. 8, 10, 14.

<sup>462</sup> RefE eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen ze 7.1.2008, ([http://www.bmj.bund.de/files/-/2751/RefEGesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen.pdf](http://www.bmj.bund.de/files/-/2751/RefEGesetz%20zum%20Internationalen%20Privatrecht%20der%20Gesellschaften,%20Vereine%20und%20juristischen%20Personen.pdf)).

<sup>463</sup> Srov. Sonnenberger, H.J.: (Hrsg.), *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2007.

<sup>464</sup> Srov. Odůvodnění RefE, str. 5.

<sup>465</sup> BGH, Urteil v. 14.3.2005-II ZR 5/03, NJW 2005, 1648 a násl.

<sup>466</sup> Srov. Palandt, Anhang zu EGBGB 12 odst. 9.

<sup>467</sup> Sonnenberger, *Vorschläge zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, str. 5.

Rozšířeně je zastoupen názor koncentrovat se na hmotné právo společností a přetvořit ho v té míře a k atraktivitě, aby zakladatelům byla poskytnuta možnost založit společnost podle práva, které řeší otázky práva společností nebo v jehož oblasti působnosti má společnost skutečné těžiště své existence. Pro tento případ právní řády, které dosud následují princip sídla, setrvávají nadále u navazování podle efektivního sídla správy.<sup>468</sup>

Z této myšlenky ale vyplývají otázky, do jaké míry jsou návrhy reformy práva společností, týkající se jen obsahu hmotného práva, dostatečné.

Atraktivní možnosti hmotného práva společností, vyvolávající zájem zakládat společnosti dle zahraničního práva s úmyslem budoucí aktivity v tuzemsku, neodpovídají na otázku, jak zacházet s tou okolností, že by společnosti nadále využívaly možnosti, které jim poskytuje zahraniční právo společností.

Dále je nutné si uvědomit, že mezinárodní právo soukromé (v SRN - IPR) může řešit otázky a být v první řadě aplikovatelné jen v tom rozměru, který neodporuje dané svobodě usazování. Tento pohled zdůrazňují již rozsudky ESD ve věcech *Centros*, *Überseering* a *Inspire Art*. Kolizně právní otázky aplikovatelného práva se vyskytují v těch případech, ve kterých zahraniční společnost činí právní akty v tuzemsku a vyvstává nutnost zhodnocení její právní a obchodní způsobilosti. V těchto případech nepomůže ani atraktivita hmotného práva společností. Spíše je nutné určit statut společnosti. Již s ohledem na požadavek jistoty, nutné pro plánované založení společnosti a její následné aktivity, je nezbytné provádět určování aplikovatelného práva na normativně jednoznačném základě, který respektuje záruku svobody usazování.

Z toho vyplývá jeden ze základních úkolů zákonodárce. V oblasti práva společností i MPS/IPR normuje zákonodárce navazování, které je slučitelné se svobodou usazování.

Pro případ, že by se jednotlivé společensko-právní aspekty odchylovaly a svobodě usazování bránily či ji dokonce znemožňovaly, musí zákonodárce najít způsob navazování, který je slučitelný s komunitárním právem.

## **Oddíl 1      Kolizně právní účinky čl. 43 a čl. 48 SES**

Zástupci jedné pozice argumentují, že čl. 48 odst. 1 SES představuje kolizní normu určující, že svoboda usazování platí pro společnosti založené dle předpisů jednoho členského státu se statutárním sídlem či skutečným sídlem na území ES.<sup>469</sup>

Článek 48 odst. 1 SES a čl. 43 SES mají speciální význam v komunitárním právu. Jsou považovány za „skrytou kolizní normu“ mezinárodního práva společností.<sup>470</sup>

<sup>468</sup> Sonnenberger, H.J.: *Vorschläge zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, str. 5 a násl.

<sup>469</sup> Bar, Ch.v., *RabelsZ* 1988, 498; Großfeld in von Staudinger, J.: *Kommentar zum BGB mit EinführungsG u. Nebengesetzen, EGBGB-IPR Internat. GesR*, odst. 1200.

Problematická je již otázka, zda vůbec má čl. 48 odst. 1 SES bezprostřední účinky. Neobsahuje ani povinnost členských států k jednání, ani neposkytuje subjektivní práva. Úkol čl. 48 SES spočívá jen v tom, upřesnit okruh osob chráněných čl. 43 SES, to znamená rozšířit osobní aplikační oblast.

Společnosti je zde nutno porovnat s fyzickými osobami. Bezprostřední aplikovatelnost vyplývá ze spolupůsobení čl. 43 SES. Protože tato norma je bezprostředně aplikovatelná, totéž musí platit i pro čl. 48 SES. Jinak by aplikační oblast čl. 43 SES byla rozdělena.

Tento pohled byl potvrzen Soudním dvorem v jeho rozsudku ve věci *Daily Mail*. ESD uvedl: „*Svoboda usazování představuje mimo jiné základní předpis ES a příslušná ustanovení Smlouvy o ES jsou po uplynutí přechodného období bezprostředně aplikovatelná.*“ Tato ustanovení poskytují právo usazování v jiném členském státě nejen občanům ES, ale skrze čl. 48 SES také společností.

Za první předpoklad aplikace čl. 48 SES považovala část nauky alternativní odkázání věcného pravidla právu společností členských států. Tato norma představuje určovací hmotně právní normu. Tím se rozumí hmotně právní ustanovení, které vlastní místní aplikační oblast samo určuje.<sup>471</sup> S tím se dá souhlasit, přičemž lze zjistit, že se zde odkazuje na aplikační oblast předpisu a tím chybí samostatný vnitřní obsah.

Dále je stanoveno, které právnické osoby se mohou odvolat na svobodu usazování. Nejedná se ale o obsah svobody usazování, to znamená například o to, které právo je aplikovatelné při přemístění sídla. Následuje-li se takový výklad a odkazuje-li se na věcné právo, tak nejde o rozhodování mezi inkorporačním principem a principem sídla.

Dá se konstatovat, že čl. 48 odst. 1 SES obsahuje vlastní kolizní normu s tím, že předpis stanoví vlastní aplikační oblast.<sup>472</sup>

## Oddíl 2      Zájem o úpravu mezinárodního práva společností

Analýza judikatury ESD zdůrazňuje zájem o úpravu mezinárodního práva společností v EU. To vyplývá zřetelně především z evropských prostředků normotvorby a dále z tendencí týkajících se směrnic vypracovaných v minulých letech, například 10. a 14. směrnice.

Zda směrnice představují vhodný prostředek pro avizované účely, zůstává pochybné. S přihlédnutím k okolnosti, že směrnice zadávají jen cíl opatření a cestu provedení, přenechávají tímto podrobnou úpravu jednotlivým členským státům. Tím nadále trvá nebezpečí kolizně právních mnohoznačností a udržení různých variant výkladu nebo vzniku nových výkladů.

Z toho vyplývá úvaha dát ve smyslu stejnorodosti kolizně právních konceptů uvnitř EU přednost nařízením. Takový postup vyhovuje okolnosti, že předpisy členských států *de lege lata* dalekosáhle

<sup>470</sup> Schmichels, D.: *Reichweite der Niederlassungsfreiheit*, Verlag Nomos, Baden-Baden 1995, pozn. 742.

<sup>471</sup> Kegel, Die selbstgerechte Sachnorm, in Jayme, E., Kegel, *Gedächtnisschrift für Ehrenzweig* str. 53.

<sup>472</sup> Sonnenberger, H. J.: *Europarecht und Internationales Privatrecht*, *ZvglRWiss* 1996, 3, píše o jednostranné aplikaci práva, podobné ustanovení v sekundárním právu čl. 12 EWIVVO, čl. 7 odst. 5 FusionskontrollVO, čl. 85 odst. 2 SES, *EuZW* 2000, str. 437.



přihlíží k záruce svobody usazování v tom smyslu, že společnosti založené podle jejich práva mají prospěch z tohoto práva i v jiných členských státech, je-li tam rozhodováno o záležitostech společnosti před soudem.

Mimo určité výhodné evropské úpravy jednotného kolizního práva favorizuje Německá rada primárně německou úpravu korespondující s evropskými požadavky vyplývajícími z judikatury ESD ke svobodě usazování. Právě tato judikatura a její vliv na autonomní kolizní normy mezinárodního práva společností byly považovány za příležitost k obnově právní a plánovací jistoty v zájmu společností.

S cílem zvýšení atraktivity SRN jako země pro přistěhování a založení společností se vychází z toho, že atraktivita vyplývá z věcného práva. Ale i z důvodu, že německá věcná úprava může mít příkladný charakter pro pozdější evropskou úpravu.

I nadále existuje otázka, zda se má preferovat jednotné kolizně právní nakládání se společnostmi z EU a společnostmi ze třetích států, anebo rozdílné řešení. Takové řešení by mělo za následek nakládání se společnostmi z EU dle principu sídla a inkorporačního principu, zatímco u společností ze třetích států v jednotlivých členských státech podle dominantní autonomní úpravy, anebo mezinárodní úpravy - podle mezinárodního navázání zůstává buď u nakládání dle principu sídla, anebo dle inkorporačního principu. Vychází-li se z hypotézy, že zájem o použití práva třetích zemí zásadně není jiný než u společností ze států EU, doporučuje se preferovat jednotné řešení pro mezinárodní právo společností.<sup>473</sup>

## **Část VI. Vliv mezinárodních smluv na svobodu usazování**

### **Díl 1 Uznávání právní subjektivity obchodních společností**

Uznávání právní subjektivity zahraničních společností bylo předmětem minulých úmluv a dohod počínaje Haagskou úmluvou o uznávání právní způsobilosti zahraničních společností, asociací a nadací, uzavřenou na konferenci mezinárodního práva soukromého 1. června 1956. Na této konferenci participovali budoucí členové Evropského hospodářského společenství. Úmluva do dnešního dne nevstoupila v platnost. Kromě Španělska, které úmluvu podepsalo, ale neratifikovalo, byla úmluva podepsána a ratifikována Belgií, Nizozemskem, Francií a Lucemburskem.

Mezitím se úmluva dostala do rozporu s čl. 48 SES. Rozpor se důrazně ukázal v tom směru, že úmluva sice ukládá automatické uznání společností založených v souladu s právem členského státu, které mají na území členského státu své statutární sídlo, ale umožňuje současně státu, který vychází z principu sídla, aby neuznal společnost inkorporovanou v jiném smluvním státě, jestliže sídlo společnosti by bylo na jeho území nebo na území jiného státu, který rovněž přijal princip

<sup>473</sup> Sonnenberger, H.J.: Vorschläge zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, str. 19.

sídla. Pro tento ústupek principu sídla se v současné době již snížila míra akceptovatelnosti. Tak to potvrdila judikatura evropských soudů.

Úmluva o vzájemném uznávání společností a právnických osob byla podepsána 29. února 1968 v Bruselu.<sup>474</sup> Ani ta nevstoupila v platnost. Lze předpokládat, že tato úmluva nevstoupí v platnost z důvodu dostačujících ustanovení Římské smlouvy o založení EHS.

Pozorovatelné je, že na koncepci Bruselské úmluvy navazují další komunitární předpisy sekundárního práva.<sup>475</sup>

Bruselská úmluva připravovala pravidlo, podle kterého nastává uznání právnické osoby ze zákona, aniž je k tomu zapotřebí nějaký uznávací akt, pokud jsou splněny úmluvou stanovené podmínky.

Dále Bruselská úmluva vymezuje reálné sídlo v čl. 5 jako „místo, v němž se uskutečňuje centrální řízení“ společnosti. Jedná se tedy o inkorporační princip kombinovaný s principem sídla.

Podle čl. 9 nemusí členský stát aplikovat úmluvu, jestliže společnost má předmět podnikání nebo vykonává činnost, která je v rozporu s principy a pravidly, jež příslušný stát považuje za součást veřejného pořádku ve smyslu mezinárodního práva soukromého.

Bruselská úmluva uznává všechny společnosti občanského i obchodního práva včetně družstev, a to bez ohledu na to, zda jsou považovány za právnické osoby, nebo ne. Úmluva stanoví tři podmínky uznání. První je, že společnost je založena v souladu se zákonem některého členského státu ES. Za druhé, tento stát jí přiznává způsobilost být subjektem práv a závazků. A za třetí, sídlo společnosti (sídlo statutární) je v některém ze států ES.

Čl. 6 Bruselské úmluvy stanoví, že společnosti a právnické osoby mají způsobilost, která jim byla přiznána právním řádem země založení (inkorporační princip). Podle tohoto práva se řídí jejich osobní statut, jehož součástí je způsobilost. Stejný princip přebírá český obchodní zákoník v ust. § 22.

Cesta mezinárodních smluv v oblasti mezinárodního práva soukromého byla opuštěna ve prospěch přijímání nařízení přímo závazných, popřípadě interpretace ustanovení SES samé, kterou rozvíjí judikatura komunitárních soudů. Prameny komunitárního práva na úseku zde zkoumaném se tedy změnily a popsání úmluvy slouží spíše jako interpretační pomůcky.

Rozhodující význam pro uznání společnosti má v současné době čl. 48 SES ve spojení s čl. 43 SES. Čl. 48 odst. 1 SES navazuje na úmluvy a stanoví, že společnosti založené v souladu se zákonodárstvím členského státu a mající statutární sídlo, hlavní správu nebo hlavní závod uvnitř Společenství požívají výhody volného pohybu jako fyzické osoby, které jsou státními příslušníky některého členského státu (asimilace).<sup>476</sup> Z toho vyplývá, že komunitární právo musí zajistit možnost přemístění sídla společnosti z jednoho členského státu do druhého.

<sup>474</sup> Pauknerová, M.: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Praha: Karolinum, 1998, str. 64, text úmluvy; *Revue trimestrielle de droit européen*, 1968, str. 405.

<sup>475</sup> Nejedná se o platný pramen evropského práva, a proto úmluva nebyla publikována v úředním listě EU.

<sup>476</sup> Pelikánová, I.: *Obchodní právo*, ASPI, Praha 2005, str. 178.

Čl. 48 odst. 2 SES vymezuje pojem společnosti, který se zásadně liší od chápání obchodní společnosti v českém právu. Interpretace citovaného článku se opírá o stále větší počet soudních rozhodnutí. Ve spojení s principem volného pohybu osob zakotveným v čl. 43 SES je možno dovodit požadavek uznání společnosti jiným členským státem, jak to odpovídá principu inkorporačnímu.

Čl. 293 SES obsahuje výzvu vůči členským státům k jednáním směřujícím k zajištění mj. „vzájemného uznávání společností ve smyslu čl. 48 odst. 2, zachování právnické osoby v případě přemístění sídla z jedné země do druhé a možnosti fúzí společností řídicích se rozdílným zákonodárstvím.“ Jestliže by totiž čl. 43 a 48 SES byly dostatečné, nebylo by třeba výzvy k dalším jednáním. Z těchto pravidel a myšlenek vyplývá, že komunitární právo musí zajistit také možnost přemístění sídla společnosti z jednoho členského státu do druhého. Tato oblast ovšem zdůrazňuje problémy, se kterými se musí komunitární zákonodárce vypořádat. K tomuto problému zaujal ESD v rozhodnutí v kauze *Daily Mail* stanovisko, které je dále popsáno v Části VII, Díl 4, Oddíl 2 č. 4.

## Díl 2 Zvláštní úprava principu sídla

Již před aktuálními společensko-právními změnami a diskusemi, jakož i uvedením a implementací zákona k modernizaci GmbH práva (MoMiG) byly možné výjimky z principu sídla platného v SRN. Tyto výjimky byly využívány.

Nejdříve je zde třeba jmenovat důsledky (účinky) rozsudků Soudního dvora. Zde především rozsudky *Centros*, *Überseering* a *Inspire Art*, které změnily německé kolizní právo již do té míry, kdy při příchodu (přibytí) společností z EU-zahraničí fakticky platila zakládací teorie.<sup>477</sup> Potud zde byla svoboda usazování podle čl. 43 a 48 SES považována za předpoklad a přicházející společnost bylo třeba uznat. Tím záviselo přistěhování zahraniční společnosti v EU jenom na tom, zda také země původu odstěhování povolí.

Dále je třeba nejdříve jmenovat mezinárodní dohody, podle kterých platily výjimečné úpravy vůči principu sídla uplatňovanému v SRN. Příkladem se zde dá uvést Přátelská, obchodní a plavební smlouva mezi SRN a USA z roku 1954.<sup>478</sup> Podle jejího článku XV odst. 5 věta 2. platí, že: „*společnosti, které podle zákona a ostatních předpisů jedné strany smlouvy jsou na jejím území zřízeny ... jako společnosti této strany smlouvy ... jejich právní status bude uznán na území druhé strany smlouvy.*“ Ujednání zahrnuje společnosti jako obchodní společnosti, podílnické společnosti jakož i ostatní společnosti a sdružení právnických osob nezávisle na tom, zda jejich ručení je omezené nebo neomezené a zda jejich činnost je orientována na zisk, nebo není. Z toho se dá vyvodit závěr, že USA a Německo byly zavázány, společnosti druhého státu v tuzemsku uznat.<sup>479</sup> V USA je ve všech státech federace rozšířen inkorporační princip.<sup>480</sup> Podle toho bylo po

<sup>477</sup> Heldrich, A., in Palandt, 66. vydání, 2007, dodatek EGBGB (IPR), odst. 9.

<sup>478</sup> BGBl. II 1956, str. 487.

<sup>479</sup> Spahlinger, A., Wegen, G.: Mezinárodní společensko-právní právo v praxi, 2005, B. IV. 1 až 3, odst. 230 - 248.

<sup>480</sup> Hanomerkt, US-americké společensko-právní právo, 1991, 2. část I. 1 a) (1) odst. 149.

uzavření dohody americkým společnostem umožněno přemístění skutečného sídla společnosti do SRN. Takové konání bylo pro různé akciové společnosti amerického práva (Public Corporation), založené podle práva rozdílných států federace, Spolkovým soudem (BGH) uznáno.<sup>481</sup> Avšak německým podnikům nebylo doposud umožněno přemístit jejich sídlo z Německa do USA, jelikož německé právo dosud odstěhování společností neumožnilo. Díky následně zavedeným právním změnám, které přináší MoMiG, se však v SRN takový přístup mění v tom směru, že také německé podniky budou mít možnost přeložit své správní sídlo do Spojených států.

Další doposud platící výjimku tvoří Dohoda o evropském hospodářském prostoru (EHP), podle níž právní zásady vyplývající z judikatury ESD ke svobodě usídlení/usazení platí také pro ESVO-státy<sup>482</sup> (Island, Lichtenštejnsko a Norsko). Dohoda o EHP obsahuje v článku 31 ve spojení s článkem 34 odpovídající předpis ke svobodě usazování. Podle toho se také společnosti z těchto států v Německu uznávají za předpokladu, že dotýčný stát v rámci ESVO následuje princip inkorporace a dovolí vlastním společnostem odstěhování.

## **Část VII. Vliv komunitárního práva na svobodu usazování obchodních společností a na národní úpravy členských států**

### **Díl 1 Vztah komunitárního práva k vnitrostátnímu právu**

Aniž by byly výslovně zakotveny v primárním komunitárním právu, jsou princip přednosti komunitárního práva před vnitrostátním právem členských států EU a princip bezprostředního účinku stěžejní komunitární principy, které vymezují vztah komunitárního práva k vnitrostátnímu právu členských států.<sup>483</sup> Oba principy jsou odvozeny ze Smlouvy o ES a formulovány Evropským soudním dvorem.<sup>484</sup> Další judikatura ESD tyto principy dále precizovala a rozvedla. Podle principu bezprostředního účinku jsou za stanovených podmínek pravidla komunitárního práva v členských státech EU bezprostředně aplikovatelná, tedy bez vnitrostátního transformačního či transpozičního aktu. Dále je tu princip přednosti, podle kterého jsou pravidla komunitárního práva v členských státech aplikovatelná přednostně před (těmi) pravidly vnitrostátního práva, která jsou s nimi v rozporu.

Podle některých názorů se princip přednosti aplikuje pouze při konfliktu mezi komunitárními a vnitrostátními pravidly stejné povahy, tj. při konfliktu mezi hmotněprávními komunitárními a hmotněprávními vnitrostátními pravidly nebo při konfliktu mezi procesními komunitárními a procesními vnitrostátními pravidly, nikoliv však při konfliktu mezi hmotněprávními komunitárními pravidly a vnitrostátními procesními pravidly.<sup>485</sup>

<sup>481</sup> BGH, Urteil vom 29.1.2003-VIII ZR 155/02, NJW 2003, 1607 a násl.

<sup>482</sup> ESVO – Evropské sdružení volného obchodu.

<sup>483</sup> Král, R., EMP, č. 7-8/2001, str. 35.

<sup>484</sup> Tak ve věci „*Van Gend en Loos*“, 26/62, Sb.SD 1963, str. 1) a „*Costa v. ENEL*“, 6/64, Sb.SD 1964, str. 585.

<sup>485</sup> Precha, S.: „Community Law in national courts: The lessons from *Van Schijndel*“, *Common Market Law Review* 35, 1998, str. 691.

Podle jiných názorů, které se opírají o rozsudek ESD ve věci *Factortame*,<sup>486</sup> princip aplikační přednosti znemožňuje i aplikaci těch vnitrostátních procesních pravidel, která brání plnému uplatnění komunitárních hmotněprávních pravidel, respektive nároků z těchto pravidel vyplývajících.

K dalším znakům, které se projevují jako princip přednosti ve sféře legislativní činnosti členského státu, patří nemožnost platně přijímat nové legislativní akty neslučitelné s bezprostředně aplikovatelnými komunitárními pravidly nebo zasahující do legislativní působnosti vyhrazené Společenství.<sup>487</sup>

Dále tento princip zahrnuje povinnost členského státu zrušit ty vnitrostátní legislativní akty, které jsou neslučitelné s komunitárním právem,<sup>488</sup> a nemožnost přezkoumávat platnost komunitárních aktů z důvodu jejich rozporu s jakýmkoliv vnitrostátním, byť i ústavním pravidlem.<sup>489</sup>

Až na dvě výjimky je princip aplikační přednosti principem absolutním. Z toho vyplývá, že orgány aplikující právo v členských státech jsou téměř vždy povinny, v případě konfliktu mezi bezprostředně aplikovatelným komunitárním pravidlem a vnitrostátním pravidlem, aplikovat pravidlo komunitární a neaplikovat, respektive odstavit s ním neslučitelné pravidlo vnitrostátní, byť by se jednalo o vnitrostátní pravidlo nejvyšší právní síly.

Smlouva o ES připouští jednu výjimku z téměř absolutního principu aplikační přednosti.

Jedná se o případ, ve kterém je bezprostředně aplikovatelné komunitární právo v konfliktu s vnitrostátním pravidlem přijatým k provedení mezinárodní smlouvy uzavřené členským státem před přistoupením k ES, respektive EU. Orgán aplikující právo může v tomto případě přednostně aplikovat takovéto vnitrostátní pravidlo a neaplikovat pravidlo komunitární.<sup>490</sup>

Z rozsudku ESD ve věci *Diamantis*<sup>491</sup> se dá odvodit druhá výjimka. Z tohoto rozsudku vyplývá, že orgán aplikující právo v členských státech není povinen přednostně aplikovat bezprostředně aplikovatelné komunitární pravidlo, pokud by takováto bezprostřední aplikace vyústila v závažné, nepřiměřené poškození zájmů třetích osob, a pokud jednotlivec, který se přednostní bezprostřední aplikace komunitárního práva domáhá, má k dispozici vhodnější, méně závažný (zejména z hlediska dopadu na zájmy třetích osob) prostředek na ochranu svých práv založených komunitárním právem, tedy např. prostředek v podobě institutu odpovědnosti členského státu.<sup>492</sup> Z toho vyplývá, že odpovědnost členského státu může mít přednost před bezprostřední aplikací komunitárního práva.

Ve věci *Lück* ESD rozhodl tak, že vnitrostátní soud může považovat neslučitelný vnitrostátní předpis za neplatný, neaplikovatelný nebo jakkoliv jinak vadný za předpokladu, že to nebrání účelu zajištění ochrany jednotlivce vyplývající pro něj z bezprostředně aplikovatelného práva.

<sup>486</sup> Srov. rozsudek ESD, č. C-213/89 „*The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd.*“, 19.6.1990.

<sup>487</sup> Král, R., EMP, č. 7-8/2001, str. 36.

<sup>488</sup> Král, R., EMP, č. 7-8/2001, str. 36, věc 167/73 *Komise v. Francie*, Sb.SD 1974, str. 359.

<sup>489</sup> Srov. rozhodnutí ESD č. 11/70, „*Internationale Handelsgesellschaften*“, Sb.SD 1970, str. 1125.

<sup>490</sup> Srov. čl. 307 SES, rozs. ESD č. C-158/91 „*Levy*“, Sb.SD I-1993, str. 4287, odst. 22.

<sup>491</sup> Srov. rozs. ESD č. C-373/97 „*Diamantis*“, Sb.SD I-2000, str. 1705.

<sup>492</sup> Král, R., EMP, číslo 7-8/2001, str. 36.

V jednom z dalších rozsudků ve věci *Simmenthal*<sup>493</sup> ESD rozhodl tak, že neslučitelný vnitrostátní předpis či pravidlo, přijaté po vstoupení v platnost bezprostředně aplikovatelného komunitárního pravidla, se v důsledku principu přednosti stávají od okamžiku svého přijetí neplatnými.

Poté se ESD téměř dvacet let vyhýbal dalším rozhodnutím v těchto otázkách. I ve věci *IN.CO.GE*<sup>494</sup> ESD zaujal stanovisko, že stejně jako ve věci *Lüch* přenechává vnitrostátním soudům rozhodnutí, jaký právní status z těch, které přicházejí podle vnitrostátního práva v úvahu, přisoudí vnitrostátnímu předpisu neslučitelnému s bezprostředně aplikovatelným komunitárním právem.

Nakonec ESD také zdůraznil, že členský stát by měl neslučitelné vnitrostátní předpisy, které se v důsledku principu přednosti stávají ať už neaplikovatelnými, neplatnými či jinak vadnými, co nejdříve zrušit, a to zejména v zájmu právní jistoty.<sup>495</sup>

## Díl 2 Harmonizační účinek komunitárního práva

Komunitární právo vytváří zvláštní právní vrstvu, jež integruje v dohodnuté míře právní prostředí členských států a na druhé straně vytváří bariéru proti nečlenským státům, které stojí vně uvedeného procesu a jejichž právo je právem integračního seskupení nedotčeno nebo je dotčeno jen nepřímo.

Již v období přidružení kandidátských států k EU dochází k jejich postupné právní harmonizaci. Současně přináší vliv Dohody o Evropském hospodářském prostoru právní harmonizaci i nečlenským státům EU.

V čl. 44 odst. 2 písm. g) SES členské státy připustily široce vyložitelnou pravomoc k harmonizaci práva společností. Harmonizace práva je hlavním nástrojem ke zřízení vnitřního trhu (čl. 3 odst. 1 písm. c) a čl. 14 SES). Při výkonu této pravomoci Evropská unie vydala dosud 13 tzv. „směrnic k právu společností“ a cílových nařízení.<sup>496</sup> Sekundární právo ES směřuje v první řadě ke třem harmonizačním cílům.

Jedno z hlavních úsilí je namířeno k harmonizaci práva kapitálových společností. Jeho přizpůsobením je ochrana věřitelů a investorů řešena v celém Společenství jednotně. Tento způsob umožní každému zájemci participaci a usnadní obchodní vztahy.

Dalším cílem je sjednocení (standardizace) obchodní a bilančně-právní publicity. Nosnou myšlenku tvoří ochrana právního styku díky informacím o kapitálových společnostech. To platí na území Společenství stejně a informace jsou každému přístupné.

V oblasti soukromého práva je pozorovatelná „euronovelizace“, která má vliv jak na české tak i na německé soukromé právo. Vědecká nauka zde rozlišuje dvě linie oddělené z hlediska organizačního a z hlediska odborného personálního obsazení. Jednou linií je mezinárodní právo soukromé (orientováno na určení rozhodného práva), druhá linie je právo obchodních společností, které je orientováno na hmotné právo, tedy právo státu, kde má společnost své

<sup>493</sup> Srov. rozs. ESD č. C-106/77 „*Simmenthal*“, Sb.SD 1978, str. 629.

<sup>494</sup> Srov. rozhodnutí ESD č. „*IN.CO.GE*“, Sb.SD 1998-I-6307, 22.10.1998.

<sup>495</sup> Král, R., EMP, číslo 7-8/2001, str. 38, tak ve věci ESD č. 167/73 „*Komise v. Francie*“, Sb.SD 1974, str. 359, 14. směrnice o přemístění sídla společností s ručením omezeným je stále v stadiu projednávání.

<sup>496</sup> K přehledu směrnic srov. Pelikánová, I., Černá, S.: *Obchodní právo 2*, Praha 2006, str. 171, 172.

skutečné sídlo.<sup>497</sup> Příkladné jsou současné aktivity směrem k rekonstrukci českého soukromého práva, obzvláště občanského zákoníku<sup>498</sup> a zákona o mezinárodním právu soukromém. Tak usiluje osnova občanského zákoníku o tom postavit občanské právo na nové základy a brát při tom zřetel na evropský kontext, přičemž jde jen o aproximaci příslušných směrnic a zohlednění významných projektů,<sup>499</sup> ale i na občanské právo kodifikované y v jiných státech Evropského hospodářského prostoru.<sup>500</sup>

Jako poslední je zmíněna v současné době vzrůstající podpora kooperace, organizace a reorganizace přeshraničně aktivních podniků. To vyplývá za prvé z toho, že restrukturalizace je usnadněna směrnicemi o převzetí a přeshraničním splynutí. Za druhé je podporováno podnikání prostřednictvím současných tří nadnárodních právních forem: „*Societas Europaea (SE)*”,<sup>501</sup> „*Evropské hospodářské zájmové sdružení (EHZS)*”<sup>502</sup> a „*Societas Cooperativa Europaea (SCE)*”. Dále se očekává pro malé a střední podniky právní rámec pro založení „*Evropské soukromé společnosti*”. Tyto právní formy otevírají mezinárodně aktivním podnikům možnost, vystupovat s jednotnou právní formou v rámci celého Společenství místo sítě národních dceřinných společností založených na různém základě.

### Díl 3 Hranice přenesené kompetence v rámci Evropského společenství

Společenství je kompetentní jen do té míry, do které to dovolují oprávnění, jež jsou jeho orgánům ve smlouvách výslovně poskytnuta (například čl. 5 SES).<sup>503</sup> Zakládací dokumenty (mezinárodněprávní smlouvy), kterými byla EU a její součásti, mezi nimi Evropská společenství, založena, jakož i smlouvy, které je pozměňují a doplňují, tvoří primární právo EU. Tyto smlouvy obsahují normy přímo aplikovatelné v členských státech.

Mimo to je sekundární právo EU jednou z hlavních oblastí práva Společenství. Právní akty, které orgány přijaly na základě primárního práva a dle postupů v něm zakotvených, tvoří sekundární právo EU.<sup>504</sup> EU disponuje těmito druhy právních aktů: nařízení, směrnice, rozhodnutí, stanoviska a doporučení. Nařízení má všeobecnou platnost, je ve všech svých částech závazné a platí bezprostředně v každém členském státě. Směrnice je zaměřena na jednotlivé členské státy,

<sup>497</sup> Srov. Pauknerová, M.: Právo ES a jeho vliv na kolizní úpravu obchodních společností v českém právu, ve Šturma, P., Ondřej, J. (eds.) *Aspekty podnikání v EU a ochrana lidských práv*, Sborníky č. 34, str. 216.

<sup>498</sup> V polovině prosince 2008 uzavřela rekonstrukční komise Ministerstva Spravedlnosti (ČR) jednu etapu prací na osnově občanského zákoníku. Práce na tomto návrhu začaly již počátkem roku 2000, jejich hlavními zpracovateli jsou prof. Karel Eliáš a doc. Michalea Zaklínová.

<sup>499</sup> Srov. např. prof. Gondolfiho tzv. pavijská skupina-Code european des Contracts.Avant-pojet, a nebo skupina prof. von Bar, *Draft of Common Frame of reference (DCFR)*.

<sup>500</sup> Srov. Eliáš, K.: *Refoma soukromého práva aktuálně: Do Evropy!*, *Právní rozhledy*, 12/2008, str. 426, také Tomsa, M.: *K návrhu nového občanského zákoníku*, *PZ* 1/2008, str. 6,7.

<sup>501</sup> Nařízení Rady č. 2157-2001 ze dne 8. října 2001 o statutu evropské společnosti (SE).

<sup>502</sup> Nařízení Rady č. 2137-85 ze dne 25. července 1985 o zřízení Evropského hospodářského zájmového sdružení – EHZS, publikované v úředním věstníku ES L 199 ze dne 31.7.1985, str. 1-9.

<sup>503</sup> Srov. také čl. 308 SES „*Ukáže-li se k dosažení některého z cílů společenství v rámci společného trhu je nezbytná činnost Společenství a tato smlouva mu k tomu neposkytuje nezbytné pravomoci, přijme Rada na návrh Komise a po konzultaci s Evropským parlamentem jednomyslně vhodná opatření*“.

<sup>504</sup> Tzv. odvozené právo EU.

kterým závazně zadává cíl, jehož je nutno dosáhnout. Je ale na zvážení každého členského státu, pomocí jakých prostředků se má k tomuto cíli dojít. Rozhodnutí je ve všech svých částech závazné pro ty, jež jsou výslovně jmenováni. Doporučení a stanoviska závazná nejsou.

Z toho plyne, že základní principy a právní rámec svobod jsou rozvíjeny sekundárním právem a judikaturou ESD. V následujícím textu bude zdůrazněn významný vliv sekundárního práva a to především směrnic, na právo v jednotlivých členských státech Společenství, ale i tvůrčí síla rozsudků ESD.

Pozorovatelný zde bude vliv na princip sídla v SRN. Velké problémy činí při vymezení kompetencí oprávnění Společenství ve věcech vyplnění mezer ve smlouvách.<sup>505</sup> I princip subsidiarity (srov. čl. 5 SES), který byl mezitím zaveden, nepřispívá k vyjasnění rozdělení kompetencí mezi Společenstvím a jeho členskými státy, neboť ten konkrétní kompetenci obecně neruší, nýbrž jen určitou úpravou zakazuje její vykonávání, čímž nepředstavuje žádné pravidlo pro rozdělování kompetencí, nýbrž pouze mez výkonu kompetence.

Paralelní kompetence existují v těch oblastech, ve kterých smí současně jednat jak Společenství, tak i členské státy (např. kartelové právo). V případě rozporů má zásadní přednost právo Společenství. K otázce právního charakteru ES se ESD již velmi stručně vyjádřil ve dvou rozhodujících rozsudcích z let 1963 a 1964. Ve věci *Van Gend & Loos* zažalovala nizozemská přepravní společnost „Van Gend & Loos“ u nizozemského soudu nizozemskou celní správu, která na dovoz chemického produktu z Německa uvalila vyšší clo oproti předchozím dovozům. Tato společnost v této praxi viděla porušení článku 25 SES (tehdy čl. 12 Smlouvy o založení EHS), který členskými státy zakazuje zavádění nových a zvyšování již existujících cel v oblasti společného trhu. ESD konstatoval, že, „... Společenství vytváří nový právní řád mezinárodního práva, v jehož prospěch členské státy omezily svá suverénní práva, i když jen v omezených oblastech, a jehož subjekty jsou nejen členské státy, ale i jejich státní příslušníci.“

Případ „*Costa/ENEL*“ poskytl příležitost, aby ESD prohloubil svou analýzu. V tomto případě šlo o to, že v roce 1962 Itálie zestátnila produkci a distribuci elektrické energie a přenesla takto získaná aktiva energetických společností na společnost ENEL. Costa byl milánský advokát a nebyl spokojen s nabízenými službami, odmítl platit účty za elektřinu a napadl znárodňovací akt, protože se domníval, že podnik má povahu státního monopolu.

Před arbitrážním soudem obhajoval pan Costa své počínání tím, že zestátnění odporuje celé řadě ustanovení SES. ESD rozhodl, že nad právem vznikajícím ze Smlouvy o EHS nemohou vzhledem k jeho zvláštní a původní povaze převážít ustanovení vnitrostátního práva, protože v opačném případě by toto právo bylo zbaveno charakteru práva ES a byl by zpochybněn právní základ samého ES. ESD k tomu učinil tento závěr: „...právu vytvořenému Smlouvou, tj. autonomnímu prameni práva, nejsou, respektive nemohou být kvůli jeho svébytnosti nadřazeny jakkoliv vytvořené vnitrostátní právní předpisy, pokud mu nemá být odepřen jeho charakter práva Společenství anebo pokud nemá být zpochybněna samotná právní podstata Společenství. Přenesení některých práv a povinností z vnitrostátních právních systémů na úroveň Společenství

<sup>505</sup> Srov. čl. 308 SES nebo čl. 18 odst. 2; „*implied Powers*“; „*Effet utile*“.



*způsobilo trvalé omezení suverénních práv členských států, jež nemůže být zpětně zrušeno pozdějšími jednostrannými opatřeními, která jsou neslučitelná s pojetím Společenství.*“ Názoru Soudního dvora se přizpůsobily i národní soudy členských států. Ujasnilo se tím, že přímo aplikovatelné právo Společenství má přednost před právem národním bez ohledu na to, jaké místo zaujímá národní právo ve stupnici právního řádu členského státu.

ESD dále stanovil ve své judikatuře četné všeobecné právní zásady a uvedl je v platnost, přičemž metodicky provedl převážně komparaci práva. K těmto všeobecným právním zásadám patří zásada přiměřenosti, zásada právní jistoty, ale i základní práva. Rozhodnutí ESD mají často zásadní význam pro další vývoj Společenství a pravidelně je cituje Evropská komise v souvislosti s předkládáním návrhů nových právních aktů. Obzvláště SES ve svém čl. 2, „...vytváření společného trhu .... podpora harmonického, vyváženého a udržitelného rozvoje hospodářských činností...“ a čl. 3 odst. 1 písm. b) SES „sblížení právních předpisů členských států v míře nutné pro fungování společného trhu, ....“ ukazuje význam i svobody usazování obchodních společností v rámci ES.

#### **Díl 4 Sekundární harmonizační úkony v komunitárním právu**

V oblasti práva obchodních společností závisí dnes mobilita obchodních společností na úrovni EU, ale i na mezinárodní úrovni na možnosti pružných reakcí na neustále se měnící prostředí. Takové možnosti mobility lze řešit pouze tehdy, budou-li členské státy schopny reagovat na tento nový vývoj rychle. V této situaci se pevný, harmonizovaný evropský rámec může zdát někdy spíše překážkou inovací než přínosem pro vnitřní trh. Konkurenceschopnost obchodních společností dále závisí rovněž na výši administrativních nákladů spojených přímo či nepřímo s jejich činností. Některé z těchto nákladů vyplývají z pravidel EU. Je nutno se ptát, zda přínosy těchto pravidel ve všech případech převažují nad náklady, jež jsou s nimi spojeny. Harmonizace má současně rovněž příznivé účinky na konkurenceschopnost obchodních společností. Harmonizace vytváří základ pro trhy a může objasnit vztahy mezi dvěma nebo více dotčenými vnitrostátními právními systémy. Zvyšuje rovněž právní jistotu. Totéž platí, pokud jsou stanoveny minimální normy transparentnosti na ochranu třetích stran před nebezpečím, jež pro ně může znamenat vyšší mobilita obchodních společností. V tomto případě společná pravidla stanoví základ pro důvěru, jíž je zapotřebí pro fungování vnitřního trhu. Situace však může být odlišná u směrnic jako je 3., 6., 2. a 12. směrnice<sup>506</sup> v oblasti práva obchodních společností. Tyto směrnice se zaměřují především na situaci uvnitř členských států a neusilují o řešení specifických problémů.

3. a 6. směrnice v oblasti práva obchodních společností upravují fúze a rozdělení akciových společností v témže členském státě. Před několika desetiletími, kdy byly tyto předpisy přijaty, hrály úlohu při otevírání nových možností pro obchodní společnosti a při podpoře vnitřního trhu.

<sup>506</sup> 3. směrnice č. 78/885/EHS z 9.10.1978 o sloučení a splynutí akciových společností, 6. směrnice č. 82/891/EHS ze 17.12.1982 o rozdělení akciových společností, 2. směrnice č. 77/91/EHS z 13.3.1976 o zakládání akciové společnosti, udržení a změnách základního kapitálu (směrnice byla dále modifikována), 12. směrnice č. 68/151/EHS z 9.3.1968 o publicitě, závazcích a neplatnosti společnosti, modifikovaná směrnici č. 2003/58/ES.

V současnosti zaručují minimální úroveň ochrany pro akcionáře a věřitele akciových společností v celé Evropské unii.

Avšak vzhledem k tomu, že tyto směrnice nezajišťují plnou harmonizaci, nevytvářejí rovné podmínky; některá pravidla v jednotlivých členských státech se i nadále liší. Existence minimálních požadavků v právu EU současně členským státům brání v tom, aby přizpůsobily své vnitrostátní právní předpisy měnícím se potřebám. To vede k otázce, zda výhody plynoucí z těchto směrnic odůvodňují omezení, která tyto směrnice podnikům ukládají.

Obdobné úvahy platí pro 2. směrnici v oblasti práva obchodních společností, která se zabývá základním kapitálem akciových společností. Systém udržování základního kapitálu podle této směrnice je již dlouhou dobu tématem diskusí, takže by se měl uvážít přinejmenším přezkum tohoto systému, aby byla společnostem umožněna větší pružnost v oblasti rozdělování zisku (dividend) akcionářům.<sup>507</sup> V některých členských státech byly vytvořeny nové vnitrostátní právní formy, které nespádají do oblasti působnosti druhé směrnice v oblasti práva obchodních společností, s cílem zajistit pružnost, kterou směrnice postrádá, zejména s ohledem na minimální kapitálové požadavky.

12. směrnice má v zásadě povolovací charakter, jelikož umožňuje jednotlivcům zakládat v členských státech společnosti s ručením omezeným, pokud se před provedením směrnice vyžadovalo, aby společnost tohoto typu založilo více společníků.

Směrnice však současně stanoví řadu minimálních požadavků na vnitřní postupy takovéto obchodní společnosti. Otázkou je, zda taková omezení musí být stanovena na úrovni EU.

Ve všech těchto případech se Komise domnívá, že by realizovatelnou možností bylo zrušení předpisů EU a zvýšení pružnosti tím, že se ponechá na jednotlivých členských státech, aby určily podmínky v příslušných oblastech. Komise má za to, že takovýto přístup by byl nejvhodnější s ohledem na zásady lepších právních předpisů a potřebu opatřit pro EU jednodušší *acquis communautaire* v oblasti práva obchodních společností pro 21. století.

Sekundární právo v začátcích dýchalo zejména duchem německého obchodního a akciového práva. Přes 2. směrnici řešící otázky kapitálových společností byl implementován systém pevného minimálního kapitálu (*Mindestkapital*) pro akciové společnosti na území Společenství. Dále přinesla 1. směrnice o publicitě princip omezeného a neomezeného oprávnění k zastupování.<sup>508</sup> Zvláště ve Spojeném království způsobily tyto právní úkony výrazné

<sup>507</sup> Ohlášená studie o alternativě systému udržování základního kapitálu podle 2. směrnice v oblasti práva obchodních společností, kterou Komise zahájila v září 2006, poskytne další informace, které by mohly v tomto případě usnadnit hodnocení (KOM 2007, 394), ve sdělení ze dne 10. července 2007 představila Komise úvahy o zjednodušeném podnikatelském prostředí pro společnosti v oblasti práva obchodních společností, účetnictví a auditu. Vzhledem k vývoji posledních let (globalizace hospodářství, velké technologické změny, nové mezinárodní účetní standardy, vývoj judikatury) se zdá nezbytné přezkoumat stávající směrnice v této oblasti, s cílem stanovit, v jakém rozsahu jsou stále relevantní. Plánuje se proto, vést za tímto účelem debaty s členskými státy, Evropským parlamentem a zúčastněnými stranami.

<sup>508</sup> § 37 odst. 2 GmbHG, § 82 odst. 1 AktG.

adaptabilní postupy, v jejichž rámci bylo nutné zavést do té doby neznámý minimální kapitál, ale bylo rovněž nutné vzdát se tradované teorie *ultra vires*.

Časy se však změnily. Globalizace a rostoucí důležitost kapitálových trhů upevnily význam angloamerického práva a v Evropě hlavně práva Spojeného království. Současně kapitálové trhy žádají deregulaci práva obchodních společností v rámci *acquis communautaire*. Zejména v akciovém právu se nyní úsilí Evropské komise soustřeďuje namísto původní plné harmonizace na tzv. „simplifikaci“. To znamená, že existující sekundární právo se podrobí výraznému zjednodušovacímu postupu.

## **Díl 5           Pravomoc Evropského soudního dvora v oblasti svobody usazování obchodních společností**

### **Oddíl 1        Výklad komunitárního práva Evropským soudním dvorem**

ESD přísluší úkol naplnit zakládací smlouvy ES životem. Článek 234 SES svěřuje ESD výlučnou pravomoc k unifikaci výkladu komunitárního práva, a to v rámci tzv. řízení o předběžné otázce. Hmotněprávní základ řízení vyplývá také z čl. 35 odst. 1 SEU a čl. 150 Smlouvy o EURATOM. Jakmile se určité ustanovení stane součástí evropského práva, ztrácejí orgány členských států (zejména soudy) možnost, aby je v konečné instanci samy interpretovaly. To má zprostředkovaně význam i pro interpretaci ryze národního práva, odráží-li se v něm i právo komunitární.<sup>509</sup>

Aby se zajistilo, že národní soudy členských států budou co nejjednodušeji aplikovat právo Společenství, počítá se v zakládacích smlouvách s monopolem ESD na výklad ve všech otázkách práva Společenství, kde by vznikaly pochybnosti o tomto výkladu. Tímto postupem se zabrání rozdílnému výkladu práva Společenství soudy členských států. Právo vnitrostátního soudu požádat Soudní dvůr o zodpovězení předběžné otázky, tj. žádost o podání výkladu normy komunitárního práva, vychází z práva komunitárního (čl. 234 SES). Usnesení o přerušení řízení se váže na to, že soud se rozhodl využít svého „komunitárního“ oprávnění, a je proto čistě věcí vnitrostátního práva. Přitom však vnitrostátní právní řád nesmí soudu odebrat právo, které mu bylo svěřeno podle práva komunitárního.<sup>510</sup> V případě, že se soud rozhodne předložit předběžnou otázku k Soudnímu dvoru, nastává obligatorní přerušení řízení. I v pokynech Soudního dvora vnitrostátním soudům k předkládání předběžných otázek se uvádí, že vnitrostátní soud při předložení předběžné otázky Soudnímu dvoru řízení zpravidla přeruší.<sup>511</sup>

Následně je národní soud (v EU) při svém rozhodování vázán výkladem Soudního dvora.

<sup>509</sup> Dědič, J., Čech, P.: *Evropské právo společností*, Bova Polygon, Praha 2004, str. 21.

<sup>510</sup> Srov. Grygar, J., Grygar, E.: *Česká právní úprava ve vztahu k řízení o předběžné otázce před Soudním dvorem Evropských společností*, *Právní rozhledy*, č. 8/2005, str. 278.

<sup>511</sup> Srov. v českém právu § 109 odst. 1 písm. d) OSŘ, § 48 odst. 1 písm. e) SŘS, § 9a TrŘ, také Grygar, J., Grygar, E.: *Česká právní úprava ve vztahu k řízení o předběžné otázce před Soudním dvorem Evropských společností*, *Právní rozhledy*, č. 8/2005, str. 277.

## Oddíl 2      Vývoj svobody usazování ve Společenství podle pravomoci Evropského soudního dvora

Základem každé analýzy obsahu komunitárního práva musí být rozhodnutí ESD, který má interpretační monopol.

Celá série rozhodnutí ESD pomohla vyjasnit otázku osobního statutu společnosti za situace, kdy mezinárodní smlouvy uzavřené členskými státy EU nevstoupily v platnost a judikatura se opírá pouze o několik článků Římské úmluvy. Přehledem významných rozhodnutí je možno usnadnit pochopení termínu a obsahu svobody usazování.

K pochopení problematiky důsledků rozsudků ESD je nutné osvětlení evropských právních řádů a analýza pozadí rozsudků ESD.

Příkladný je zde právní systém a reakce německého zákonodárce na tendence v rámci chápání komunitárního práva v SRN. Dokonce i po jednoznačných rozsudcích ve věci *Überseering* a *Inspire Art*, které určily další směr judikatury ESD, se členské státy uplatňující princip sídla podle vzoru SRN pokoušely tento princip upevnit. V tomto směru se rozsudky ESD těšily od času svého vydání rušné a kontroverzní diskuzi. Mimoto bylo nutné brát zřetel vedle správnosti jednotlivých názorů i na kontinuitu tvrdě vybojovaných práv zaměstnanců (spolurozhodování zaměstnanců - *Mitbestimmung*), budoucnost německého práva společností (konkurence evropských právních řádů) a ochranu věřitelů a spotřebitelů před společnostmi zneužívajícími práva společností (tzv. schránkové společnosti - *Briefkastenfirmen*). Přitom bylo bráno v potaz ohrožení základního pilíře společného hospodářského a právního řádu.

Následně zmiňované rozsudky ESD umožňují dát odpověď na otázku, kdy a v jakém rozměru je otevřená aplikační oblast svobody usazování, a odráží při tom historicky směřodatnou judikaturu Soudního dvora.

### 1. Irish Land Commission (1984)

Společnost založená podle irského práva žalovala proti rozhodnutí irské pozemkové komise o nuceném převodu jejích pozemků, argumentujíc tím, že její společníci jsou všichni britskými státními příslušníky a že se tudíž na společnost vztahují ustanovení o svobodě usazování.<sup>512</sup> ESD ve svém rozhodnutí jednoznačně odmítl uznat tuto argumentaci, odmítl tedy uplatnění principu kontroly.

### 2. Komise v. Francie (1986)

Zde se rozhodnutí Soudního dvora<sup>513</sup> týkalo francouzských daňových předpisů, které zvýhodňovaly francouzské pojišťovny oproti zahraničním pojišťovnám podnikajícím na francouzském území. ESD rozhodl, že znevýhodnění znamená porušení pravidla o svobodě usazování. Nevýhody nemohou být kompenzovány jinými výhodami, protože zahraniční

<sup>512</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-182/83, „*Robert Fearon & Comp Ltd. v. Irish Land Commission*“, 6. 11. 1984.

<sup>513</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-79/85, „*Komise v. Francie*“, 28. 1. 1986“.

společnosti mají právo na stejné zacházení jako osoby francouzské. Jakákoli diskriminace je ve smyslu čl. 48 SES nepřipustná. ESD v rozhodnutí musel řešit také otázku tzv. národnosti společnosti. Dospěl k závěru, že kritériem pro její určení je zapsané sídlo společnosti obdobně jako u fyzických osob státní příslušnost. Toto připodobnění zde bylo velmi významné.

### 3. Segers (1986)

Soudní dvůr v tomto rozhodnutí povolil státům, aby si stanovily podmínky v případě, že společnost chce přenést svou ústřední správu do jiného státu a zároveň si ponechat svoji právní subjektivitu v původním státě. Dále stanovil, že společnost primárně podniká ve státě, ve kterém je registrovaná, i v případě, že tam nevykonává žádnou faktickou činnost, kterou ve skutečnosti vykonává v jiném členském státě v rámci svého sekundárního oprávnění.<sup>514</sup>

### 4. Daily Mail (1988)

Výchozí postoj evropské jurisdikce k otázce, v jakém rozsahu je svoboda usazování umožňována v praxi, zaujal ESD ve věci *Daily Mail*.<sup>515</sup> V případě rozhodování o předběžné otázce v řízení *Daily Mail* vykládal ESD komunitární právo vzhledem k opatřením členského státu, ze kterého společnost chtěla přemístit své sídlo a podnikatelskou činnost. Podle názoru ESD měla být svoboda usazování se v jiných členských státech realizována především zakládáním poboček, organizačních složek nebo dceřiných společností.

V konkrétním případě šlo o to, dovolit společnosti založené podle práva Spojeného království a se sídlem ve Spojeném království přeložit vedení společnosti do jiného státu, aniž by ztratila svou právní subjektivitu nebo svůj charakter jako společnost založená podle práva Spojeného království. Společnost *Daily Mail* požádala o souhlas s přeložením sídla vedení své společnosti do Nizozemska. Ve své následující žalobě tvrdila, že články 43 a 48 SES jí dávají právo přeložit sídlo vedení společnosti do jiného členského státu bez předchozího souhlasu ministerstva financí anebo minimálně právo takový souhlas obdržet bez jakýchkoliv podmínek. Příslušný soud se obrátil v rámci předběžného řízení na ESD s otázkou, zda články 52 a 58 SEHS (nyní čl. 43 a 48 SES) dávají společnosti, založené podle práva některého členského státu a se sídlem v tomto státě, právo přeložit sídlo do jiného členského státu.

V odpovědi ESD konstatoval, že články 52 a 58 SEHS (nyní čl. 43 a 48 SES) neposkytují při současném stavu komunitárního práva (tedy v roce 1988) společnostem právo přeložit skutečné sídlo z jednoho členského státu do jiného, a to při zachování právní subjektivity a charakteru společnosti členského státu svého založení, a rozdílnost úprav v jednotlivých členských státech je třeba akceptovat. Společnosti totiž využívají svobody usazování v zásadě zakládáním agentur, poboček a dceřiných společností, jak výslovně předvídá čl. 43 odst. 1 SES. Rozdíly, které právní

<sup>514</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-79/85, „*D.H.M. Segers v. Bestuur de Bedrijfsvereniging voor Bank en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*“, 10. 6. 1986.

<sup>515</sup> Srov. rozsudek ESD č. 81/87, „*The Queen v. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*“, 27. 9. 1988, srov. také Sandroock, O, Austmann, A.: *Das Internationale Gesellschaftsrecht nach der Daily Mail-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs: Quo vadis?*, RIW 1989,

řády členských států vykazují s ohledem na možnosti a případně podmínky přeložení oficiálního či skutečného sídla společnosti z jednoho členského státu do jiného, jsou problémem, který není ustanoveními o svobodě usazování řešen a vyžaduje řešení cestou předpisů v rámci jednotlivých států či uzavřením mezinárodní smlouvy, která je předvídána v čl. 293 SES. Taková smlouva však v té době uzavřena nebyla.

Konkrétně Soudní dvůr uvedl: „SES považuje rozdílnost národních zákonodárství, týkající se vázanosti uložené společností založeným v rámci jejich pravomoci, a rovněž možnost a způsoby přemístění statutárního či skutečného sídla těchto společností z jednoho členského státu do jiného členského státu za otázku, která není řešena pravidly o právu usazování se, ale která musí být vyřešena cestou legislativní nebo cestou úmluvy, avšak tyto úpravy nebyly dosud dovršeny. Za těchto podmínek musí být čl. 52 a 58 (pozn. autora - dnešní čl. 43 a 48 SES) Smlouvy vykládány v tom smyslu, že za současného stavu komunitárního práva nezakládají žádné právo společnosti, založené podle práva jednoho členského státu a mající v tomto státě své statutární sídlo, na přemístění sídla jejího řízení do jiného členského státu.“<sup>516</sup>

Společnosti tedy neměly při tomto stavu komunitárního práva a jeho výkladu ESD právo přeložit své skutečné sídlo do jiného členského státu a neměly tak, na rozdíl od fyzických osob, primární svobodu usazování.

Tímto rozsudkem se ESD postavil restriktivně k možnosti přemístění sídla a podnikatelské činnosti z jednoho členského státu do jiného. Dle Soudního dvora tyto otázky nebyly zahrnuty do svobody usazování. Možnost řešení těchto záležitostí viděl ESD jen v harmonizaci právních řádů členských států.

Rozhodnutí ESD ve věci *Daily Mail* se dá chápat jako obecný názor k poměru rozdílných kolizních norem členských států a svobody usazování. Podle tohoto názoru se kolizní normy mezinárodního práva společností nehodnotí podle měřítka svobody usazování. Interpretace ESD se ubírá tím směrem, že možný konflikt mezi důsledky principu sídla a svobody usazování není možné řešit podle primárního práva, ale jsou zde nutné mezinárodně právní dohody podle čl. 220 SEHS (nyní čl. 293 SES), popřípadě legislativní kroky Společenství podle čl. 54 odst. 3 SEHS (nyní čl. 44 odst. 2 SES).<sup>517</sup> Konec konců se zde jednalo o obiter dictum, které pro posouzení daného omezení odstěhování nebylo podstatné.

## 5. Centros (1999)

Společnost Centros Ltd. (dále jen „*spol. Centros*“)<sup>518</sup> byla jako společnost s ručením omezeným založena dvěma dánskými občany ve Spojeném království. Právo Spojeného království, na rozdíl od práva dánského, nepodmiňuje založení společnosti s ručením omezeným žádným základním

---

Heft 4, str. 249 a násl.

<sup>516</sup> V rozsudku „*Daily Mail*“, odst. 25.

<sup>517</sup> Behrens, P.: Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering Urteil des EuGH und den Schlußanträgen zu Inspire Art, IPRax 2003, str. 201.

<sup>518</sup> Rozsudek ESD č. C-212/97, „*Centros Ltd. v Erlanger/og Selskabsstyrelsen*“, 9. 3. 1999.

kapitálem. Od svého založení nevyvíjela spol. *Centros* na území Spojeného království žádnou činnost. Tato konstrukce měla za cíl obcházení přísnějších předpisů v členském státě pobočky. Společnost *Centros* však požádala o registraci své pobočky v Dánsku, což bylo příslušným dánským orgánem zamítnuto s odůvodněním, že spol. *Centros*, která od svého založení nevyvíjela žádnou hospodářskou činnost ve Spojeném království, obchází národní dánské předpisy, především pak ty, které se týkají splacení základního kapitálu. Z toho dánský orgán dovodil, že spol. *Centros* nezamýšlí zřídit v Dánsku pobočku, nýbrž fakticky své hlavní sídlo. Dánské úřady dále namítaly, že dánští zakladatelé se nemohou dovolávat příslušných ustanovení o svobodě usazování, neboť jejich jednání mělo jediný účel, a to obejít dánské národní právo o zřizování společností s ručením omezeným, což představuje zneužití ustanovení o svobodě usazování.

Podle judikatury Soudního dvora platné v té době nebylo dovoleno podvodné a zneužívající odvolávání se na právo Evropského společenství a členské státy jsou oprávněny přijmout opatření, která mají zabránit tomu, aby se jejich státní příslušníci zneužitím možností poskytnutých Smlouvou vyhnuli uplatnění národních právních předpisů. Národní soudy pak mohou za takových okolností a na základě objektivních kritérií v jednotlivých případech přihlídnout ke zneužití či podvodnému jednání subjektů a případně zamítnout jejich dovolávání se na právo Evropského společenství, avšak zároveň musí při posuzování tohoto jednání brát v úvahu účel příslušných ustanovení SES.

V tomto případě však ESD jasně konstatoval, že zneužití svobody usazování nepředstavuje samo o sobě takové jednání, kdy státní příslušník jednoho členského státu založí společnost v tom členském státě, jehož předpisy mu dávají větší volnost a jsou pro něj výhodnější, a následně založí pobočku v jiném členském státě a hospodářskou činnost vykonává výlučně v něm. Proto stát, ve kterém je pobočka zřízena, nesmí odmítnout aplikovat na tuto společnost komunitární předpisy o svobodě usazování, a tak nemůže odmítnout zapsat pobočku společnosti, založené dle práva jiného státu a mající v tomto státě své sídlo, pouze s odůvodněním, že účelem tohoto jednání bylo vyhnout se aplikaci vnitrostátních právních předpisů, např. těch o minimálním základním kapitálu.

Dále se dalo konstatovat, že v případě, kdy členský stát odmítne zapsat pobočku společnosti, která má sídlo v jiném členském státě, pak brání této společnosti ve výkonu jejích práv vyplývajících z čl. 43 a 48 SES a takové jednání omezuje výkon svobod zaručených zmíněnými ustanoveními SES.

Při srovnání závěrů ESD vyjádřených ve věci *Daily Mail* a ve věci spol. *Centros* se nabízí otázka, zda ESD nechápe pojem „sídla“ příliš formálně. Ve věci spol. *Centros* se jednalo o otevření pobočky a nikoliv o přeložení sídla společnosti. Toto pojetí však nebere ohled na to, že pod pojmem „sídlo“ není možné chápat pouze „oficiální“ sídlo, tj. sídlo dle stanov společnosti, nýbrž též místo, odkud se společnost skutečně řídí.

Toto chápání bez zřejmého důvodu rozlišuje mezi v podstatě neexistujícím právem na primární usazení společností na jedné straně a prakticky neomezeným právem na sekundární usazování na straně druhé. Není možné přehlédnout, že poskytnutím tak široké svobody v oblasti zřizování poboček, které pak ostatně mají velmi málo společného se skutečnými pobočkami v běžném slova smyslu, je umožněno nebrat v potaz právní předpisy o přeložení sídla, ať již oficiálního, či

skutečného, do zahraničí, k jejichž vydání jsou v důsledku chybějící harmonizace oprávněny jednotlivé členské státy. V tomto případě by stačilo, aby společnost, která hodlá přeložit sídlo do jiného členského státu, v něm založila pobočku, ve které pak může soustředit celé své podnikání.

Vychází-li se dále z hypotézy, že se u dánského závodu společnosti Centros Ltd. popravdě nejedná o pobočku, ale o její hlavní sídlo (jednalo se zde o její jedinou pobočku), tak se zdá být jen logickým krokem zjištění, že i přemístění skutečného sídla ze státu inkorporace do jiného členského státu zásadně neopravňuje tento stát k odepření uznání společnosti jako právnické osoby existující ve státě inkorporace, a to za účelem respektování svobody usazování.<sup>519</sup>

Z tohoto rozsudku mimo jiné vyplývá, že vnitrostátní právní řády členských států nemohou obsahovat normy kolizního typu, které by ve svém důsledku omezovaly výkon svobody usazování obchodních společností. To vede k tomu, že na zahraniční společnost není aplikovatelné právo státu usazování. Rozdíl oproti rozsudku ve věci *Daily Mail* spočívá v tom, že i v dále uvedených rozhodnutích bylo posuzováno porušení komunitárního práva z pohledu státu, kam měla být umístěna veškerá či podstatná podnikatelská činnost obchodní společnosti.

Zatímco rozsudek ve věci *Daily Mail* byl víceméně chápán jako schvalování přednosti principu sídla, přinesl rozsudek ve věci *Centros* již změnu paradigmatu.

## 6. Compagnie de Saint-Gobain (1999)

V roce 1999 rozhodoval ESD v rámci předběžného řízení týkajícího se následků nerovného daňového postavení vnitrozemských a zahraničních provozoven.<sup>520</sup> Příčinou zde byl právní spor německé pobočky *Compagnie de Saint Gobain SA*, společnosti založené podle francouzského práva, jejíž sídlo a vedení obchodu leží ve Francii, a finančního úřadu města Aachen o poskytnutí daňového zvýhodnění pro výplatu jejích dividend, kterým se mělo zabránit, aby v SRN znovu podléhaly zdanění dividendy připadající společnosti usazené v SRN, která má účast na zahraničních společnostech.<sup>521</sup>

Podle názoru francouzské mateřské společnosti představuje vyloučení německé provozovny, náležející kapitálové společnosti usazené ve Francii, z dalších daňových zvýhodnění, které § 26 odst. 2 německého *KörperschStG* (zákon o dani z příjmu právnických osob)<sup>522</sup> umožňuje, porušení čl. 52 a čl. 58 SEHS (nyní čl. 43 SES a čl. 48 SES).

Finanční soud v Kolíně nad Rýnem jako soud prvního stupně zjistil, že odepření zvýhodnění odpovídá německému právu. Rovněž však zaujal názor, že při zohlednění rozsudku ESD ve věci *Komise-Francie*<sup>523</sup> je patrná diskriminace neslučitelná s čl. 52 SEHS (nyní čl. 43 SES).

<sup>519</sup> Behrens, P.: Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Uberseering Urteil des EuGH und den Schlußanträgen zu Inspire Art, IPRax, 2003, str. 202.

<sup>520</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-307/97, „*Compagnie de Saint-Gobain ZN-Deutschland*“, 21. 9. 1999.

<sup>521</sup> Srov. rozsudek ESD, č. C-307-97, „*Compagnie de Saint-Gobain ZN-Deutschland*“, 21. 9. 1999, odst. 17.

<sup>522</sup> Daňové zvýhodnění podle § 26 odst. 2 *KörperschStG* - zákon zvýhodňuje jen společnosti, které mají v SRN neomezenou daňovou povinnost, a nezvýhodňuje ty situace, ve kterých je vybírána zahraniční daň z příjmu právnické osoby, která byla vyměřena ze zisku dceřině a vnoúčkové společnosti firmy Saint-Gobain SA ve státech, ve kterých tyto mají sídlo.

<sup>523</sup> Srov. rozsudek ESD č. 270/83, „*Komise/Francie*“ 28. 1. 1986 Sb. 1986, 273, odst. 18.



Podle judikatury Soudního dvora je čl. 52 SEHS (nyní čl. 43 SES) jeden ze základních předpisů Společenství a po uplynutí přechodného období v členských státech je bezprostředně aplikovatelný.<sup>524</sup> K udržení německé právní pozice bylo u Soudního dvora argumentováno, že z důvodu nedostatku komunitárního opatření k unifikaci nebo harmonizaci, zvláště podle čl. 220 SEHS (nyní čl. 293 SES), jsou členské státy nadále příslušné pro stanovení kritérií pro zdanění příjmu a majetku a pro to, aby popřípadě cestou smlouvy zabránily dvojímu zdanění. V této souvislosti se členským státům umožňuje v rámci bilaterálních dohod o zamezení dvojího zdanění stanovit navazovací body pro rozdělení práva států za účelem ukládání a vybírání daní.<sup>525</sup> Z toho důvodu spadá právo stanovit daň z hodnoty výnosu do kompetenční sféry členských států a otázka, zda se provozovněm v rámci dohod o zamezení dvojího zdanění se třetím státem poskytne mezinárodní výsada pro dividendy, zabraňující vícenásobnému zdanění v případě účasti jedné společnosti v jiné (*Schachtelprivileg* – výsada účasti jedné společnosti v jiné), nepodléhá komunitárnímu právu.

ESD odpověděl na předložené otázky tak, že bývalým čl. 52 a 58 SEHS odporuje úprava, podle které se provozovně, usídlené v Německu a náležející jedné kapitálové společnosti se sídlem v jiném členském státě, neposkytují za stejných podmínek a za splnění stejných předpokladů daňová zvýhodnění jako kapitálovým společnostem se sídlem v SRN, a to zvýhodnění jako například osvobození od daně z příjmu právnické osoby pro dividendy, které vyplácely společnosti se sídlem ve třetích státech (zásada zabraňující vícenásobnému zdanění v případě účasti jedné společnosti v jiné) na základě dohod o zamezení dvojího zdanění se třetím státem či započtení daně z příjmu právnické osoby, která se v jiném členském státě než SRN vybírala jako záloha na daň ze zisku jedné, tam usídlené dceřiné společnosti, na daň z příjmu právnické osoby podle německých právních předpisů.

## 7. Überseering (2002)

V této kauze Soudní dvůr<sup>526</sup> hodnotil slučitelnost principu sídla se svobodou usazování. Podle německého práva, resp. německých kolizních norem, měla nizozemská společnost, která přemístila své skutečné sídlo do SRN, ztratit právní a procesní subjektivitu.

Spor o význam rozsudku *Centros* vznikl po otázce, zda dánský závod (*Niederlassung*) byla pobočka (pak se jednalo o otázku sekundární svobody usazování, která je podle kolizního práva neproblematická), nebo jestli se jedná vskutku o hlavní sídlo, což se zde bylo lze domnívat.

Tímto zdánlivým zdvojením první otázky bylo zřejmé, že zodpovězení první otázky by nemohlo přinést objasnění toho, zda zahraniční společnost i přes vnitrozemské správní sídlo se uznává jako subjekt, kterým ve skutečnosti je, a to právnická osoba zahraničního práva.<sup>527</sup>

<sup>524</sup> Srov. rozsudek ESD č. 71-76, „*Thieffry*“, Sb. 1977, 765 z 28. 4. 1977; rozsudek ESD č. C-311/97 „*Komise-Francie*“ z 29. 4. 1999, odst. 13.

<sup>525</sup> Srov. rozsudek č. C-336/96, „*Gilly*“, Sb. 1998, I-2793, odst. 24 a 30, v. 12. 5. 1998, odst. 61.

<sup>526</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-208/00 „*Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*“, 5.11. 2002.

Z rozsudku *Daily Mail* zde Soudní dvůr nemohl dovodit žádnou analogii. Nizozemsko, kde *Überseering BV* byla inkorporována, následuje inkorporační princip a neomezovalo přemístění sídla správy společnosti do SRN, pokud jde o právo společností. Zde se jednalo správněji o omezení svobody usazování, se kterým byla společnost podle německého práva, tedy podle práva státu přistěhována, konfrontována. Rozsudek ve věci *Daily Mail* nemohl tedy rozhodnutí ve věci *Überseering* prejudikovat. Toto stanovisko zdůraznil ESD ve svém rozhodnutí ve věci *Überseering*.

ESD výslovně konstatoval, že obchodní společnosti mají právo vykonávat svoji činnost v jakémkoli členském státě, přičemž jejich statutární sídlo, skutečné sídlo (ústřední správa) nebo hlavní pobočka slouží k určení osobního statutu společnosti.

Ze svobody usazování nutně vyplývá, že obchodní společnost musí být uznána všemi členskými státy. Opačný závěr by znamenal negaci této svobody. Převážil extenzivní výklad, a sice ten, že společnosti legitimně založené podle práva jednoho členského státu mohou využívat veškerá práva vyplývající ze svobody usazování v ostatních členských státech, aniž by ztratily svou právní či procesní subjektivitu. Ve svém důsledku tento závěr znamená, že může docházet k přenesení skutečného sídla z jednoho členského státu do druhého při zachování statutárního, zapsaného sídla ve státě inkorporace.

Členský stát, do kterého daná společnost, založená legitimně v jiném členském státě a nadále legitimně existující, přemístila své skutečné sídlo, nesmí od této společnosti k nabytí právní způsobilosti vyžadovat nové založení podle jeho národního práva. Naopak musí uznat založení v jiném členském státě a nabytou a nadále trvající právní způsobilost.

Tímto ESD jasně odstranil zbývající pochybnosti, které existovaly po rozsudcích ve věcech *Daily Mail a Centros* ve vztahu k zahraničně aktivním společnostem.

Již z rozsudku ve věci *Centros* vyplývalo, že výrok v rozsudku *Daily Mail* je relativní. ESD hodnotil aplikaci národního práva společností na zahraniční společnosti jako porušení svobody usazování, což může být v jednotlivých případech odůvodněno pouze naléhavými všeobecnými zájmy v rámci přiměřenosti. Dosud bylo ale sporné, jaký rozsah mají implikace, které jsou z rozsudku patrné, pro kolizněprávní následky mezinárodního přemístění sídla, popřípadě uznání zahraničních společností.

Rozsudkem ve věci *Überseering* se zajistilo, že kolizní normy mezinárodního práva se vyhodnocují podle přímo aplikovatelné svobody usazování. Čl. 293 SES tomu oponuje tím, že stanoví legislativní metodu dohod pro ten případ, kdy řešení problému není možné pomocí Smlouvy včetně sekundárních aktů (například směrnice).

ESD se nicméně nevyjádřil k tomu, zda nabývání všech podílů společnosti implikuje relevantní úvahy skutečného sídla, spíše přenechal tuto otázku k posouzení právu členského státu. ESD zdůraznil, že při přijetí mezinárodního přemístění sídla přijímající stát není oprávněn transakci sankcionovat odnětím právní způsobilosti, kterou společnost získala ve státě svého založení.

Dojem, že se liší od rozsudku *Daily Mail*, se ESD pokusil oslabit argumentem, že ve věci *Daily*

---

<sup>527</sup> Behrens, P.: Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering Urteil des EuGH und den Schlußanträgen zu Inspire Art, IPRax 2003, str. 202.

*Mail* šlo o vztah společnosti se státem založení a ve věci *Überseering* na druhé straně o vztah se státem sídla.<sup>528</sup>

## 8. Inspire Art (2003)

V řízení o předběžné otázce v případě „*Inspire Art*“<sup>529</sup> Soudní dvůr vyložil ustanovení primárního a sekundárního práva týkající se svobody usazování obchodních společností ve vazbě na předcházející judikaturu v této oblasti.

Předmětem sporu se stal nizozemský zákon o tzv. formálně zahraničních společnostech, který upravuje právní režim kapitálových společností s právní subjektivitou, které byly založeny podle jiného než nizozemského práva a vykonávají činnost výlučně či podstatně v Nizozemsku, aniž mají jakoukoliv reálnou vazbu na stát inkorporace. Tento zákon ukládá formálním zahraničním společnostem řadu povinností, např. uvést dodatek ke své obchodní firmě, povinnost minimální výše základního a vlastního kapitálu či povinnost vyhotovit a zveřejnit roční uzávěrky a výroční zprávy.

Nejedná se však o omezení, která by měla primárně za cíl omezit svobodu usazování. Spíše je lze charakterizovat jako minimální, což má pro konečné zhodnocení rozhodnutí ESD svůj význam. Sankcí pro případ nedodržení těchto povinností je zejména solidární odpovědnost jednatelů společností. Společnost Inspire Art si však dodatek ke své obchodní firmě do obchodního rejstříku zapsat nenechala. Obchodní komora to považovala za porušení zákona a požádala příslušný soud v Amsterdamu, aby rozhodl o tom, zda společnost Inspire Art je povinna nechat zapsat dodatek do obchodního rejstříku. Tento soud položil ESD několik otázek týkajících se výkladu komunitárního práva, resp. souladu nizozemského zákona o tzv. formálně zahraničních společnostech s komunitárním právem.

Zásadní otázkou celého řízení bylo, zda svoboda usazování převáží nad veškerými vnitrostátními právními omezeními, která by se vztahovala na zahraniční obchodní společnosti.

Šlo o to, zda může být obchodní společnost založena podle práva určitého členského státu a následně vykonávat prostřednictvím své organizační složky (pobočky) podstatnou či veškerou podnikatelskou činnost v jiném členském státě bez povinnosti plnit dodatečné podmínky pro tento výkon. Soud řešil otázku, zda obchodní společnost založená podle práva jednoho členského státu smí využít skutečnosti, že právo jiného členského státu upravuje např. problematiku základního kapitálu či podílu zaměstnanců na řízení společnosti přísněji, a vykonávat v něm prostřednictvím pobočky podstatnou či veškerou svou podnikatelskou činnost. Další otázka navazovala na oprávnění hostitelského členského státu na legislativní zásah proti takovému obchodnímu společenství např. tím, že přijme zvláštní právní předpisy za účelem upravit jejich postavení a výkon jejich podnikatelské činnosti. A v rámci řízení se řešil i problém, zda je ztížení či znemožnění činnosti zahraniční obchodní společnosti v hostitelském členském státě

<sup>528</sup> EuZW 24/2002, 737.

<sup>529</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-167/01, „*Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd.*“.

ospravedlnitelné z důvodů fiskálních, zejména pak daňových, kvůli ochraně věřitelů a jiných třetích osob, obraně před podvody či z jiných důvodů.

ESD dospěl ve svém rozsudku k průlomovému závěru, že články 43 a 48 SES nepřipouštějí právní úpravu členského státu, která činí výkon práva na zřízení organizační složky podniku v tomto státě společností, založenou podle práva druhého členského státu, závislým na splnění předpokladů, jež předepisuje národní právo prvního státu, nikoliv však také právo druhého státu, pro zakládání společností ve vztahu k základnímu kapitálu a odpovědnosti jednatelů.

ESD konstatoval: „*Jestliže občan členského státu, který má v úmyslu založit společnost, založí tuto společnost v členském státě, jehož předpisy práva společností mu ponechají větší míru svobody, a následně v jiném členském státě založí pobočku této společnosti, využívá tím svobody usazování v rámci Společenství a okolnost, že společnost nevyvíjí žádnou činnost ve státě, ve kterém má sídlo, a že svou činnost vykonává výlučně nebo převážně v členském státě, ve kterém má pobočku, ji neodnímá právo odvolat se na svobodu usazování zaručenou Smlouvou, ledaže by v konkrétním případě bylo prokázáno zneužití tohoto práva*“.<sup>530</sup>

Tato skutečnost nepředstavuje sama o sobě zneužívající nebo podvodné jednání, jež by posledně zmíněný členský stát opravňovalo k tomu, aby tuto společnost zbavil ochrany poskytované komunitárními předpisy o svobodě usazování. Tímto rozsudkem ESD zajistil, že svoboda usazování, primární i sekundární, nemá význam jen jako zákaz diskriminace zahraničních osob na území hostitelského státu, nýbrž jako zákaz jakkoliv bránit volnému pohybu zahraničních podnikatelů směrem do jiného členského státu, i kdyby zvolená omezení měla podobu předpisů, které tento stát aplikuje na vlastní podnikatele.

## 9. Lasteyrie du Saillant (2004)

Svým rozsudkem v kauze Lasteyrie du Saillant (dále jen „*Lasteyrie*“) ESD<sup>531</sup> poskytl důležitý výklad svobody usazování. Rozsudek se věnoval situaci ve věci francouzských právních předpisů o dani z nerealizovaného zisku z obchodních podílů nebo akcií, kdy jednotlivý daňový poplatník převede svůj daňový domicil mimo území Francie. V konkrétním případě se Monsieur Hughes de Lasteyrie du Saillant v roce 1998 přestěhoval z Francie do Belgie, kde podléhal okamžitému zdanění nerealizovaného zisku z podílů, které držel v jedné francouzské společnosti.

ESD rozhodl, že dotyčné francouzské ustanovení mohlo omezit výkon svobody usazování tím, že mělo přinejmenším odrazující účinek ve vztahu k daňovým poplatníkům, kteří se chtějí usadit v jiném členském státě, jelikož ti podléhali v zemi, z níž se stěhují, pouze na základě skutečnosti, že převádějí svůj daňový domicil mimo území Francie, dani z příjmu, který dosud nebyl realizován, a tudíž nepříznivému zacházení v porovnání s osobou, která zachovává své bydliště ve Francii.

---

30.09. 2003.

<sup>530</sup> Srov. rozsudek ESD „*Inspire Art*“ odstavec 105.

<sup>531</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-9/02 „*Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*“, 17. 4. 2004.

Na první pohled by se zdálo, že se daně vybírané v případě vystěhování jednotlivců nebo přemístění sídla společnosti týkají volného pohybu pracovníků (článek 39 SES), respektive svobody usazování (článek 43 SES). V případě *Lasteyrie* bylo zjištěno, že sporné daně při odchodu, které se vztahují na jednotlivce s významnými obchodními podíly, jsou v rozporu se svobodou usazování. Jelikož pro státy EHP platí stejné základní svobody, další otázka zněla, zda existují významné rozdíly v situaci, která by v případě států EHS mohla odůvodňovat takováto omezení. Komise zastává názor, že okamžitý výběr daní může být za jistých okolností ospravedlněn zásadními důvody v obecném zájmu, zejména potřebou zajistit účinnost daňového dohledu a zamezit daňovým únikům.

Státy EHP nejsou povinny provést sekundární právní předpisy Společenství v oblasti zdanění, např. směrnici o vzájemné pomoci a směrnici o vymáhání. V důsledku toho nemají členské státy nutně stejné záruky, že odložené daňové pohledávky budou zapláceny v pozdější fázi, jaké by měly v rámci Společenství. V mnoha případech však členské státy uzavřely se státy EHP dvoustranné nebo mnohostranné daňové úmluvy zahrnující povinnosti týkající se výměny informací, které zajišťují rovnocennou úroveň vzájemné pomoci. Komise se domnívá, že v případech, kdy nedostatečná administrativní spolupráce neumožňuje členským státům zachovat své daňové nároky, by členské státy měly být oprávněny přijmout odpovídající opatření v okamžiku vystěhování nebo převodu.

I když se rozsudek ve věci *Lasteyrie* vztahuje na skutečnosti a okolnosti daného případu, z výkladu ESD ohledně práva ES vyplývají závěry týkající se daní při odchodu obecně.

Zdanění rezidentů na základě realizovaných příjmů a odcházejících rezidentů na aktuálním základě znamená rozdíl v zacházení, který představuje překážku volného pohybu. Pokud se členský stát rozhodne vykonávat právo na zdaňování zisků vzniklých během doby pobytu daňového poplatníka na jeho území, nemůže přijmout opatření, která představují omezení volného pohybu.

To vylučuje možnost okamžitého výběru daně splatné z nerealizovaného zisku, když daňový poplatník převádí svůj daňový domicil do jiného členského státu. ESD ve věci *Lasteyrie* rozhodl, že možný odklad plateb daní podléhajících podmínkám, např. poskytnutí záruk, má omezující účinek vzhledem k tomu, že daňového poplatníka zbavuje požívání majetku poskytnutého jako záruka.

Stejně tak je z rozhodnutí ve věci *Lasteyrie* zřejmé, že odklad platby daní nemůže podléhat podmínce týkající se určení zástupce v členském státě původu. Obecně musí být jakýkoliv prostředek k zachování daňové pohledávky adekvátní tomuto účelu a nesmí pro daňového poplatníka znamenat nepřiměřené náklady.

Jak ESD potvrdil ve věci *Lasteyrie*, pokud obyvatel členského státu převádí své bydliště do jiného členského státu, právo ES nebrání členskému státu, ze kterého odešel, aby posoudil výši příjmu, u níž si chce zachovat daňovou pravomoc, za předpokladu, že to nevede k okamžitému uvalení daně a že s odkladem platby daně nejsou spojeny žádné další podmínky. Takovýto postup

je v souladu se zásadou daňové teritoriality spojené s časovým prvkem, a sice pobytem na vnitrostátním území v období, kdy je nabyt zdanitelný zisk. Požadavek, aby daňový poplatník v okamžiku převedení bydliště podal daňové přiznání nezbytné pro posouzení příjmu, lze považovat za přiměřený vzhledem k legitimnímu cíli rozdělení daňové pravomoci zejména pro účely odstranění dvojího zdanění mezi členskými státy.

Většina členských států, které měly předpisy o zdanění jednotlivých společností při odchodu obdobné jako dotčená ustanovení v případě *Lasteyrie*, tyto předpisy již zrušila nebo je v souladu s rozsudkem pozměnila. To Komisi umožnilo pozastavit v této konkrétní souvislosti řízení pro nesplnění povinností vůči řadě členských států. Dá se počítat s tím, že Komise dále sleduje předpisy členských států v této oblasti s cílem zajistit jejich slučitelnost s právem ES.

#### 10. Sevic Sytems (2005)

Soudní dvůr rozhodoval v roce 2005 případ německé společnosti SEVIC Systems AG<sup>532</sup> (dále jen „SEVIC“) se sídlem v Neuwiedu/SRN, která se odvolala proti usnesení obvodního soudu (Amtsgericht) Neuwied o návrhu na zápis fúze s lucemburskou společností Security Vision Concept SA (dále jen „Security Vision“) do německého obchodního rejstříku. V roce 2002 uzavřela SEVIC a Security Vision smlouvu o fúzi, ve které bylo dohodnuto zrušení společnosti Security Vision bez likvidace. S tím byl spojen převod majetku na společnost SEVIC, a to bez změny firmy SEVIC. Obvodní soud Neuwied odmítl návrh na zápis fúze do obchodního rejstříku s odůvodněním, že ust. § 1 odst. 1 č. 1 UmwG (*Umwandlungsgesetz*) řeší jen fúzi právních subjektů se sídlem v SRN.

Dle názoru soudu, který předložil případ Soudnímu dvoru, závisí odpověď na otázku, zda zápis fúze dotčených společností do obchodního rejstříku je možné odmítnout, na interpretaci čl. 43 a 48 SES s ohledem na fúzi společností se sídlem ve vnitrozemí se společností se sídlem v jiném členském státě. Článek 43 a 48 SES odporuje situace, ve které by zápis fúze do národního obchodního rejstříku, likvidace a převedení majetku na jmenovanou společnost v jednom členském státě byly odmítnuty v případě, že jedna společnost má sídlo v jiném členském státě. To platí pro případ, že by zápis byl možný, obě na fúzi zúčastněné společnosti mají sídlo v jednom z členských států a předpoklady pro zápis jsou splněny.

Pro německé právo o přeměnách (*Umwandlungsrecht*) to znamená, že ust. § 1 UmwG, ve kterém je upřesněno, že každý na přeměně zúčastněný podnik musí mít sídlo v SRN (*Rechtsträger mit Sitz im Inland*), není aplikovatelné.

Ve svém závěrečném návrhu zdůraznil generální advokát Tizzano, že svoboda usazování, oproti názoru německé spolkové vlády, je aplikovatelná na případ fúze. Spolková vláda předem tvrdila, že mezinárodní prvek není dán a evropské právo není aplikovatelné z toho důvodu, že zahraniční společnost vzniká vnitrozemskou fúzí.

<sup>532</sup> Srov. rozsudek ESD č. C 411/03, „SEVIC Systems AG“, 13. 12. 2005.

## 11. Marks & Spencer (2005)

V rozsudku ve věci *Marks & Spencer plc.*<sup>533</sup> rozhodoval Soudní dvůr o otázkách srážek ze ztrát podle práva Spojeného království, které vznikly dceřině společnosti na cizím území v jiném členském státě, a dále o slučitelnosti příslušné úpravy s čl. 43 a čl. 48 SES.

Ve Spojeném království žádala společnost Marks & Spencer o koncernovou srážku (*Konzernabzug*) podle čl. 17a odst. 6 ICTA pro ztráty svých dceřiných společností usídlených v Belgii, SRN a Francii, a to za čtyři uplynulé účetní roky. Žádosti o koncernovou srážku byly odmítnuty z důvodu, že koncernová srážka je přípustná jen pro ztráty vzniklé ve Spojeném království. V následujícím právním sporu přednesl příslušný High Court of Justice, England and Wales otázky, ke kterým se ESD vyjádřil.

Nejdříve ESD konstatoval, že podle stálé judikatury přímé daně sice podléhají příslušnosti členských států, tyto státy však dané právo vykonávají v rámci komunitárního práva.<sup>534</sup> Možnost koncernové srážky představuje podle ESD v rozhodovaném případě pro příslušnou společnost daňové zvýhodnění, které zrychluje vyrovnání ztrát deficitních společností pomocí bezprostředního zúčtování se ziskem po započtení ztráty na zisk jiných koncernových společností, a tímto získá koncern výhodu likvidity.

Pokud je takové zvýhodnění s ohledem na ztráty jedné společnosti usídlené v jiném členském státě, která v členském státě mateřské společnosti není hospodářsky aktivní vyloučeno, pak je mateřská společnost omezena při výkonu práva svobody usazování, protože je tím omezena v založení dceřiných společností v jiných členských státech. Takové vyloučení však omezuje svobodu usazování podle čl. 43 a 48 SES, protože vede k rozdílnému daňovému nakládání se ztrátou dceřiných společností se sídlem na území a mimo území členského státu mateřské společnosti.

Takové omezení je podle ESD přípustné jen tehdy, pokud se jím sleduje cíl slučitelný se Smlouvou o ES a pokud omezení vyžadují důvody všeobecného zájmu. V takovém případě musí být aplikace omezení vhodná k dosažení sledovaného cíle a nesmí překročit rámec přiměřenosti. Jinými slovy, musí jít o použití pouze nejmínějších prostředků, které jsou k dosažení cíle nezbytně nutné.<sup>535</sup>

Při tom by i v daňovém právu nemělo být sídlo daňového poplatníka rozlišovacím kritériem ospravedlňujícím nerovné zacházení s domácími poplatníky se sídlem na území daného členského státu a poplatníky na území jiných členských států. Pokud by mohl členský stát sídla společnosti libovolně realizovat nestejně zacházení pouze z toho důvodu, že se sídlo společnosti nachází v jiném členském státě, tak by čl. 43 SES pozbyl svůj smysl.<sup>536</sup>

<sup>533</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-446/03 „*Marks & Spencer plc.-David Halsey-Her Majesty's Inspector of Taxes*“, 13. 12. 2005.

<sup>534</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-397/98, 8. 3. 2001, rozs. ESD č. C-410/98, „*Metallgesellschaft a jiné*“. Sb. 2001, I-1727, odst. 37.

<sup>535</sup> Srov. rozsudek z. č. C-250/95, „*Futura Participations und Singer*“, 15. 5. 1997, Sb. 1997, I-1997, I-2471, odst. 26, rozsudek ESD č. C-9/2 z 11. 3. 2004, „*de Lasteyrie du Saillant*“, Sb. 2004, I-2409, odst. 49.

<sup>536</sup> Srov. rozsudek ESD č. 270/83, „*Komise-Francie*“, 28. 1. 1986, Sb. 1986, 273 odst. 18, odst. 37.

Důvody předložené v řízení Spojeným královstvím na jeho obranu nemohly obstát. Pokles daňových příjmů se nedá považovat za donucující důvod obecného zájmu, který může být použit k ospravedlnění opatření, které je zásadně v rozporu se základní svobodou.<sup>537</sup>

Pokud by společnosti měly při zohledňování svých ztrát v členských státech svého usazení nebo v jiném členském státě právo volby, byla by tím rovnováha daňového oprávnění mezi členskými státy podstatně zkracována, protože by daňový základ v prvním státě byl rozšířen o přenesené ztráty a v druhém státě přiměřeně snížen.<sup>538</sup> Členské státy mají být schopné zamezit dvojímu zohlednění ztrát.

Nelze popřít riziko daňového úniku hrozící tím, že ztráty uvnitř, jednoho koncernového podniku se převedou do té společnosti, která je usídlena v členském státě, ve kterém platí nejvyšší daňové sazby, a následně je daňová hodnota ztrát nejvyšší.

ESD v závěru svého rozsudku konstatoval, že čl. 43 a čl. 48 SES neodporují úpravě členského státu, která mateřské společnosti se sídlem na jeho území zabráňuje odečítání ztrát ze zdanitelného zisku, které vznikly jedné dceřiné společnosti usídlené v jiném státě, zatímco ta samá úprava umožňuje takové srážky pro ztráty dceřiných společností se sídlem na jeho území. Porušení čl. 43 a 48 SES se ale předpokládá, když územně cizí dceřiná společnost ve státě svého sídla před návrhem srážky pro evidované daňové období stejně jako pro předchozí daňové období využila předvídaných možností ke zúčtování ztrát, převodu těchto ztrát na třetího nebo zúčtování se ziskem, který dceřiná společnost v předchozím časovém období nahospodařila, a pokud neexistují možnosti, aby ztráty zahraničních dceřiných společností byly ve státě jejich sídla zohledněny pro budoucí časové období jimi samými nebo třetím subjektem, zvláště v případě přenosu dceřiné společnosti na něj.

ESD ve svých rozsudcích požaduje po členských státech, aby za určitých podmínek zohlednily ztráty vzniklé v zahraničí, které ve vnitrozemí způsobovaly snižování zisku, a proto zde byla obava z krácení daně ze zisku. Protože se v praxi těžko prokáže, že byly skutečně dostatečně využity všechny možnosti ke zúčtování ztrát ve státě usídlení dceřiné společnosti, mohou konečné fiskální důsledky být nepatrné. Tato úzká aplikační oblast rozsudku odůvodňuje i chybějící omezení jeho účinku.

## 12. Cadbury (2006)

V kauze *Cadbury Schweppes plc./Commissioners of Inland Revenue* (dále jen "Cadbury")<sup>539</sup> posuzoval ESD, za jakých podmínek může členský stát připočíst zisk dceřiných společností v zahraničních státech při vyměřování daně z příjmu právnických osob (anglické právo zahraničního zdanění – *Außensteuerrecht*).

<sup>537</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-319/02, „*Manninen*“, 7. 9. 2004, Sb. 2004, I-7477, odst. 49, odst. 44.

<sup>538</sup> Srov. rozsudek „*Marks & Spencer*“, odst. 46.

<sup>539</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-196/04, „*Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd./ Commissioners of Inland Revenue*“, 12.9.2006.



Základem byla kauza anglické mateřské společnosti koncernu *Cadbury-Schweppes* se dvěma dceřinými společnostmi<sup>540</sup> v Irsku se sídlem v níže zdaněném International Financial Services Center v Dublinu. Zisk se zde zdaňuje sazbou, která činí pouze 10%.

Anglické právo zahraničního zdanění upravuje připočet zisku dceřiné společnosti k zisku anglické společnosti, která drží více jak 50% podílů dceřiné společnosti, ten se zdaňuje u mateřské společnosti, pokud zahraniční daňová sazba činí méně jak 75% anglické sazby.

ESD zde rozhodnul, že svoboda usazování je omezena, pokud se připočítání zahraničního zisku odvozuje od daňové sazby ve státě sídla dceřiné společnosti. Taková úprava je způsobilá omezovat podniky v rozhodnutí založit dceřiné společnosti v zemích s nízkou daňovou sazbou.

Takové omezení může být ospravedlněno, pokud specifický cíl omezení směřuje k zamezení konání, které záleží v tom, že bude podle cizí úpravy čistě uměle zřízena hospodářská jednotka s cílem uniknout zdanění, které je normálně dluženo za zisk vzniklý ve vnitrozemí.<sup>541</sup>

Pouhý cíl podniku, snížit daňové zatížení při využívání rozdílných sazeb daně z příjmu právnických osob v členských státech, neodůvodňuje hypotézu zneužitelné úpravy.<sup>542</sup> K tomu musí víceméně přistoupit další subjektivní element a objektivně měřitelná kritéria. V kauze *Cadbury* konstatoval Soudní dvůr: „*Pouze pokud ovládaná zahraniční společnost (s fiktivním sídlem) nerozvíjí skutečnou hospodářskou činnost na výsovném území přijímajícího členského státu, dá se založení této zahraniční společnosti posuzovat jako pouhé umělé stvoření. Taková situace se dá zjistit u dceřiné společnosti, která je pouhou „schránkovou společností“ nebo „Strohfirma“.*“<sup>543</sup>

Zjištění přesného motivu týkajícího se společnosti přenechal soudní dvůr státnímu soudu. V první reakci na tento rozsudek objasnilo Spolkové ministerstvo financí, že úprava §§ 7-14 německého AußenStG se v budoucnu aplikuje pouze v případech, ve kterých se zahraniční investice zakládají na umělé tvorbě s úmyslem získat daňové zvýhodnění.

Již v roce 2007 dostal AußenStG novou úpravu. Ve svém ust. § 8 odst. 2 AußenStG, který nyní vylučuje připočet ke zdanění pro společnosti se sídlem nebo obchodním vedením v členském státě EU ovládané z vnitrozemí, pokud společnost vykonává skutečně hospodářskou činnost a daňový dlužník to prokáže.

### 13. International Transport Worker's Federation (2007)

V kauze *International Transport Worker's Federation/The Finnish Seaman's Union* (dále jen „*Workers Federation*“)<sup>544</sup> učinil Soudní dvůr zásadní rozhodnutí v otázce poměru svobody

<sup>540</sup> Cadbury Schweppes Treasury Services – CSTS a Cadbury Schweppes Treasury International – CSTI.

<sup>541</sup> Rozsudek *Cadbury*, odst. 55.

<sup>542</sup> Tak již generální advokát Léger ve svém závěrečném slovu 2. 5. 2006.

<sup>543</sup> Rozsudek *Cadbury*, odst. 68.

<sup>544</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-438/05, „*The International Transport Worker's Federation /The Finnish Seaman's Union/Voking Line ABP/Voking Line Eesti*“, 12. 12. 2007.

usazování a souborného vnímání práv zaměstnavatele. V tomto případě šlo o to, že tarifní právo a odborová opatření mohou představovat omezení svobody usazování.

V případě, že slouží účelu ochrany pracovních míst a sociálních standardů, mohou být nicméně tarifní práva a odborová opatření oprávněná.

V konkrétním případě žaloval finský lodní dopravce (Viking Line) vrcholnou instituci Evropských odborů dopravních dělníků ITF se sídlem ve Spojeném království pro užití neoprávněných opatření, kterými je zabraňováno ve vyplutí deficitní převozní lodi „Rosella“ Viking Line z Finska do Estonska.

ESD zdůraznil, že smluvní podmínky o svobodě usazování mají platnost i mezi stranami tarifní smlouvy s tím, že i zaměstnavatelé se mohou proti odborům odvolat na svobodu usazování (čl. 43 a další SES). Odborové opatření, které donutí podniky uzavřít tarifní smlouvu, která jim brání ve využívání svobody usazování, představuje omezení svobody usazování.

Taková omezení jsou přípustná, jen pokud se jimi sledují legitimní cíle, například ochrana zaměstnanců.

#### 14. Cartesio (2008)

V řízení *Cartesio*,<sup>545</sup> které Soudní dvůr rozhodnul koncem roku 2008, se nejednalo o otázky národních omezujících předpisů jako v případech *Centros*, *Überseering* nebo *Inspire Art*, ale o opačnou problematiku, totiž omezování odstěhování z důvodů požadavků vnitrozemského sídla.

V roce 2004 byla založena společnost *Cartesio* podle maďarského obchodního práva v právní formě komanditní společnosti a zapsána do obchodního rejstříku v Maďarsku. Komplementář a komanditista společnosti byli maďarští manželé. Dle maďarského práva se sídlo komanditní společnosti určuje sídlem hlavní správy. V roce 2005 oznámila společnost *Cartesio* rejstříkovému soudu, že přemístila sídlo do Itálie, a požádala o zápis změny sídla. Soud odmítl provést zápis z důvodu, že v Maďarsku založená společnost maďarského práva nemůže přemístit sídlo při zachování maďarského statutu společnosti. Pro takové přemístění je žádoucí ukončení společnosti a poté nové založení ve státě, do kterého se má sídlo přeložit.

Proti tomuto rozhodnutí se společnost *Cartesio* odvolala k příslušnému soudu a odvolací soud předložil Soudnímu dvoru otázku, zda ustanovení maďarského práva odporuje svobodě usazování (podle čl. 43 a 48 SES), pokud znemožňuje společnosti přemístit své sídlo do jiného členského státu a současně zachovat svou vlastnost být společností maďarského práva.

Generální advokát Maduro se vyjádřil tak, že není akceptovatelná situace, kdy se členské státy chovaly jako neomezení páni nad „životem a smrtí“ společnosti, která je zřízena dle jejich práva, a kdy trestaly „smrtí“ společnost, která se rozhodne přemístit své sídlo do jiného členského státu. Obzvláště pro malé a střední společnosti je přemístění operativního sídla jednoduchá a účinná možnost, jak vykonávat skutečnou hospodářskou činnost v jiném členském státě bez nutnosti nést náklady a administrativní zatížení, které souvisí s úplnou likvidací společnosti v původním státě

<sup>545</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-210/06, „*Cartesio Oktato' és Szogáltato' bt./ Bács-Kiskun Megyei Biro'ság*“, 15. 7. 2006.

a následujícím zřízením v určeném státě. Konečně je i společnost v čase likvidace a nového založení omezena v pokračování její obchodní činnosti.

Generální advokát zohledňoval dále i možnosti omezení z důvodů jak veřejného zájmu,<sup>546</sup> tak ochrany proti zneužití a podvodnému chování<sup>547</sup> a také otázky ochrany zájmů věřitelů, menšinových společníků, zaměstnanců nebo finančních úřadů,<sup>548</sup> podle kterých může být omezení svobody usazování na základě národních předpisů, upravujících založení a existenci společnosti, přípustné.<sup>549</sup>

Konečně generální advokát navrhnul Soudnímu dvoru odpovědět na otázky předložené ESD takto: „*Článkům 43 a 48 SES odporují národní předpisy, které představují překážku pro možnost společnosti založené podle národního práva přemístit své operativní sídlo do jiného členského státu*“.<sup>550</sup> Z toho generální advokát dále usuzoval, že maďarské právo je ohledně tohoto neslučitelné s evropským právem.<sup>551</sup>

Soudní dvůr však ve svém rozsudku<sup>552</sup> argumentaci generálního advokáta překvapivě nenásledoval. Podle názoru ESD není maďarská právní praxe v rozporu se svobodou usazování. Aplikace svobody usazování předpokládá podle čl. 48 SES, aby se vůbec jednalo o společnost ve smyslu práva členského státu. To činí předběžnou otázkou předmětem národního práva a svoboda usazování se na ni neaplikuje. Za situace, kdy tato oblast není harmonizována, mají členské státy možnost zvolit si kolizní kritérium pro přisouzení právní způsobilosti společnosti, a to jak při založení společnosti, tak i při stanovení důvodů, které vedou ke ztrátě právní způsobilosti. Kolizní kritérium může být i správní sídlo ve vnitrozemí. Tak tomu bylo i v předloženém případě, kde přisouzení právní způsobilosti navazuje na vnitrostátní skutečné sídlo. V tom nelze spatřovat porušení čl. 43 a 48 SES.<sup>553</sup> Rozhodující část rozsudku Soudního dvora zjišťuje: „... *při současném stavu komunitárního práva neomezuje svoboda usazování členský stát, aby znemožnil společnosti založené podle svého práva přemístit své sídlo pro zachování její vlastnosti zůstat společností práva tohoto státu.*“

### Oddíl 3 Shrnutí a závěr k judikatuře Soudního dvora

Ve svém rozsudku z prosince 2008 ve věci *Cartesio* se Soudní dvůr vrátil k těm základům, které před dvaceti lety vytvořil ve svém rozsudku *Daily Mail*. Tak překvapivě znovu potvrdil svůj názor, že členským státům je umožněno omezit přemístění skutečného sídla společnosti do jiného

<sup>546</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-55/94, „*Gebhard*“, 30. 11. 1995, Sb. 1995, I-4165, odst. 37, rozsudek ESD č. C-442/02 „*CaixaBank France*“, 5. 10. 2004, Sb. 2004, I-8961, odst. 11, rozsudek ESD č. C-293/06 „*Deutsche Shell*“, 28. 2. 2008, Sb. 2008, I-0000, odst. 28.

<sup>547</sup> Tak ve věci „*Cadbury Schweppes*“.

<sup>548</sup> Tak ve věci „*Überseering*“.

<sup>549</sup> Výrok generálního advokáta, odst. 32 ve věci „*Cartesio*“.

<sup>550</sup> Výrok generálního advokáta, odst. 36 ve věci „*Cartesio*“.

<sup>551</sup> Závěrečný návrh generálního advokáta Póiares Maduro, 22. 5. 2008.

<sup>552</sup> Rozsudek ESD č. C-210/06 „*Cartesio*“, 16. 12. 2008.

<sup>553</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-210/06, 16. 12. 2008 ve NJW-Spezial, č. 2, 2009, str. 48.

členského státu, pokud dotčená společnost zamýšlí při přemístění zachovat svou právní formu (obiter dictum - viz. rozsudek *Überseering*).<sup>554</sup>

Soudní dvůr další rozhodující zásadu pro svobodu usazování společností, a to že společnosti mimo právní řád, podle kterého byly založené, neexistují.<sup>555</sup> Ve věci *Cartesio* se Soudní dvůr nezmínil o rozhodnutí ve věci *Lasteyrie*, což udivuje, protože nauka v tomto případě rozhodnutí přičítala význam pro otázku odstěhování společností.<sup>556</sup> V této věci uznal Soudní dvůr již zdanění hodnot při přemístění sídla fyzické osoby do jiného členského státu za omezení mobility.<sup>557</sup> Avšak zde byla postižena fyzická osoba, nikoli obchodní společnost.

I rozhodnutí ve věci *SEVIC* nebylo pro Soudní dvůr rozhodující, protože se zde jednalo o fúzi směrem do členského státu (*Hereinverschmelzung*). Tak si jsou podobná rozhodnutí ve věci *Centros*, *Überseering* a *Inspire Art* a jsou odlišná od případu odstěhování společností. Pokrok vůči rozhodnutí ve věci *Daily Mail* je možno vidět v tom, že ESD nyní (ve věci *Cartesio*) odhaluje možnou cestu, jak společnost může i přes požadavek vnitrostátního sídla přesídlit při zachování své identity.<sup>558</sup> Tak vyplývá již z primárního komunitárního práva nárok společnosti přestěhovat se do jiného členského státu, pokud je ochotná změnit svou právní formu podle pravidel státu přistěhování.<sup>559</sup> Z toho důvodu členské státy nemohou rozhodovat libovolně o „životě a smrti“ svých společností.<sup>560</sup>

Překvapující je i nová koncepce Soudního dvora vůči předchozím rozhodnutím, pohlédneme-li na otázky ochrany věřitelů, menšinových akcionářů a zájmů zaměstnanců. Tato skupina je přemístěním sídla společnosti dotčena ve větším rozsahu, než při přemístění, které vede k přeměně právní formy, neboť se s osobním statutem společnosti změni aplikovatelné právo týkající se ručení, kapitálu a práv společníků.<sup>561</sup>

Ani aktuální rozhodnutí Soudního dvora ve věci *Cartesio* nebrání tomu, aby stát, ze kterého se společnost přemísťuje do zahraničí, stanovil pravidla k ochraně věřitelů nebo zaměstnanců, pokud přihlíží ke kritériu potřebnosti takového opatření (*Erforderlichkeit*) a přiměřenosti (*Verhältnismäßigkeit*), vytvořeným Soudním dvorem ve věci *Gebhard*.<sup>562</sup> Rozhodnutí *Cartesio* ale zdůrazňuje, že nadále existuje požadavek společenskoprávní směrnice pro přeshraniční přemístění sídla společností.<sup>563</sup> Návrh 14. směrnice se znovu nachází z daných důvodů v projednávací fázi.

<sup>554</sup> Zimmer, D., Naendrup, C.: Das Cartesio-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?, NJW č. 9/2009, str. 545.

<sup>555</sup> Srov. rozsudek *Cartesio*, odst. 104, závěr ve věci *Daily Mail*.

<sup>556</sup> Srov. Kleinert, J., Probst, P.: Erneute Absage an Wegzugsbeschränkungen durch EuGH und Kommunen, NJW 2004, 2425, Schmidbleicher, R.: Verwaltungssitzverlegung deutscher Kapitalgesellschaften in Europa, SEVIC als Leitlinie für Cartesio?, BB 2007, str. 613.

<sup>557</sup> Srov. Zimmer, D., Naendrup, C.: Das Cartesio-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?, NJW č. 9/2009, str. 546.

<sup>558</sup> Srov. Zimmer, D., Naendrup, C.: Das Cartesio-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?, NJW č. 9/2009, str. 547.

<sup>559</sup> Podobně již Roth, W.H.: Internationales Gesellschaftsrecht nach Überseering, IPRax 2003, 117.

<sup>560</sup> Srov. Generální advokát Maduro ve NZG 2008, 498 (504).

<sup>561</sup> Srov. NJW Zimmer, D., Naendrup, C.: Das Cartesio-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?, NJW č. 9/2009, str. 547; také Kieninger, E.-M., EWS 2008, č.6 první strana.

<sup>562</sup> Srov. rozsudek ESD „*Gebhard*“, Sb. 1995, I-4165.

<sup>563</sup> Tak Vosstein, Utrecht Law Review 2008, str. 53 a násl.

## Část VIII. Důsledky rozsudků Evropského soudního dvora

Rozsudky ESD vyvolaly diskuzi o důsledcích současně používaných kolizních norem mezinárodního práva soukromého. Problémy narůstaly současně s adaptací rozsudků Soudního dvora přednostně ve státech, které dosud považovaly právo efektivního sídla za podstatné. Z důvodu, že část směrodatných rozsudků ESD v oblasti svobody usazování byla vydána v rámci předběžných otázek v řízeních před německými soudy, vyskytoval se zde pravidelně přímý účinek na rozsudek předkládajícího německého soudu. Konečně byly i jiné německé soudy konfrontovány s podobnými otázkami týkajícími se uznávání zahraničních společností na německém teritoriu, a tedy i s výkladem evropského práva Soudním dvorem.

Těž německý zákonodárce nemohl zavřít oči před jasným výkladem těch svobod, které jsou zakotvené v té smluvní úpravě, kterou SRN jako člen ES vypracovala a podepsala.<sup>564</sup> Zohlední-li se, že Spolková republika Německo patřila fakticky ke spoluautorům Smlouvy o ES, udívuje na první pohled postoj německého zákonodárce obhajovat německé právo společností až za míru rozporu s evropským právem.

Tak se dá zastávat názor, že obzvláště rozsudky ESD ve věci *Überseering* a *Centros* posunuly paradigma v kolizní úpravě Spolkové republiky Německo jako (částečného) zástupce principu sídla.

Jak komunitární právo, tak i německý zákonodárce dlouhá léta zastávali zásadu nedotýkání se kolizních norem členských států v oblasti mezinárodního práva společností. Spíše se rozšiřoval názor koncentrovat se na hmotné právo společností. Zde stála v popředí přestavba práva společností a zvýšení jeho atraktivity za účelem motivace zakladatelů společností, zakládat společnosti podle práva, které nevyžaduje nutně zabývat se pravidelně otázkami práva obchodních společností, popřípadě situovat skutečné těžiště existence společnosti ve sféře jeho platnosti.

Do určité míry se rozsudek ve věci *Überseering* dá pochopit jako omezená kolizní norma v tom smyslu, že společnost podléhá svému původním statutu i v tom případě, kdy se založením efektivního sídla v jiném státě podle jeho mezinárodního práva soukromého uskuteční změna statutu.<sup>565</sup>

Tímto se zdůrazňoval vliv svobody usazování na změnu statutu společnosti. Odtud vyvstala otázka, zda navazování na efektivní sídlo správy, praktikované částí členských států, není nutné postavit na nový koncepční základ.

Z tohoto vývoje se dá vyčíst i myšlenka, že nemá význam používat proti svobodě usazování mezinárodní právo soukromé.

Stejně jako evropské právo společností reaguje na potřeby obchodních společností v mezinárodním obchodu vyvjením stále nových forem společností, žádá konečně i praxe od

<sup>564</sup> Schumanův plán se stal skutečností, když byla 18. 4. 1951 uzavřena zakládací smlouva Evropského společenství uhlí a oceli (ESUO = montánní unie) šesti státy: Belgií, Francií, Itálií, Lucemburskem, Nizozemím a Spolkovou republikou Německo. V návaznosti na to vytvořily tytéž státy 25. 3. 1957 římskými smlouvami Evropské hospodářské společenství (EHS).

<sup>565</sup> Tak i s Sonnenberger, H.J.: *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, str. 20.

jednotlivých národních úprav vytvoření použitelného práva na normativně jednoznačném základě a dále i záruku pro plánované založení společnosti a její neomezené mezinárodní aktivity (nejméně na území ES/EU).

V tom rozměru, jak se tyto požadavky překrývají, mohou se evropské právo, národní právo a mezinárodní právo soukromé dostat do konfliktu nebo se naopak doplňovat.<sup>566</sup>

Aktuální rozsudek Soudního dvora ve věci *Cartesio* zdůraznil, že přeshraniční přemístění sídla uvnitř EU při zachování identity společnosti není bezvýhradně přípustné. Správněji musí být v souladu s právem státu odstěhování.

Byl-li v minulosti pozorovatelný postoj ESD ve prospěch prohloubení svobody usazování, což je obsáhle dokumentováno v rozsudcích *Centros*, *Überseering* a *Inspire Art*, tak se Soudní dvůr ve věci *Cartesio* uchýlil k překvapivé názoru.

Avšak je třeba zdůraznit rozdílné otázky a postupy, které tvořily základ rozsudků Soudního dvora k otázkám vyplývajícím z čl. 43 a čl. 48 SES.

Rozsudky ve věci *Centros*, *Überseering* a *Inspire Art* se zabývaly problematikou omezení přistěhování společností a tím i otázkami, zda a za jakých podmínek může členský stát vytvářet bariéry pro cizí společnosti. Problematika ve věci *Cartesio* představuje pravý opak, a to omezování odstěhování společností. ESD v této kauze zdůraznil, že nutnost vnitrostátního sídla se zde vztahuje na skutečné sídlo. Výrok soudu v této kauze nepřekvapuje jen skutečností, že Soudní dvůr nenásledoval pozici generálního advokáta, ale také na první pohled existujícím nesouladem mezi dosavadní judikaturou Soudního dvora, která odmítala omezující opatření členských států pro přicházející společnosti, a nynějším rozsudkem.

Konečně je výsledek obou opatření srovnatelný, pokud si uvědomíme, že jak překážky v odstěhování ze státu původu, tak překážky přistěhování ve státě přijetí vedou k tomu, že přeshraniční přemístění sídla není možné při současném zachování právní způsobilosti dotčené společnosti.

Z takového nakládání se společnostmi se na podporu jejich mobility usuzovat nedá. Vezmeme-li však v úvahu rozsudek ESD ve věci *Daily Mail*, tak zjistíme, že se ESD zabývá požadavkem vnitrostátního sídla. I tehdy ESD nespatořoval tuto problematiku v konfliktu s čl. 43 a 48 SES, ale odkázal i tehdy na charakter předběžné otázky, která svou povahou patří do oblasti národního práva a není zahrnuta aplikační oblastí čl. 43 a čl. 48 SES.

Pokud jde o argumentaci Soudního dvora, je možné zaujmout i jinou pozici, totiž že k dodatečné ztrátě/odepření právní způsobilosti společnosti dochází teprve logicky sekundu (*eine logische Sekunde nach*) po přeshraničním přemístění sídla, a tudíž by se zde nejednalo o předběžnou otázku vztahující se ke svobodě usazování, ale o otázku přímého omezení.

Dále je nutné výrok Soudního dvora odlišit od případů přeshraničního přemístění společnosti. Soudní dvůr se zde chopil i hypotetického případu, ve kterém společnost přemístí své sídlo (při změně aplikovatelného národního práva) z jednoho členského státu do druhého členského státu a přemění se v právní formu společnosti podle národního práva státu přijetí.

<sup>566</sup> Tak i s Sonnenberger, H.J.: *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, str. 21.

Svoboda usazování umožňuje společností přeměnu touto cestou bez zrušení a likvidace společnosti v prvním členském státě, pokud právo členského státu přijetí takovou přeměnu dovoluje, a to s výjimkou, kdy naléhavé důvody obecného zájmu ospravedlňují omezení svobody usazování.

Za této konstelace by stát původu nemohl žádat zrušení a likvidaci dotyčné společnosti. Tímto obiter dictum doplnil Soudní dvůr své závěry ve věci *SEVIC* a prohlásil zde omezení přistěhovávání státem přijetí za nepřijatelné. Nyní Soudní dvůr doplnil svou judikaturu v tom smyslu, že také stát odstěhovávání nesmí stanovit restriktce pro takové případy.<sup>567</sup>

## Díl 1 Vliv judikatury ESD na české právo

Literatura vychází z toho, že pro české právo nepředstavuje rozhodnutí ESD o svobodě usazování, která se postupně přiklání k posuzování zahraničních společností spíše z hlediska inkorporačního principu, žádné radikální řešení.<sup>568</sup>

To zdůrazňuje většina v této práci představených rozhodnutí ESD. Avšak setkáme se i s ovlivněním českého práva. Již z rozhodnutí ESD ve věci *Daily Mail* je patrný vliv na ust. § 26 ObchZ.<sup>569</sup>

Ustanovení § 26 ObchZ umožňovalo původně přemístění sídla v souladu s inkorporačním principem zakotveným v českém právu. Po rozhodnutí ve věci *Daily Mail* bylo toto ustanovení ve svém odst. 1 zpřísněno o podmínku, že přemístění musí připouštět mezinárodní smlouva.

Zajímavý bude také vliv judikatury ESD na ust. § 24 odst. 2 ObchZ, který zní: „*Právnícká osoba může být založena pouze podle českého práva.*“ Původní návrh v době přípravy českého obchodního zákoníku byl rozšířen i na cizí právo, následně však došlo k omezení pouze na české právo.<sup>570</sup>

Zda je tedy ust. § 24 odst. 2 ObchZ slučitelné s právem ES, ukáže budoucnost. Avšak výraznější je vliv judikatury ESD ke svobodě usazování ve státech reprezentujících princip sídla.

## Díl 2 Reakce německých soudů na judikaturu ESD ke svobodě usazování obchodních společností a základy nového vývoje

### Oddíl 1 Obvodní a zemské soudy

Při pohledu na judikaturu německých obvodních a zemských soudů se ukazuje, že výroky ESD jsou zde zohledněny. Je však skutečností, že německé soudy se nepřiklání vždy a nepřetržitě

<sup>567</sup> Srov. Leuering, D, Rubner, D.: EuGH zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung-Cartesio, NJW-Spezial, Heft 2, 2009, str. 49.

<sup>568</sup> Srov. Pauknerová, M.: Kolizněprávní úprava obchodních společností, Právní rozhledy, č. 7/2005, str. 248.

<sup>569</sup> Srov. Pauknerová, M.: Kolizněprávní úprava obchodních společností, Právní rozhledy, č. 7/2005, str. 249 a násl. „... lze se domnívat, že zákonodárce toto ustanovení (§ 26 odst. 4 ObchZ) přijal v reakci na novější vývoj v judikatuře ESD a určitě také v reakci na sekundární právo ES (nařízení o EHVS, SE a SCE) které je prováděno zvláštními zákony.“, tak Pauknerová tamtéž.

<sup>570</sup> Srov. Pauknerová, M.: Právo ES a jeho vliv na kolizní úpravu obchodních společností v českém právu, ve Šturma, P., Ondřej, J. (eds.) Aspekty podnikání v EU a ochrana lidských práv, Sborník č. 34, str. 220.

k judikatuře Soudního dvora k výkladu svobody usazování obchodních společností.

OLG Celle rozhodoval věc srovnatelnou s právním řízením ve věci *Centros*. Podkladem byl rozsudek obvodního soudu Lüneburg,<sup>571</sup> který návrh na zápis pobočky anglické Ltd. zamítnul z důvodu, že Ltd. nebyla založena platně. OLG Celle vyčkal se svým rozhodnutím až do rozsudku ESD ve věci *Überseering* a dospěl na základě judikatury ESD k výsledku, že návrhovaatel měl být zapsán se svou pobočkou.<sup>572</sup> Tímto rozsudkem byl protikladný rozsudek první instance zrušen. Nezrušena však zůstala jiná (kontroverzní) povinnost, kterou dotčená Ltd. musela splnit. Nutné bylo předložit osvědčení dokumentující, že neexistují pochybnosti o tom, zda zapsat společnost do tzv. registru řemeslníků (*Handwerksrolle*). Zda tato restrikce byla v rozporu se svobodou usazování (nebo svobodou služeb), dotyčný soud neprojednával a také nerozhodnul. Z rozsudku se též nedovíme, jak by soud případně takovou formální překážku přístupu Ltd. k vnitřnímu trhu měl ospravedlnit.

V korespondujícím časovém období jako OLG Celle rozhodnul v roce 2002 zemský soud Frankenthal<sup>573</sup> ve srovnatelném případě přesně opačně a nenásledoval tímto rozsudek Soudního dvora ve věci *Überseering*. Základem rozsudku byla pozice soudu, že pro zahraniční společnost, která ve státě inkorporace nemá skutečné sídlo, jež pojmově chybí pro pobočku či přemístění sídla do SRN, je nutné hlavní sídlo na území inkorporace společnosti. Dále soud konstatoval, že normy evropského práva nesmí být zneužity k obcházení německých předpisů upravujících založení společnosti.

Tímto se Ltd. založená se základním kapitálem ve výši 100 £ neuznala jako kapitálová společnost a zacházelo se s ní jako s GbR, která se do německého obchodního rejstříku zapsat nemohla.

Základem dalšího případu před německým soudem byla otázka způsobilosti kapitálové společnosti založené ve Spojeném království jako Ltd., jejíž centrum řízení se nacházelo v SRN, pro zápis do německého katastru nemovitostí. Tato společnost nabyla pozemek v SRN a poté žádala o zápis do katastru nemovitostí. V první instanci příslušný obvodní soud v SRN (AG München a v druhé instanci LG München) odpověděl záporně na otázku způsobilosti této společnosti pro zápis do katastru, a to z důvodu, že tato společnost nemá právní způsobilost dle německého práva. Soud první instance své rozhodnutí odůvodnil tak, že kvalifikace zahraniční kapitálové společnosti jako německé GbR podle rozsudku II. Senátu BGH ze dne 1. 7. 2002 by v řízení ve věcech katastru neobstála, protože GbR jako taková není způsobilá k zápisu do katastru nemovitostí.<sup>574</sup> Ve svém usnesení uznal Bavorský nejvyšší zemský soud<sup>575</sup> (*Bayerische Oberste Landesgericht*)<sup>576</sup> právní způsobilost této společnosti.

První instance zde nebyla povinna k předběžnému řízení podle čl. 234 odst. 2 SES, i když zde vyvstává otázka, zda způsobilost k zápisu do katastru může být v kolizi se svobodou usazování.

Avšak ani BayObLG nebyl podle čl. 234 odst. 3 SES povinen podat návrh na zahájení

<sup>571</sup> AG Lüneburg, Urteil vom 21. 6. 2001, 20 AR 88/01.

<sup>572</sup> OLG Celle, Urteil vom 10. 12. 2002, 9 W 168/01.

<sup>573</sup> LG Frankenthal, Urteil vom 6. 12. 2002-1 HK T 9-02, BB 2003, 542 zde komentář Leible, S., Hoffmann, J..

<sup>574</sup> BayObLGZ 2002 č. 59, ZIP 2002, 2175.

<sup>575</sup> BayObLG, Urteil vom 19. 12. 2002.

<sup>576</sup> Bayerische Oberste Landesgericht byl zrušen zákonem (Gerichtsaufhebungsgesetz -AufHG) z 25.10.2004



předběžného řízení k Soudnímu dvoru, protože uznání právní způsobilosti, kterou zde dotčená Ltd. podle čl. 48 a čl. 43 SES nabyla, soud považoval za vyjasněné.

V německé judikatuře se najde i další příklad týkající se právní způsobilosti zahraniční společnosti. Podle Vrchního zemského soudu Zweibrücken<sup>577</sup> je dceřiná společnost kapitálové společnosti Ltd. založené v zahraničí způsobilá k zápisu do německého obchodního rejstříku i v tom případě, že mateřská společnost ve Spojeném království nevyvíjí žádnou hospodářskou činnost.

Soud první instance<sup>578</sup> zamítnul v červenci 2002 zápis této společnosti do obchodního rejstříku z důvodu, že společnost (Ltd.) není způsobilá k právům a povinnostem protože má statutární sídlo v zahraničí. Proti tomu to usnesení byla podána stížnost, kterou zemský soud ve druhé instanci<sup>579</sup> zamítl. Soud zde dovodil, že společnost Ltd. je sice ve smyslu rozsudku *Überseering* způsobilá k právům a povinnostem a způsobilá být účastníkem řízení. Zároveň z toho však vyplývá, že byl možný zápis do obchodního rejstříku jako společnost s ručením omezeným podle anglického práva. Nezávisle na těchto skutečnostech odporuje zápisu dceřiné společnosti okolnost, že se nedá vycházet z existence hlavního sídla této společnosti, protože mateřská společnost nevyvíjí hospodářskou činnost.

## Oddíl 2 Vrchní soudy v SRN (nový princip sídla)

Skutečnost, že německá soudní moc bojovala dlouho za zachování principu sídla, se projevuje zřetelně v nejvyšší soudní judikatuře SRN v návaznosti na rozhodovací činnost ESD. Vycházíme ze stavu do roku 2008, tedy divergence mezi statutárním sídlem a skutečným sídlem, která byla německými soudy sankcionována neuznáním právní způsobilosti získané v zahraničí. Již generální advokát Colomer zdůraznil ve svém závěrečném návrhu ve věci *Überseering*, že z tohoto stavu vyplývající následky nejsou v souladu s komunitárním právem.<sup>580</sup>

Z toho by pro takové společnosti nadále plynulo, že jejich statutární a skutečné sídlo se neshoduje a že evropský vnitřní trh je omezen na tu část, která následuje inkorporační princip. Tak by společnostem zbyla jen ta cesta podle principu sídla a ve státě, kde se usadily, se nově inkorporovat podle práva tohoto státu a tímto získat právní způsobilost, anebo založit novou dceřinou společnost.

Aby se nemusel vzdát zachování principu sídla z důvodu nesouladu s komunitárním právem, našel BGH ve svém rozsudku z 1. 7. 2002 možnou cestu. Šlo zde o kapitálovou společnost založenou na ostrově Jersey, která v mezidobí přemístila správní sídlo do SRN. Tato společnost podala žalobu kvůli nároku vyplývajícím z ručení. V poslední instanci BGH tuto společnost prohlásil za právně způsobilou a tím i způsobilou být účastníkem řízení podle německého práva.<sup>581</sup> Tímto se BGH přidal k názorům přibývajícím v literatuře.<sup>582</sup>

---

s účinkem k 30.6.2006. příslušný pro věci občanskoprávní je nyní OLG München (§ 1 BayObLG AufIG).

<sup>577</sup> OLG Zweibrücken, Urteil vom 26. 3. 2003, 3 W 21/03.

<sup>578</sup> AG Ludwigshafen am Rhein, Urteil vom 14. 6. 2002, 7 AR 89/02.

<sup>579</sup> LG Frankenthal (Pfalz), Urteil vom 6. 12. 2002, 1 HK T 9/02.

<sup>580</sup> Forsthoff, U.: Abschied von der Sitztheorie, BB 2002, 318 a násl.

<sup>581</sup> BGH, Urteil vom 1. 7. 2002 ve WM 2002, 1929 a BB 2002, 2031.

Přitom nechal BGH otázku kolizněprávního zařazení právního nároku otevřenou. V konkrétním případě nebylo nutné přihlížet ke komunitárnímu právu, protože Jersey se nachází mimo aplikační oblast, která je rozhodná pro svobodu usazování ve Spojeném království.<sup>583</sup> V tomto rozhodnutí BGH zdůraznil, že k němu dospěl pod dojmem tehdy zahájeného řízení o předběžné otázce ve věci *Überseering*, jakož i s ohledem na dosah komunitárního práva.

Z kolizněprávních důvodů vedl rozsudek BGH k prvnímu obratu v pohledu na princip sídla. Dosud platné následky pouhého odepření právní způsobilosti získané ve státě inkorporace vedly nyní pozitivně k aplikaci práva společností platného ve státě usazování. II. senát Spolkového soudního dvora (BGH) hovořil ve svém rozsudku skutečně o alternativě k dosavadnímu principu sídla a k inkorporačnímu principu. Tímto se princip sídla změnil od pouze odstrašujícího opatření na úplnou kolizní normu.<sup>584</sup>

Vedle tohoto přelomu docházelo také k překvalifikování ohledně povahy společnosti. Z důvodu, že nedochází k inkorporaci kapitálové společnosti, může dojít ve státě usazování pouze ke kvalifikaci jako osobní společnosti. Ve shora uvedeném případě se BGH rozhodnul pro právní formu GbR (společnost občanského práva). Jestli se ale jedná o GbR, nebo o osobní společnost, by mělo být rozhodnuto v konkrétním případě.

Podle německého práva by v tom nebyl rozdíl, protože německé právo jak OHG podle § 124 odst. 1 HGB, tak i GbR podle judikatury BGH,<sup>585</sup> považuje za způsobilé k právům a povinnostem a způsobilé být účastníkem řízení podle § 14 odst. 2 BGB.

Tímto je pro tyto společnosti i ve vnitrozemí zachován režim ručení aplikovatelný na osobní společnosti (§ 128 HGB, §§ 714, 427 BGB). Pokud se jedná o OHG, je zde požadován i zápis do německého obchodního rejstříku. Zde je nutné si položit otázku, do jaké míry se „nový“ princip sídla přiklání skutečně k judikatuře ESD. Protože i nadále přetrvává situace, že příslušné společnosti by musely akceptovat změnu jejich statutu.

Za této situace nelze odkázat pouze na kolizněprávní důsledky, protože hlavně i společenskoprávní důsledky jsou pro společnost rozhodné z pohledu práva usazování. Tak se dá namítnout, že i princip sídla ve své „nové“ interpretaci neposkytuje tu rozhodnou svobodu pro společnosti, pokud se společnost vrátí pouze přes nějakou právní konstrukci do pozice, aby mohla nabývat práva a prosazovat je, protože s „novou“ interpretací principu sídla nastupuje BGH na místo valné hromady společnosti. Následkem judikatury BGH je nová základní změna struktury společnosti, a to ať společnost chce, nebo nechce provést přeměnu na německou osobní společnost, o které by jinak rozhodovala jen valná hromada s potřebným množstvím hlasů.

Takto zaměřené změně statutu společnosti a přesun statutárního sídla do SRN by společnost nejspíš mohla vyhovět, protože zde v dané době již probíhaly přípravy zákonných rámcových podmínek, zohledníme-li současně tehdejší návrh Komise 14. směrnice o přeshraničním přesunu sídla společnosti.

<sup>582</sup> Roth, W.H.: Die Sitzverlegung vor dem EuGH, ZIP 2000, 1597, Zimmer, D.: Internationales Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit, Das Rätsel vor der Lösung?, BB 2000, 1361, 1363.

<sup>583</sup> Čl. 299 odst. 6 písm. c) SES ve spojení s Protokolem č. 3 k přístupovým aktům z roku 1972- BGBI. II 1338.

<sup>584</sup> Tak i Leible, S., Hoffmann, J.: Vom „Nullum“ zur Personengesellschaft - Die Metamorphose der Scheinauslandsgesellschaften im deutschen Recht, DB 2002, 2203 a násl.

<sup>585</sup> BGH, Urteil vom 29. 1. 2001 ve BGHZ 146, 341 a násl.

Pokud je ale valná hromada ve výkonu svých práv omezena a je jí odňato rozhodování o základních otázkách struktury, znamená to omezení svobody usazování, které pro společnost nemůže být markantnější.

Přes vnučenou změnu statutu je nutno konstatovat, že z pozice právního postavení společnosti, která ve státě inkorporace nadále existuje, vede přemístění skutečného sídla podle „nového“ principu sídla k tomu, že k dosavadnímu statutu společnosti (právnímu řádu rozhodnému pro společnost) přistoupí další. Protože „nový“ princip sídla doplňuje dosavadní (kapitálovou) společnost o další (osobní) společnost. Tím se konstatování nevyčerpá pouze tím, že zde dochází ke změně statutu, ale spíše jde o zdvojení statutu.<sup>586</sup>

Pokud se tedy jedná o vnučený statut nebo takové vnučení představuje nejprve jakousi výstrahu společnosti, je zde vidět stále omezení svobody usazování obchodních společností. A to se nedá ospravedlnit jak donucujícími všeobecnými zájmy v rámci přiměřenosti, tak i zacházením se zahraniční společností jako by byla „nullum“. Tím by zůstal i „nové“ interpretaci principu sídla punc odstrašujícího účinku.

Podíváme-li se na shora konstatované „zdvojení“ statutu, tak se dá říci, že se zde jedná o právní konstrukci tzv. „rozštěpené společnosti“ (*Spaltgesellschaft*), která je známa z mezinárodního vyvlastňovacího práva. Pokud je zahraniční společnost ve státě inkorporace vyvlastněna tím způsobem, že jsou společníkům odňata jejich členská práva, a to při zachování existence společnosti, odpírá BGH uznání aktu vyvlastnění z důvodu principu teritoriality.

Realizuje se to tím, že BGH ve vztahu k nevyvlastněnému majetku, který se nachází ve vnitrozemí, předpokládá existenci společnosti, která je od zahraniční společnosti oddělená, ale sestává z vyvlastněných společníků.<sup>587</sup> Zde se pak jedná o společnost německého práva, kterou je třeba důsledně zapsat v SRN, pokud je zde dále operativně činná.

K tomuto výsledku dojdeme ale také v případě „nového“ principu sídla. Protože vnitrozemská „rozštěpená společnost“, která vznikla na základě skutečného sídla, vede na zahraniční kapitálové společnosti nezávislý právní život.

Z toho plyne, že dosavadní podřízení se judikatuře ESD není pokládáno za dostačující. Spíše by se mělo se společnostmi, která byla založena v jednom členském státě EU, zacházet v celé EU jako se společnostmi, založenou a zapsanou podle práva státu inkorporace a nikoli jako s „rozštěpenou společností“ podle práva státu usazení. Zde by mělo být vyhověno svobodě usazování podle čl. 43 SES za současného respektování jejího smyslu a účelu, protože tato svoboda má poskytnout záruku, aby se občané ve Společenství nemuseli stát nejprve státním příslušníkem státu usazování, ale aby se tam podle pravidel platících pro tuzemce mohli usadit. Podle ustanovení čl. 48 SES se tato možnost vztahuje i na právnické osoby. To ale znamená, že se způsobilost k právům a způsobilost být účastníkem řízení stejně tak jako režim ručení společnosti hodnotí na základě důvodů ručení podle práva inkorporace. Řešení podle modelu rozštěpené společnosti

<sup>586</sup> Behrens, P.: Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseeing-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art, IPRax 2003, 200.

<sup>587</sup> Tamtéž, str. 200, tak i BGHZ 25, 134.

svobodě usazování a tedy i komunitárnímu právu nevyhovuje.

Konečně následoval i BGH ve svém definitivním rozsudku ze dne 13. 3. 2003 názor Soudního dvora a uznal *Überseering BV* jak právně způsobilou, tak způsobilou být účastníkem řízení a tímto jako kapitálovou společností nizozemského práva.<sup>588</sup>

Otázka, zda lze v čl. 48 SES vidět odpovídající primární kolizní normu, představuje sekundární dogmatickou otázku.<sup>589</sup> Judikaturou v případě *Überseering* ESD zdůraznil svou dosud implicitní výpověď také explicitně.

Tímto mohly být řešeny i v návaznosti na rozsudek *Überseering* důležité konfliktní otázky týkající se principu sídla a svobody usazování.

Národní kolizní právo je tímto aplikovatelné jen podle podmínek vnitřního trhu. I kolizní normy se musí nechat měřit podle hospodářských základních svobod SES. Pokud je zjištěný omezující účinek kolizní normy pro mezistátní hospodářský styk, musí být tyto účinky odůvodnitelné naléhavými obecnými zájmy v rámci přiměřenosti.

Pravidla, která stát usazování aplikuje na společnost založenou ve státě inkorporace, nejsou vyňata z rozsahu působnosti předpisů o svobodě usazování bez ohledu na to, jestli se jedná o hmotněprávní pravidlo, nebo kolizní normu.<sup>590</sup> Z toho se dá učinit závěr, že jak ze „starého“, tak i z „nového“ principu sídla plynou omezení pro svobodu usazování. Tradiční (dosavadní) princip sídla odepírá v případě divergence mezi statutárním sídlem a skutečným sídlem zahraniční společnosti existenční uznání ve vnitrozemí a „nový“ princip sídla aplikuje na zahraniční společnost právo státu usazení, které se od práva inkorporace společnosti obvykle odchyluje.

Tyto předpoklady potvrdil ESD ve svém rozsudku *Centros* tím, že zřetelně vyslovil, že svoboda usazování je aplikovatelná jednoznačně jako primární svoboda usazování pro společnosti.<sup>591</sup>

Dále se objasnilo i to, že svoboda usazování pro společnosti není závislá na tom, zda členské státy uznání zahraničních společností nebo přeshraniční sídla upraví předem mezinárodní dohodou.<sup>592</sup>

Natolik neobsahuje čl. 293 SES výhradu aplikace práva ve prospěch členských států. Stejně tak nezáleží na tom, zda Společenství tyto otázky upravilo sekundárním komunitárním právem v rámci své zákonodárné kompetence podle čl. 44 odst. 2 písm. g) SES.

Ohledně slučitelnosti omezení odstěhování se svobodou usazování ESD akceptuje, že svobodou usazování nejsou zahrnuty. ESD objasnil a zdůraznil, že nerespektování právní subjektivitu a právní způsobilosti odpovídá negaci svobody usazování společnosti. To znamená, že zřízení primární nebo sekundární pobočky mimo stát inkorporace nesmí být závislé na tom, zda se společnost podřídí právu společností ve státě usazování. Že ESD ve svém rozsudku užívá termínu „vážit“ místo „uznávat“, nemá právní význam nebo je irelevantní.

<sup>588</sup> BGH, 13. 3. 2003 – VII ZR 370-98.

<sup>589</sup> Kladně Behrens, P.: Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH, IPRax 1999, 323, tak i Eidenmüller, H.: Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, ZIP 2002, 3341.

<sup>590</sup> Tak předběžný návrh 14. směrnice, ZIP 1997, 1721.

<sup>591</sup> Srov. rozsudek ESD „Centros“ z 9. 3. 1999, odst. 19-20 ve Großfeld, B.: Die Sitztheorie des Internationalen Gesellschaftsrechts in der Europäischen Gemeinschaft, IPRax 1986, 145 a násl.

ESD také jasně učinil závěr, že v SRN praktikované přikázání právní způsobilosti pro zahraniční společnosti podle vlastního práva nevystačí. Podle názoru ESD neexistuje podle komunitárního práva místo pro vnučovanou změnu statutu nebo pro vnitrozemskou rozštěpenou společnost ve státě usazování.

Z této judikatury Soudního dvora je zřejmé, že omezení, která vyplývají z aplikace jednotlivých norem vnitrostátního práva společností na uznanou zahraniční společnost, lze chápat jako opatření, která musí být odůvodněna. Přitom uznal ESD hodné ochrany jak obecné zájmy, zájmy věřitelů, zájmy menšinových společníků, tak i zaměstnanců, ale i zájmy fiskální.<sup>593</sup>

### Díl 3 Nové tendence v německém právu obchodních společností

#### Oddíl 1 Vliv praktických skutečností

Podle rozsudku ESD ve věci *Centros, Überseering a Inspire Art* mohou němečtí podnikatelé disponovat mimo německých právních forem společností také jinou právní formou některého ze 27 členských států EU, která jim umožní být aktivní ve vnitrozemí.

V praxi to je pozorovatelné zejména nárůstem počtu anglických kapitálových společností s dceřinými společnostmi nebo společností, odštěpnými závody ze skutečným sídlem v SRN.<sup>594</sup>

Vývoj v oblasti práva společností v SRN byl ovlivňován rozsudky ESD směrem ke svobodě usazování a dále i přibývajícimi anglickými Ltd. Právě tato právní forma se stala obzvláště od roku 2003 moderní. Podle odhadu<sup>595</sup> bylo již v roce 2003 po rozsudku německého BGH o povolení právní formy Ltd. v SRN možné konstatovat založení mezi 15.000 až 18.000 Ltd. německými společníky ve Spojeném království. Většina z nich nevyvíjela činnost ve Spojeném království a byla zapsána jako německý *odštěpný závod* v německých obchodních rejstřících a vyvíjela činnost pouze v SRN. Tak v roce 2006 existovalo až 30.000 anglických Ltd., přičemž se počítalo s ročním přírůstkem až 1000 dalších Ltd., již v roce 2007 se počítalo s 50.000 Ltd. působícími v SRN.<sup>596</sup> GmbH jako právní forma podle německého práva se tím dostala pod tlak.

Založení anglických Limited se jeví mnoha podnikatelům jednodušší a levnější v první řadě tím, že k tomu není vyžadován vysoký základní kapitál. Protože jak politicky, tak i hospodářsky nebylo žádoucí, aby britská Ltd. postupně vytlačila německou GmbH, došlo v roce 2005 v SRN k politickému rozhodnutí, že se bude právo GmbH zásadně reformovat.<sup>597</sup> Koaliční dohoda

<sup>592</sup> Staudinger, J.: Internationales Gesellschaftsrecht 1998, odst. 427.

<sup>593</sup> Kriticky k tomu Behrens, P.: Behrens, P.: Reaktionen mitgliedstaatlicher Gerichte auf das Centros-Urteil des EuGH, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2000, str. 388

<sup>594</sup> Mellert, C.R.: Ausländische Kapitalgesellschaften als Alternative zu AG und GmbH - eine Synopse, *BB* 2006, 8.

<sup>595</sup> Agentura Creditreform - agentura provádějící služby pro podniky například hospodářské informace, Inkaso-sloužby, kontrola bonity atd.

<sup>596</sup> Knöpfel: Gefahren beim Einsatz von Ltd.-Gründungsagenturen: Auftrags- und Beratungsumfang contra Qualifikation?, *BB* 2006, 1233, Sandrock, O.: Spanische Gesellschaften in Deutschland, deutsche Gesellschaften in Spanien: kollisionsrechtliche Probleme, *RIW Beilage Heft 9*, 2006, str. 663.

<sup>597</sup> První návrh zákona z 01.06.2005 k nové regulaci minimálního kapitálu pro GmbH nebyl ovšem vzhledem k novým volbám do Spolkového sněmu na podzim roku 2005 dále sledován. Teprve až 29.05.2006 zaslalo Spolkové ministerstvo spravedlnosti referenční návrh Zákona k modernizaci práva GmbH a k potírání zneužití (krátce MoMiG) spolkovým resortům k jejich stanovisku. Referenční návrh reformy GmbH byl uveřejněn

spolkové vlády z tohoto důvodu předvídala již při jejím podpisu v roce 2006 příslušnou reformu práva GmbH.

Již v létě 2005 byla zahájena malá reforma, která stanovila snížení minimálního základního kapitálu GmbH z 25.000 € na 10.000 €. <sup>598</sup> Tím měla být docílena silnější konkurenceschopnost německé GmbH na evropském území. Přitom byly diskutovány otázky, zda základní kapitál ve výši 10.000 € nebo 25.000 € zamýšlenou ochranu věřitelů může zajistit. Nejdříve bylo Spolkové ministerstvo spravedlnosti toho názoru, že minimální základní kapitál ve výši 10.000 € jako práh serióznosti je absolutně nutný. Tato reforma se ale dodnes neprosadila. Avšak více úspěšné byly návrhy Speciální komise pro mezinárodní právo společností, tzv. Sonnenbergerova komise.

I ve Spojeném království, kde je úprava obchodních společností dána zákonem o obchodních společnostech (Companies act 1985), došlo v roce 2006 k novelizaci obchodních společností (Companies act 2006),<sup>599</sup> která nabývá postupně účinnosti. Plné účinnosti nabude ke dni 1.10.2009. Tzv. „Company Law reform Bill – CLRБ“ překvapuje obsahem úpravy (37 parts, 885 clauses, 15 schedules) a zasahuje hluboko do anglického práva společností.<sup>600</sup>

## Oddíl 2 Speciální komise Německé rady pro mezinárodní právo soukromé

Plénium Německé rady pro mezinárodní právo soukromé rozhodlo 10.9.2003 se souhlasem Spolkového ministerstva spravedlnosti (BMJ) zřídít Speciální komisi pro mezinárodní právo společností.<sup>601</sup> Tato Speciální komise měla na základě rozsudků Soudního dvora, obzvláště ve věci *Centros*, *Überseering* a *Inspire Art*, a s ohledem na svobodu usazování v EU vypracovat návrhy pro úpravu mezinárodního práva společností.

Speciální komise zahájila činnost v lednu 2004. Na svém závěrečném zasedání v únoru 2006 přijala jednohlasně<sup>602</sup> usnesení, které se týkalo dvou návrhů, jednak návrhu nového nařízení ES a dále návrhu autonomní německé úpravy v EGBGB. Návrhy této komise se koncentrovaly jen na mezinárodní právo společností, což odpovídalo původnímu zadání.

Speciální komise zohledňovala dodatečně v rámci tříletých porad (2004 až 2006) rozhodnutí ESD ve věci *SEVIC*, konzultace k 10. směrnici o přeshraničním sloučení kapitálových společností a taktéž konzultace ke 14. směrnici.

---

7.6.2006. Vládní návrh přišel o rok později v květnu 2007 a projednání ve Spolkovém sněmu se konalo 20.09.2007.

<sup>598</sup> Tzv. Zákon o minimálním kapitálu – MindestkapitalG; srov. Mellert, C.R.: BB-Forum: Das MindestkapG - Hoffentlich aufgehoben und nicht aufgeschoben BB 2005, 1819.

<sup>599</sup> Tak Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kolektiv: Obchodní zákoník, komentář, 12. vydání, 2009, § 26.

<sup>600</sup> Jänig, R.: Die Company Law Reform Bill: Zur Reform des Gesellschaftsrechts im Vereinigten Königreich, RIW č. 4/2006, str. 271 a násl.

<sup>601</sup> Členové této komise: prof.Dr.Dr.h.c. Jürgen Basedow LL.M. (Harvard Univ.), Prof.Dr. Peter Behrens M.C.J. (New York), Prof. Dr. Horst Eidenmüller LL.M. (Cambr.), Prof.Dr. Eva-Maria Kieninger, Prof.Dr. Peter Kindler, Prof.Dr. Otto Sandrock LL.M. (Yale), Prof.Dr.Dres.h.c. Peter Schlechtriem, Prof.Dr.Dres.h.c. Hans Jürgen Sonnenberger (předseda), Prof.Dr. Daniel Zimmer LL.M. (UCLA), Wiss.Ass. Frank Bauer (zapisovatel) a zástupce Spolkového ministerstva spravedlnosti: Regierungsdirektorin Dr. Birte Timm LL.M., Ministerialrat Dr. Rolf Wagner.

<sup>602</sup> Jeden člen komise Prof.Dr. Kindler se vyslovil proti zahrnování společností ze států mimo EU/EHP do návrhu úprav.

## 1. Určení a přípravné práce Speciální komise

Speciální komise začínala své základní práce zjištěním, že hmotněprávní unifikace a harmonizace práva společností v ES vzbudily dojem, že úpravy mezinárodního práva společností v rámci ES již nutné nejsou. Tento dojem mohl být chybný s ohledem na vývoj práva společností v Evropě na různých úrovních. Speciální komise však neprojednávala návrhy evropských nařízení, týkajících se různých typů společností, které svou aplikační oblast samy upravují.

Harmonizace hmotného práva v rámci ES však neušetří povinnosti zabývat se také mezinárodním právem společností. Tedy otázkou, které právo je rozhodné pro statut společnosti jak při založení, tak při pozdějším působení na trhu, například při právních úkonech.

V následujícím období nedostatek jednotné úpravy ztěžoval kvůli kolizní právní úpravě ve státech ES, která se navzájem odlišovala, svobodu přístupu k akciím a na trh. Soukromí aktéři hospodářského života taková omezení museli strpět, protože členské státy nebyly připraveny a ochotny k novelizaci svých norem. Rozsudky ESD, v první řadě ve věci *Überseering*, zřetelně ukazují, že společnosti založené dle práva členských států nejsou nuceny strpět omezení vyplývající z mezinárodního práva soukromého. Spíše je volný pohyb v celém Společenství bez omezení jejich identity garantován, a to bez nátlaku ke změně jejich osobního statutu. To se v mnoha členských státech, například v SRN, bez nové koncepce kolizního práva společností nedá realizovat. Zdůrazněno bylo, že pouhá harmonizace hmotného práva není dostatečná.

Rozsudky Soudního dvora ve věci *Überseering* a dalších kauzách souvisejících se svobodou usazování obchodních společností znázornily deficit současného mezinárodního práva společností v tom rozměru, jak to vyplývá z různých národních konceptů právní úpravy, ale dávají jen okrajové odpovědi. Zde bylo možné ponechat tuto situaci dále Soudnímu dvoru, aby v rámci předběžného řízení formuloval další odpovědi na předložené otázky. Tato situace ale závisí na napadlých řízeních a trvá léta.

Dále by takový postup nebyl slučitelný s europeizací mezinárodního práva na základě čl. 65 SES, která byla již zahájena nařízením o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy, tzv. Řím I,<sup>603</sup> a nařízením o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy Řím II.<sup>604</sup>

Tento předpoklad v čl. 65 SES vedl Speciální komisi k vypracování celkového návrhu nařízení ES o jednotném mezinárodním právu společností. Přitom se zde vycházelo z předpokladu, že jen takový instrument umožňuje zakladatelům společnosti celoevropskou jistotu, že ve sporném případě všechny soudy členských států aplikují stejné právní předpisy na společnosti téhož státu, a jistotu, co vše patří k právním předpisům regulujícím společnost.<sup>605</sup>

<sup>603</sup> Řím I – Nařízení EP a Rady (ES), srov. KOM (2002) 654, přináší jednotnou kolizní úpravu v oblasti smluvních závazků a transformuje v nařízení dosud platnou Římskou úmluvu o právu rozhodném pro smluvní závazky z.r. 1980, srov. Pauknerová, M.: *Evropské mezinárodní právo soukromé*, C.H.Beck, 1 vydání, Praha 2008, str. 281, srov. také Pauknerová, M.: *Evropské mezinárodní právo soukromé a procesní- aktuální otázky*, *Právní rozhledy*, 8/2003, v příloze *Evropské právo*, str. 5.

<sup>604</sup> Řím II – Nařízení EP a Rady (ES), č. 864/2007, přijaté 11.7.2007 je prvním nařízením ES, které souhrně unifikuje kolizní právo, a to pro oblast mimosmluvních závazků, Pauknerová, M., tamtéž, str. 281.

<sup>605</sup> Sonnenberger ohledně konference: *EU-Gesellschaftsrecht und Corporate Governance*, Berlin, 27. - 28. červen

S ohledem na politické potíže při realizaci evropských úprav navrhla Speciální komise subsidiárně doplněk k mezinárodnímu právu soukromému v německém EGBGB. V SRN se ohledně velké reformy IPR v roce 1986 vynechala úprava právnických osob v očekávání zmíněné evropské konvence. Judikatura ESD vyžadovala uzavření této mezery.

Návrh Speciální komise vycházel z toho, že obecně rozdílné kolizněprávní nakládání se společnostmi členských států a společnostmi ze třetích států není přiměřené. Za prvé jsou zájmy vyjádřené v navázání kolizní normy v mezinárodním právu soukromém v podstatě identické. Za druhé není vždy bez pochyb, zda vztah společnosti k členskému státu je markantnější. Za třetí jsou k dispozici dostatečné možnosti korektury, například *ordre public*, nutně použitelné (imperativní) předpisy, obcházení zákona a další. To pro případy, že výsledek určení právního řádu rozhodného pro právní vztahy společnosti se ukáže jako neprospěšný. Jak bylo zdůrazněno v článku .... rozsudku ve věci *Überseering*, ESD vyloučil, aby členský stát na společnosti založené dle práva jiného členského státu a tamtéž registrované vynucoval jiný statut (rozhodný právní řád) jen z důvodu, že tato společnost přeložila sídlo správy na jeho teritorium. Význam rozsudku ESD dle kolizního práva spočívá v tom, že změna osobního statutu společnosti členského státu ex lege z důvodu změny skutečného sídla společnosti již není přípustná. Při další analýze případné konstelace je zřetelné, že hraniční určovatel sídla efektivní správy v navázání kolizní normy je pochybný. Z této domněnky komise Německé rady vyvodila důsledky. Návrh Speciální komise tedy postavil stát registrace jako hraniční určovatel do popředí.<sup>606</sup>

Které otázky patří ke statutu společnosti a takto určeným právem jsou upravené, nebylo v německém IPR vždy jednoznačné. V porovnání s kolizním právem členských států tento pojem ještě zřetelněji vzrůstá. Návrh Speciální komise určuje, které otázky jsou kvalifikovány dle práva státu registrace společnosti, a tímto zodpovídá různé sporné otázky. To platí i pro způsob jednání společnosti dle práva státu sídla.

S ohledem na svobodu přístupu společnosti na trh a přeshraniční možnosti podniku přizpůsobit se trhu, stanoví návrh speciální kolizní normy pro sloučení, rozdělení a převod majetku. Návrh 10. směrnice o přeshraničních fúzích kapitálových společností<sup>607</sup> obsahuje dále věcnou právní úpravu, která je přejímána do hmotného práva členských států. Speciální komise rady při tom také zaznamenala předpisy kolizního práva z návrhu směrnice.

ESD ve svém rozsudku ve věci *Überseering* zamítl přípustnost nucené změny statutu. Následně vznikla otázka, zda je přípustná dobrovolná změna statutu, anebo jestli taková změna je dle evropského práva nutná. V podstatě jde o mezinárodní přeměnu společnosti skrze dobrovolnou změnu statutu (v této věci ESD dosud nerozhodoval).

Ještě v rámci konzultačního dokumentu pro 14. směrnici se Evropská komise zabývala potřebami hospodářství. V něm Evropská komise svůj původní názor přehodnotila. I když se Speciální komise orientovala na konzultační dokumenty Evropské komise pro 14. směrnici, omezila se na dobrovolnou změnu statutu uvnitř společnosti. To znamená pro registrované společnosti, že se pomocí nové registrace přesunou z jednoho členského státu do druhého, například česká s.r.o. se

---

2007.

<sup>606</sup> Pro případné společnosti bez registrace- například tzv. *Kartell-Innengesellschaften* je rozhodné závazkové navazování v rámci nařízení Řím I.

<sup>607</sup> 10. směrnice č. 2005/56/ES.



přemění na německou GmbH. Pro takové možnosti musí ale existovat možnost právního vynucení. Není úkolem německého IPR se tomuto vzpírat. Je nutné stanovit, jak takové právo spolupůsobí a které právo rozhoduje o zajištění zájmů třetích stran.<sup>608</sup> Ostatně kolizně právní ustanovení neanticipují hmotnou harmonizaci práva.

Ve své podstatě má návrh Speciální komise za cíl vyhrazovat pro zakládání společností a již založené společnosti ty národní úpravy, které odpovídají svobodě usazování dle SES a zájmu zúčastněných aplikovat na jejich potřeby odpovídající statut společnosti, i úpravy, které svobodu přístupu na trh neomezují a umožňují pružnou reakci podnikatele na rozvoj trhu pro za účelem upevnění pozice na tomto trhu. Návrh Speciální komise se dotýká také svobody společností volit evropský statut společnosti, například SE. Postup harmonizace se nedotýká práva společností členských států.

Speciální komise vidí evropské právo společností v budoucnu v podstatě ve třech pilířích, které se doplňují a teprve dohromady tvoří funkčně výhodný celek. Jednotlivé pilíře tvoří evropská harmonizace národního hmotného práva, evropské jednotné kolizní právo společností a evropské jednotné právo společností pro určité evropsky postavené podniky.<sup>609</sup>

## 2. Základy nového práva společností v SRN

Podnětem přípravných prací Sonnenbergerovy komise Německé rady pro mezinárodní právo soukromé byly především obsáhlé diskuse, zaznamenaná v minulých letech 2004 až 2008, a další rozvoj německého práva společností. Jak přípravy Sonnenbergerovy komise, tak obsáhlé souvislosti diskuse vedly k vládnímu návrhu zákona MoMiG z 23. 5. 2007, který referenční návrh (z 26. 5. 2006) k MoMiG ještě dále a obsáhle rozšířil. Přitom se reforma neomezovala jen všeobecně na právo společností či akciové právo. Vládní návrh viděl také potřebu shody se statutárním a skutečným sídlem v akciovém právu a právu GmbH. Pro AG a GmbH mělo být umožněno přeložit své správní sídlo do zahraničí. Tímto se směřovalo na mnohokrát požadované a nyní zřetelně objasněné zatlačení principu sídla.

Současně bylo ale vyžadováno nevzdat se zcela ochrany věřitelů, která až dosud platila jako jeden ze základů pro zachování principu sídla platného v SRN.

Těmito aktuálními zákonnými změnami se nezabráňuje tzv. *forum shopping* v celém rozsahu, nýbrž se otevírá cesta k soutěži právních forem společností. Že se SRN nevzdává práva spolurozhodování zaměstnanců jako jedné ze záštít (bastion) německého práva společností, zdůrazňuje i následující vývoj práva společností a mezinárodního práva soukromého (IPR) v SRN.

Německý Spolkový sněm schválil 26.6.2008 zákon k modernizaci GmbH (Zákon k modernizaci GmbH a k potírání zneužití, krátce MoMiG). 1. 11. 2008 vstoupil zákon MoMiG v platnost.

Novela zákona GmbHG směřovala k cíli učinit právní formu GmbH pro německou střední vrstvu atraktivnější a tím posílit hospodářské postavení SRN. Jedna z hlavních náležitostí reformy

<sup>608</sup> Návrh se částečně inspiroval švýcarským mezinárodním právem soukromým - IPRG, tak Sonnenberger.

<sup>609</sup> Sonnenberger, Corporate Governance Conference, 27-28. červen 2007.

zákona GmbHG je úleva a urychlení při zakládání podniků. Zde by měla být kompenzována především zdánlivá konkurenční nevýhoda GmbH oproti zahraničním právním formám jako například anglické Limited.<sup>610</sup>

GmbH by měla být na mezinárodní konkurenci přizpůsobena, aniž by se krátily dosavadní pozitivní aspekty GmbH. Nevýhody GmbH oproti jiným srovnatelným zahraničním formám společností jako např. Ltd. by měly být vyrovnány. Tím se reforma GmbH vydává dvěma směry. Za prvé se zaměřuje na zvyšování atraktivity německé GmbH oproti zahraniční právní formě a za druhé je zaměřena na lepší ochranu GmbH proti zneužití.

Spolkové ministerstvo spravedlnosti se rozhodlo i pro možnost další formy společnosti, totiž podnikatelskou společnost (*Unternehmergesellschaft*) s ručením omezeným jako novou variantu GmbH. Z důvodu, že by tato měla vznikat bez základního kapitálu, byla již v roce 2005 vedena diskuze o snížení minimálního základního kapitálu u tradiční GmbH z 25.000 € na 10.000 €.

V pozadí této změny zákona je judikatura ESD ke svobodě usazování, která umožňuje kapitálovým společnostem efektivně odloučit skutečné sídlo od sídla inkorporace (a zároveň od statutárního sídla určeného založením).<sup>611</sup>

Nová úprava má umožnit společníkům německých společností vybírat skutečné sídlo, které nemusí nutně souhlasit se statutárním sídlem, neboť to stále zůstává v tuzemsku.

Je nutné zdůraznit, že tato nová úprava šla o krok dále, než ESD mohl žádat, není totiž omezená na volbu správního sídla v evropském zahraničí, a to i přes původ úpravy v evropském právu.

MoMiG umožňuje přemístění skutečného sídla německé GmbH nebo AG do zahraničí. Statutární sídlo by muselo být i nadále v tuzemsku.

Již v přípravné fázi byla diskutována slučitelnost tohoto řešení s čl. 43 a čl. 48 SES, která je problematická v případě přestěhování do jiných států EU z důvodu zbytečných restrikcí. V oblasti platnosti svobody usazování dle čl. 43 a čl. 48 SES musí členský stát právníkou osobu, která byla založena dle práva jiného členského státu a tamtéž má i sídlo, uznat i tehdy, když své skutečné sídlo přemístí na jeho výsostné území.<sup>612</sup> To byl rámec definovaný Soudním dvorem ve věci *Überseering*.

### Oddíl 3 Konkrétní změny vyplývající z reformy práva společnosti

Konsekvence vyplývající z novely GmbHG a AktG zákonem MoMiG a tímto změny ust. § 4a GmbHG a § 5 AktienG ovlivňují samozřejmě i platnost principu sídla v SRN. Z možnosti přemístění správního sídla GmbH a AG do každé země světa se dovozuje tichý pohřeb principu sídla zamýšlený zákonodárcem.<sup>613</sup> Dále se diskutuje, zda se v nové úpravě § 4a GmbHG a § 5 AktienG dá vidět čistě hmotněprávní norma, která představuje omezení použití kolizněprávní normy pro GmbH a AG, anebo hmotněprávní norma, která však zahrnuje všeobecně přístupnou

<sup>610</sup> 99 % společností v právní formě GmbH patří k malým a středním podnikům. K 1. 1. 2005 překročil počet založených GmbH dle údajů Spolkového ministerstva spravedlnosti poprvé hranici 1 milionu.

<sup>611</sup> Srov. l. rozsudku ESD „*Inspire Ari*“, NJW 2003, str. 3331.

<sup>612</sup> Srov. k rozsudku ESD „*Überseering*“, NJW 2002, str. 3614.

<sup>613</sup> Vládní návrh str. 65 k č. 4, ZIP 2007, str. 1581.

kolizněprávní myšlenku. Jen v poslední z obou alternativ dosahuje zákonodárce cíle, totiž volného přemístění sídla německých GmbH a AG do zahraničí.

Ze změn, které přináší MoMiG, dokonce vyplývá, že pro AG a GmbH již částečně neplatí princip sídla, nýbrž inkorporační princip (omezená kolizněprávní úprava).<sup>614</sup>

Z této úvahy je zřejmé, že německý zákonodárce s MoMiG uskutečnil první, ale významný krok na cestě k „osvobození“ se od principu sídla a v tomto směru důrazně pokračuje změnou zákona EGBGB.

## 1. Přemístění sídla německé společnosti podle současného právního stavu

### a) Sídlo společnosti

Pro pochopení současného stavu zde rozhodného německého (hmotného) práva, týkajícího se přemístění společnosti, je nutné zohlednit předpisy rozhodné pro sídlo společnosti a z těchto předpisů vyplývající podmínky, upravující sídlo společnosti. Poté, co aktuální zákonodárné změny v této oblasti směřovaly na úpravu kapitálových společností, totiž německou GmbH a AG, zdůrazňuje se zde předně přemístění sídla německé GmbH.

Sídlo společnosti uvedené ve společenské smlouvě stanoví místní příslušnost rejstříkového soudu (§ 7 odst. 1 GmbHG), obecného soudu a příslušnost konkurzního soudu (§ 3 odst. 1 InsO).

Dále je statutární sídlo místem plnění pro práva a povinnosti GmbH vůči členům orgánů<sup>615</sup> a pokud ve společenské smlouvě není stanoveno jinak, také místem, kde se koná valná hromada.<sup>616</sup>

K významným změnám, které přinesl MoMiG pro německé právo GmbH, se počítá nová úprava „sídla“ společnosti. Zákonem k modernizaci práva GmbH a k boji proti zneužívání<sup>617</sup> se ust. § 4a GmbHG a ust. § 5 AktG změnil v tom smyslu, že sídlo společnosti je místo ve vnitrozemí, které je stanoveno statutem společnosti. Příslušné odstavce 2 jak ust. § 4a GmbHG, tak ust. § 5 AktG byly zrušeny bez náhrady. Prakticky to má takový význam, že vazba na místo, kde má společnost provozovnu, kde se nachází obchodní vedení nebo odkud se vede administrace společnosti, odpadá. V ust. § 4a odst. 1 se včleňují slova „ve vnitrozemí – im Inland“ po slovu „Ort-místo“.

Ustanovení § 4a odst. 1 určuje statutární sídlo GmbH a § 4a dříve stanovil ve svém odst. 2 hranice pro volbu sídla (§ 4a GmbHG byl zaveden teprve v roce 1998 zákonem HRefG<sup>618</sup> do GmbHG). Ustanovení § 4a odst. 2 GmbHG se opíralo o starší paralelní předpis ust. § 5 AktienG a omezovalo pro GmbH původní možnost volby sídla. Statutární sídlo se mělo nacházet zásadně u sídla správy podniku nebo vedení společnosti. Z odstavce 2 vyplývající omezení mělo za účel zabránit oddělení statutárního a skutečného sídla. MoMiG zrušuje předpis § 4a odst. 2 GmbHG, který omezoval svobodnou volbu sídla. Německé ministerstvo spravedlnosti (BMJ) při svém rozhodnutí pro zrušení odst. 2 vyhodnotilo původní zařazení tohoto ustanovení jako druhořadou

<sup>614</sup> Hoffmann, J.: Die stille Bestattung der Sitztheorie durch den Gesetzgeber, ZIP 2007, 1581.

<sup>615</sup> BGH WM 1985, 283.

<sup>616</sup> Lutter, M., Hommelhoff, P., Bayer, P.: GmbH Kommentar, München 2008, § 4a odst. 3.

<sup>617</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen MoMiG ([www.bmj.bund.de/media/archive/2109.pdf](http://www.bmj.bund.de/media/archive/2109.pdf)); ZIP č. 23/2007.

<sup>618</sup> Zákon týkající se reformy obchodního rejstříku z 22. 6. 1998.

potřebu ochrany věřitelů, pokud šlo o původní účel této právní upravy, totiž v případě neseriózních společností umožnit odnětí volby sídla, pokud byla zneužívána na úkor věřitelů.<sup>619</sup> S novou úpravou zákona je GmbH znovu zcela svobodná v určení svého statutárního sídla.<sup>620</sup> Německým GmbH se mají nabízet tytéž známé možnosti jako společnostem z EU, které již na základě judikatury ESD přemístily své správní sídlo do jiného státu EU.

Tímto se německým GmbH a AG umožňuje přemístění skutečného sídla i do každého jiného státu na světě. Za prvé je to zdůrazněno v odůvodnění vládního návrhu, který chce vytvořit tzv. „level playing field“<sup>621</sup> pro GmbH a AG s porovnatelnými zahraničními společnostmi. Za druhé se toto hodnocení projevuje doplňkem v § 4a odst. 1 GmbHG, ve kterém se pojem „Ort - místo“ ztotožnil s pojmem „Ort im Inland - místo ve vnitrozemí“. Zrušením odstavce 2 bez náhrady, odpadá toto omezení pro volbu skutečného sídla. Opačně se výslovným zavedením slov „im Inland – ve vnitrozemí“ po slově „Ort-místo“ v odstavci 1 zdůraznilo, že musí existovat dále ve vnitrozemí jen statutární sídlo.

Aby se usnadnilo i doručení pro věřitele společnosti, ust. § 8 odst. 4 GmbHG se změní natolik, že vnitrozemská obchodní adresa se v návrhu na zápis společnosti do obchodního rejstříku uvádí a podle ust. § 43 č. 2 b HRV též zapíše (tak i v případě ust. § 37 odst. 3 AktG).

Popsané změny pro případ GmbH se promítnou i v paralelních normách k ust. § 4a GmbHG i ust. § 5 AktG přiměřeně.

V této souvislosti stanoví nový § 4a GmbHG: „*Sídlo společnosti je to místo ve vnitrozemí, které stanoví společenská smlouva.*“ Tzn., že společenská smlouva musí uvést určitou (politickou) obec. Pokud takový údaj chybí, tak se hledí na skutečné sídlo.<sup>622</sup>

Pokud statutární sídlo ve společenské smlouvě není upraveno, rejstříkový soud zápis GmbH zamítne (§ 9c GmbHG). Pokud se přesto GmbH zapíše do obchodního rejstříku, vede to k úřednímu řízení podle ust. § 144a FGG. Jedná-li se o nepřípustnou změnu sídla, je příslušné usnesení společníků podle ust. § 241 č. 3 AktG neplatné.

GmbH smí mít jen jedno statutární sídlo. To platí i v případě, má-li společnost více podniků nebo správních jednotek. Dvojití statutární sídlo umožňuje německá judikatura jen v určitých velmi striktně omezených výjimečných případech.<sup>623</sup>

## **b) Přemístění sídla uvnitř SRN**

Ustanovení § 13 h odst. 1 HGB řeší přemístění sídla hlavního závodu právnických osob nebo obchodních společností ve vnitrozemí. Podle tohoto ustanovení je takové přemístění nutné zapsat do dosud příslušného obchodního rejstříku. Povinnost přihlášení přemístění sídla (§§ 31, 34, 107

<sup>619</sup> Lutter, M., Hommelhoff, P., Bayer, P.: GmbH Kommentar, München 2008, § 4a odst. 2.

<sup>620</sup> Fingerhut, J., Rumpf, J.: MoMiG und die grenzüberschreitende Sitzverlegung - Die Sitztheorie ein (lebendes) Fossil?, IPRax 2008, č. 2, str. 92.

<sup>621</sup> Regierungsentwurf, str. 65 k č. 4, změna § 4a odst. 3

<sup>622</sup> BayObLG, Urteil in ZIP 1999, 1714.

<sup>623</sup> OLG Brandenburg, Urteil in NotBZ 2006, 22, LG Potsdam, Urteil in NotBZ 2004, str. 402.

HGB) pro společnosti a přes ust. § 6 HGB pro společnosti osobní a podle ust. § 13 odst. 3 GmbHG, § 3 AktG i pro GmbH a AG. Dosud příslušný rejstříkový soud zkoumá formální předpoklady přihlášení, obzvláště zmocnění k zastupování přihlašovatele. Hmotné zkoumání přemístění přísluší rejstříkovému soudu nového sídla hlavního závodu. Tento soud přezkoumá řádnost přemístění a rozdílnost firmy. V případě osobních společností zahrnuje toto zkoumání jen skutečný postup při přemístění a u GmbH a AG je pro účinnost přemístění sídla nutná změna stanov podle § 179 AktG a § 53 GmbHG.

Důkaz živnostenského oprávnění není nutné předložit.<sup>624</sup> Avšak do účinnosti zákona MoMiG byl nutný alespoň souhlas řemeslnické komory (*Handwerkskammer*) se zápisem do lokálního seznamu řemeslníků (*Handwerksrolle*).<sup>625</sup>

Obavy z dřívějšího zápisu neopravňují k odepření zápisu přemístění sídla. Pro rozhodnutí o zamítnutí zápisu je příslušný rejstříkový soud zdánlivého nového sídla.<sup>626</sup>

Další předložené listiny zakládá nový rejstříkový soud do sbírky listin bez věcného zkoumání.<sup>627</sup>

### c) Přemístění sídla do zahraničí

§ 13h HGB neobsahuje ustanovení pro přemístění sídla hlavního závodu do zahraničí. Přemístění osobních společností do zahraničí není možné zapsat do obchodního rejstříku. Podle vládnoucího názoru se společnost zruší,<sup>628</sup> a to nezávisle na tom, zda se jedná o přemístění skutečného sídla nebo statutárního sídla. Pouze evropské společnosti EWIV a SE mají možnost přemístit své sídlo při současném zachování své identity.

Avšak pro kapitálové společnosti (jak AG tak i GmbH) je přemístění sídla do zahraničí možné, alespoň co se týká skutečného sídla těchto společností, a to po platnosti zákona MoMiG.<sup>629</sup>

Evropská komise navrhovala umožnit přemístění sídla kapitálových společností při zachování identity těchto společností cestou 14. směrnice (směrnice o přeshraničním přesunu sídla společnosti).<sup>630</sup> V rámci vypracování této směrnice se vycházelo z hypotézy, že pro přeshraniční přemístění sídla společnosti je nutná výslovná úprava sekundárním komunitárním právem.<sup>631</sup> Tak argumentoval i ESD, že čl. 43 a 48 SES nejsou dostačující pro zrovnoprávnění společností s fyzickými osobami ohledně svobodného usazování. Spíše jsou společnosti z důvodu divergentního skutkového stavu pro navazování v jednotlivých členských státech (tedy inkorporačního principu a principu sídla) závislé na legislativních úkonech členských států.<sup>632</sup> V mezidobí vydala Evropská komise koncem roku 2007 zprávu o zastavení prací na 14.

<sup>624</sup> Westphalen, F. Graf v., Röhrich, V., HGB-Kommentar, Verlag Dr.Otto Schmidt, 3. Auflage, Köln 2008, § 13 odst. 5.

<sup>625</sup> § 7 HwO odst. 26, 35.

<sup>626</sup> LG Leipzig, Urteil vom 15.3.2004-3, HK T 4403/03, NJW-RR 2004, str. 1112.

<sup>627</sup> LG Frankfurt a.M., Urteil vom 30.4.2002, 20 W 137/02.

<sup>628</sup> Tak OLG München, Urteil vom 4.10.2007, 31 Wx 36/07, DB 2007, 2530; OLG Brandenburg, Urteil vom 30.11.2004, 6 Wx 4/04, GmbHR 2005, str.484.

<sup>629</sup> Westphalen, F. Graf v., Röhrich, V.: HGB-Kommentar, Verlag Dr.Otto Schmidt, 3. Auflage, Köln 2008, § 13 h odst. 14.

<sup>630</sup> Návrh v ZIP 1997, 1721=ZGR 1999, 157.

<sup>631</sup> Srov. ZGR 1999, 12.

<sup>632</sup> Srov. diMarco, ZGR 1999,3,4, tak i v Westphalen, F. Graf v., Röhrich, V.: HGB-Kommentar, Verlag

směrnici.<sup>633</sup> Podle návrhu 14. směrnice se přeshraniční přemístění sídla při zachování identity společnosti mělo konat následujícím způsobem: usnesení nejméně 2/3 hlasů, věřitelé mohou žádat jistotu za pohledávky vzniklé před vypracováním plánu přemístění (*Verlegungsplan*), pro zápis do obchodního rejstříku státu přistěhování, je nutné zhotovit potvrzení odstěhování, přemístění sídla a změna stanov jsou účinné ode dne zápisu v obchodním rejstříku ve státě přistěhování.<sup>634</sup>

Avšak tento návrh nepředstavoval základ pro odklon od principu sídla, ale byl s tímto principem v souladu.<sup>635</sup> Právní následky se zde rozlišovaly od toho, zda se jedná o přemístění jen správního sídla a nebo statutárního sídla společnosti, při čemž se dá vycházet z toho, že většina případů se týká společného přemístění jak skutečného, tak i statutárního sídla. U přeshraničního přemístění sídla se zohledňuje jak právo státu odstěhování, tak i právo státu přistěhování. Zachování identity společnosti při přemístění sídla je možné pouze tehdy, pokud je přípustné podle právních řádů obou dotčených států.<sup>636</sup>

#### aa) Přemístění statutárního sídla

Přemístí-li se statutární sídlo, následuje změna stanov (§§ 53, 54 GmbHG). Přemístění sídla se v tomto případě oznamuje rejstříkovému soudu dosavadního sídla. Rejstříkový soud zde prověří i formální náležitosti návrhu a postoupí spis spolu s dokumenty společnosti rejstříkovému soudu nového sídla společnosti, který prověří podaný návrh na změnu sídla.<sup>637</sup>

Nadále je zakázán podvodný zápis sídla společnosti u rejstříkového soudu také v případě usnesení společnosti o přemístění sídla za účelem obcházení soudně nařízeného přezkoumání předpokladů zápisu.<sup>638</sup>

Současný stav práva společností – a to i po novele práva kapitálových společností zákonem MoMiG – neumožňuje německé GmbH přemístit statutární sídlo do zahraničí. Přemístění statutárního sídla není možné ani pro případ přemístění sídla do členského státu EU. Zde se neprojevila judikatura Soudního dvora ke svobodě usazování.<sup>639</sup>

Usnesení, které obsahuje přemístění sídla do zahraničí, vidí část nauky podle ust. § 241 odst. 3 AktG jako neplatné,<sup>640</sup> judikatura vychází ze zrušení usnesení.<sup>641</sup>

---

Dr.Otto Schmidt, 3. Auflage, Köln 2008, § 13 h odst. 15.

<sup>633</sup> Evropská komise z 12.12.2007, SE C 2007, 1707, avšak nyní práce na 14. směrnici pokračují.

<sup>634</sup> Srov. k dalším podmínkám u Westphalen, F. Graf von /Röhricht, V.: HGB-Kommentar, Verlag Dr.Otto Schmidt, 3. Auflage, Köln 2008, § 13 h odst. 5.

<sup>635</sup> Schmidt,K.: Sitzverlegungsrichtlinie, Freizügigkeit und Gesellschaftsrechtspraxis, Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht, ZGR 1999, str. 20,34.

<sup>636</sup> Westphalen, F. Graf v., Röhricht, V.: HGB-Kommentar, Verlag Dr.Otto Schmidt, 3. Auflage, Köln 2008, § 13 h odst. 16.

<sup>637</sup> Srov. OLG Köln in NZG 2005, str. 87; OLG Zweibrücken in GmbHR 1992, str. 678; OLG Frankfurt in Beck RS 2008, str. 6069, tak i § 13 h HGB.

<sup>638</sup> AG Memmingen in NZG 2006, str. 70.

<sup>639</sup> OLG München in NZG 2007, str. 915; OLG Brandenburg in MittBayNot 2005, str. 419; Bay ObLG NJW-RR 2004, 836.

<sup>640</sup> Kindler, P.: GmbH-Reform und internationales Gesellschaftsrecht, AG 2007, str. 723.

<sup>641</sup> OLG Hamm in NJW 2001, 2183.

## bb) Přemístění skutečného sídla

Současný (nový) stav německého práva společností dovoluje volbu statutárního sídla nezávisle na skutečném sídle.<sup>642</sup> Nauka zde líčí případy, kdy je nutné založit pro všechny koncernové podniky jednotnou příslušnost nebo kdy je účelem vyhýbat se příslušnosti málo efektivního rejstříkového soudu.<sup>643</sup> Ještě do roku 2008 platící bývalá úprava § 4a GmbHG obsahovala i odst. 2, který určoval, že statutární sídlo je pravidelně místo, na kterém se nachází podnik, obchodní vedení nebo správa společnosti. Zrušením tohoto odstavce nutnost shody statutárního a skutečného sídla odpadá.

Ze strany německých notářů se doporučuje s ohledem na ochranu menšiny, upravit skutečné sídlo též ve stanovách. Z toho by plynulo, že i přemístění skutečného sídla by bylo možné jen s majoritou nutnou pro změnu stanov společnosti.<sup>644</sup>

Úmyslem zákonodárce zde bylo zajištění stejných výchozích podmínek pro srovnatelné zahraniční společnosti (tzv. „*level playing field*“). Zde platí komunitární právo a obzvláště judikatura Soudního dvora, podle které je umožněno společností založeným v jednom ze států EU, přemístit své správní sídlo i do SRN nebo kamkoli v EU. To bez podmínek a konsekvencí, tedy nepodmíněně.<sup>645</sup>

Obavy ochránců německého práva spolurozhodování nejsou odůvodněné. Tato německá právní úprava neopustí německou GmbH, i když ta opustí se svým správním sídlem hranice SRN. Právo spolurozhodování navazuje na německé statutární sídlo společnosti a počty zaměstnanců ve vnitrozemí a ti zůstávají na přemístění skutečného sídla společnosti nezávislí.<sup>646</sup>

I zde je nutné zohlednit kolizní právo. Tak zastává jak praxe, tak i část literatury názor, že ust. § 4a GmbHG není pouze hmotněprávní (věcná) norma, ale zrcadlí se v ní skrytá kolizní norma, která se interpretuje ve smyslu inkorporačního principu.<sup>647</sup>

Literatura, která vidí v ust. § 4a GmbHG hmotněprávní úpravu,<sup>648</sup> odkazuje na možné omezení aplikace § 4a GmbHG s ohledem na kolizní právo. Ustanovení § 4a GmbHG je jako hmotněprávní norma aplikovatelná, pokud kolizněprávní norma vede k aplikaci německého práva.<sup>649</sup>

Přemístí-li německá GmbH své skutečné sídlo do zahraničí, vedla by dosavadní německá kolizní úprava zohledňující princip sídla k aplikaci zahraničního věcného práva. Tento odkaz by neměl

<sup>642</sup> Tak již RegE MoMiG str. 65.

<sup>643</sup> Tak Hofmann, J.: Die stille Bestattung der Sitztheorie durch den Gesetzgeber ZIP 2007, 1582.

<sup>644</sup> Srov. Heckschen, H., DStR 2007, 1442.

<sup>645</sup> Wicke, H.: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)- Kommentar idF des MoMiG, C.H.Beck, München 2008, § 44 odst. 11 b.

<sup>646</sup> BT-Drucks. 16/9737, str. 94.

<sup>647</sup> Tak Handelsrechtsausschuss DAV NZG 2007, 212.

<sup>648</sup> Wicke, H.: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)- Kommentar idF des MoMiG, C.H.Beck, München 2008 § 4 a odst. 13.

<sup>649</sup> Hofmann, J.: (srov. pozn. 644), Eidenmüller, H.: Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, ZGR 2007, str. 205, Kindler, P.: GmbH-Reform und internationales Gesellschaftsrecht, AG 2007, str. 722, Preuß, N.: Die Wahl des Satzungssitzes im geltenden Gesellschaftsrecht und nach dem MoMiG-Entwurf, GmbHR 2007, str. 57.

trvání, pokud zahraniční kolizní právo uznává inkorporační princip, který odkazuje zpět na německé právo (čl. 4 EGBGB).

Naopak z toho vyplývá, že přemístění skutečného sídla GmbH ze SRN do Rakouska jako zástupce principu sídla by vedlo k tomu, že jak podle německého kolizního práva, tak podle zahraničního práva by bylo aplikovatelné zahraniční právo s následkem, že § 4a GmbHG by nebyl aplikovatelný a společnost by se zrušila. Takový výsledek, který by byl více méně závislý na náhodě přemístění skutečného sídla společnosti a dále akceptoval různé následky kolizních úprav, konečně nauka<sup>650</sup> nemohla akceptovat a jak je dnes známo, ani německý zákonodárce jej v úmyslu neměl.

Pouze z MoMiG však není patrné, zda zákonodárce nyní sledoval důrazné zakotvení všeobecné právní myšlenky inkorporačního principu v zákoně (v § 4a GmbHG a § 5 AktienG). Kolizněprávní úprava, která by přiměřeně ke GmbH a AG jednoznačně dovolila změnu sídla i pro jiné společnosti, se z MoMiG přímo dovodit nedá.<sup>651</sup> Také v odůvodnění zákona MoMiG se nedá najít důrazné stanovisko k ústupu od principu sídla a k úpravě svobodného pohybu jiných společností mimo GmbH a AG.

Vládní návrh sice hovoří (na straně 65) o možnosti přemístění skutečného sídla nezávisle na tom, zda to je ohledně sídla, určeného ve společenské smlouvě, možné: „... *v budoucnosti i pro německou právní formu akciové společnosti a GmbH...*“ Takovou formulaci je možné chápat tak, že jen pro tyto dvě právní formy je možná volba efektivního správního sídla. Tento závěr se však nedá vyvodit z důvodu odůvodnění zákona, protože právě explicitní formulace výlučnosti přijatá není. Dále je třeba na odůvodnění zákona pohlížet v kontextu změn ust. § 4a GmbHG a § 5 AktG. Nedá se pochopit jako výsada pouze pro GmbH a AG.

Předpokládáme-li, že princip sídla je dále aplikovatelný pro určení statutu společnosti, je třeba následně vycházet z toho, že jiným společnostem je v odstěhování ze SRN nadále bráněno (omezená kolizněprávní úprava).

Při přesné analýze novely zákonem MoMiG se ukazují nejen změny v hmotném právu společností a konkursním právu, ale také změny v mezinárodním právu společností. Zde relevantní význam vyplývá teprve ze zákonného odůvodnění ke změnám ust. § 4a GmbHG a § 5 AktienG.

#### **Oddíl 4 Nový vývoj v německém mezinárodním právu společností**

Novela práva obchodních společností, obzvláště kapitálových společností (GmbH a AG), v SRN se neomezovala jen na hmotněprávní úpravy, ale evidovala i mezinárodní právo soukromé.

Německý zákonodárce dosud nezaujal stanovisko k otázce, podle kterého právního řádu se hodnotí právní poměry společnosti.<sup>652</sup> Článek 37 č. 2 EGBGB vylučuje právo společností výslovně z aplikace ust. čl. 27 a násl. EGBGB. S tímto omezením bere zákonodárce ohled na

<sup>650</sup> Kindler, P.: GmbH-Reform und internationales Gesellschaftsrecht, AG 2007, str. 722, Eidenmüller, H.: Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen ZGR 2007, str. 206.

<sup>651</sup> Ke změnám § 106 odst. 2 HGB, čl. 3 č. 9, str. 20 vládního návrhu.

<sup>652</sup> NJW-Spezial, č. 4, 2008, str. 111 a násl.



unifikační snahy v rámci ES.<sup>653</sup>

Německá vláda zastoupená Spolkovým ministerstvem spravedlnosti<sup>654</sup> předložila návrh zákona, kterým se uvazovací zákon k občanskému zákoníku (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*- EGBGB) doplňuje o předpisy práva zahraničně aktivních společností, spolků a právnických osob.<sup>655</sup>

Tímto návrhem zákona se pokračuje v cestě k zakotvení inkorporačního principu v německém mezinárodním právu. Společnosti, spolky a právnické osoby budou v budoucnu podléhat právu státu, ve kterém jsou zapsané do veřejného rejstříku. Tento statut společnosti má mít platnost pro otázky vnitřního uspořádání společnosti a jejího vystupování v právním styku a dále pro ručení společnosti a jejich členů (čl. 10 EGBGB-E).

Upozornit je však třeba na to, že tato nová úprava nerozlišuje mezi společnostmi ze států, kde platí svoboda usazování podle čl. 43 a 48 SES, a třetích států. Pro posledně zmíněné platí v současnosti stále princip sídla.<sup>656</sup>

V případě, že se návrh a jeho regulace stanou zákonem, musely by zakrátko být akceptovány společnosti i z exotických států.

Dále je třeba upozornit na čl. 10 b EGBGB-E, který obsahuje ustanovení o přemístění sídla, dle kterého je možné společnost podřídít právu jiného státu při zachování její identity. To v případě, že dotýčný právní řád to připouští. Přesněji řečeno se při tom jedná o změnu právní formy.

Návrh nového čl. 10b EGBGB umožňuj i přemístění statutárního sídla podle zákona o mezinárodním právu soukromém společností, pokud dosavadní právo (v bývalém státě) a nové právo (ve státě nového sídla) připouští změnu bez zrušení a nového založení společností.

Návrh čl. 10b EGBGB zní: „*Pokud se společnost, spolek nebo právnická osoba zapíše v jiném státě do veřejného rejstříku nebo navenek patrně podléhá právu jiného státu organizace společnosti, spolku nebo právnické osoby, změní se tím podle čl. 10 EGBGB aplikovatelné právo, pokud dosavadní a nové právo připustí změnu bez zrušení a nového založení a pokud předpoklady obou právních řádů jsou zde splněny.*“

Tato možnost však není zakotvena ve stálém německém právu společností.<sup>657</sup> Spolkové ministerstvo spravedlnosti k tomu formulovalo příklad: „*Německá GmbH může za určitých podmínek přemístit své sídlo do Francie tím, že se nechá zapsat do francouzského rejstříku jako „Société á responsabilité limitée (S.A.R.L.)“ a nechá se vymazat z německého obchodního rejstříku.*“

Pochybnosti však vznikají, je-li to skutečně možné dle německého práva. Článek 10b EGBGB-E sám nedovoluje změnu formy, naopak navazuje na hmotné právo formulací na konci předpisu: „...*pokud dosavadní a nové právo připouští změnu bez zrušení a nového založení a pokud*

<sup>653</sup> BT-Dr. 10/504, str. 29.

<sup>654</sup> Bundesministerium der Justiz – BMJ.

<sup>655</sup> Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen ([www.bmj.bund.de/media/archive/2751.pdf](http://www.bmj.bund.de/media/archive/2751.pdf)).

<sup>656</sup> Müller, H. F. in: Spindler, G., Stitz, E.: Aktiengesetz Kommentar, 2 Bände, Verlag C.H. Beck, 1. Auflage München 2007, IntGesR, odst. 20.

<sup>657</sup> Franz, A., Laeger, L.: Die Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften nach Umsetzung des MoMiG unter Einbeziehung des Referentenentwurfs zum internationalen Gesellschaftsrecht, BB 2008, str. 679.

*předpoklady obou právních řádů jsou splněny.*“

Takové přemístění statutárního sídla porušuje dle panujícího názoru právo a vede dle německého hmotného práva k likvidaci společnosti.<sup>658</sup> Přemístění statutárního sídla společnosti založené dle německého práva do jiného členského státu EU není možné zapsat do německého obchodního rejstříku. Tímto má současně toto ustanovení pouze funkci jakési pojistky pro budoucí úpravu.

Avšak v současné době nelze zjistit pokrok na základě předběžného zákonného návrhu. Z německé koaliční vlády složené z křesťanských demokratů (CDU) a sociálních demokratů (SPD), obzvláště ze strany SPD s podporou odborů, je cítit rezistence vůči plánované novele EGBGB. Obavy vzrůstají obzvláště s odkazem na obhajobu německých standardů ochrany zaměstnanců a jejich práv ve společnosti. V souvislosti s volbami do Spolkového sněmu v SRN (v září 2009) se dá v roce 2009 očekávat pouze „dřímání“ novelizačního procesu.

## 1. Další změny podle zákona MoMiG

### a) Zrychlení založení GmbH

Novelou německého práva kapitálových společností se německý zákonodárce orientoval jak na praktické potřeby v globalizovaném hospodářství, kde čas má monetární význam, tak na potřeby přes dekády chráněného německého právního systému. Tím, že německý zákonodárce s novelou MoMiG opouští své hájené paradigma a otevírá se dále konkurenci právních řádů, neopouští své navyklé ochranné standardy, obzvláště v oblasti práva společností.

Při zakládání jednočlenné GmbH se od poskytnutí zvláštních peněžitých záruk upouští. Bylo také objasněno, že rejstříkový soud může požadovat předložení potvrzení o zaplacení nebo jiných důkazů jen tehdy, pokud má značné pochybnosti, zda byl kapitál společnosti řádně složen.

Podle novely MoMiG se v budoucnu bude pružněji využívat minimální částka základního vkladu, která bude snížena ze 100 € pouze na 1 €. Právní institut „*zastíraného nepeněžitého vkladu*“ je nyní v zákoně výslovně upraven. Přitom bude hodnota splacené věci započítána na povinný peněžitý vklad společníka v hotovosti. Toto následuje zpravidla po zapsání společnosti do obchodního rejstříku. Zjednodušení a nákladově výhodného zakládání GmbH by mělo být dosaženo tím, že budou zavedeny dva povinně ověřované vzorové protokoly (*Musterprotokoll*)<sup>659</sup> a jako příloha ke GmbHG dány k dispozici. S novými právními úpravami musí dojít k urychlení zápisu do rejstříku. Rejstříkový soud musí neprodleně rozhodnout o přihlášení a zápisu do obchodního rejstříku. Státní povolení nemusí být při přihlášení a zápisu ještě předloženy. U společností, jejichž předmět podnikání podléhá schválení, bude řízení o zápisu odděleno od správních řízení o povolení.<sup>660</sup>

<sup>658</sup> OLG München in BeckRS 2007, 16389.

<sup>659</sup> Návrh vzorových stanov byl po četné kritice zamítnut.

<sup>660</sup> Srov. Goette, W., Heckschen, H.: GmbH-Recht aktuell: Rechtsprechung und Gestaltung unter Berücksichtigung des MoMiG-RegE, 27.9.2008, Dresden International University, srov. také BR-Drs. 354/07 (B) I a násl., Stellungnahme des Deutschen Richterbundes (www.drbb.de), Heckschen, H., DStR 2007, 1442 a násl., Karsten, F.: Kann man eine GmbH auf einem Bierdeckel gründen, GmbHHR 2007, 985 a násl.

## **b) Ochrana věřitelů**

Pro vyšší transparentnost držení obchodních podílů se podle vzoru registru akcií pokládá za společníka jen ten, kdo je zapsán v listině společníků. Závazná listina společníků bude vedena u obchodního rejstříku. Listina společníků slouží tedy jako závazný seznam pro ty, kteří v dobré víře nabyli obchodní podíly. Jestliže došlo k nesprávnému zapsání do listiny společníků a nejméně tři roky zůstal tento zápis bez námitek, platí obsah v listině vůči nabyvateli jako správný. S reformou práva společnosti s ručením omezeným bude možné poctivé získání obchodních podílů. Pouze osoba zapsaná v obchodním rejstříku platí jako společník GmbH. Jestliže zde uvedená osoba není vlastníkem obchodního podílu, může třetí osoba podíl nebo právo k tomuto podílu právním úkonem od tohoto zdánlivého (fiktivního) společníka nabýt.

V podstatě je třeba s tímto počínáním podle nového zákona souhlasit. Neboť bude umožněno pouze nabytí stávajícího podílu od zdánlivého společníka, ne však získání neexistujícího podílu. Pozoruhodné zde je, že listina společníků bude vyplněna jednatelem GmbH a ne potvrzujícím úřadem. V případě změn v okruhu společníků nebo rozsahu podílů je nutno rejstříkovému soudu předat novou listinu. Po nastalé změně provedené právním úkonem, tedy po odstoupení obchodních podílů nebo po převodu cestou sloučení, musí notář, který provádí dokumentaci, předat listinu k zápisu, a to i bez žádosti samotné GmbH.

K urychlení vymáhání práva musí být do obchodního rejstříku v budoucnu zapsána tuzemská obchodní adresa. Věřitelé GmbH by se tímto měli rychle dozvědět, na koho se mohou obrátit se svými požadavky. Jestliže je pod zapsanou adresou doručení již fakticky možné, bude možnost provádět veřejné doručení vůči GmbH v tuzemsku zlepšena.

Postoupení půjčky společníků jednotlivému společníku je momentálně díky aktuální judikatuře v SRN hojně diskutováno. Jde o udržení kapitálu a bilanční účinky. Jednatelé GmbH musí dle nového práva osobně ručit, jestliže platbou společníkům způsobili GmbH nesolventnost. Pro zbavení se odpovědnosti by se jednatel společnosti nesměl odvolat na odpovídající usnesení společníků. Těmito úpravami budou prostřednictvím judikatury dále zintenzivněna již posílená práva věřitelů GmbH proti zásahům ničící (poškozující) existenci GmbH (*Existenzvernichtende Eingriff*).

## **c) Založení podnikatelské společnosti (UG)**

Více pod tlakem rostoucí konkurence společností ze Spojeného království v právní formě Ltd. než pod tlakem evropské judikatury zavedl německý zákonodárce v rámci své novely kapitálových společností také takzvanou podnikatelskou společnost/*Unternehmergeellschaft* (dále jen UG). Zákon nyní upravuje podnikatelské společnosti s ručením omezeným v § 5a GmbHG. Přitom se nejedná o novou právní formu, nýbrž o GmbH, která může být nyní založena bez minimálního základního kapitálu.

Budoucí zakladatelé a obzvláště malí podnikatelé budou mít nyní možnost své osobní ručení ještě výhodněji a nebyrokraticky omezit, než jak tomu je u „klasické“ GmbH. Neboť u této malé formy GmbH je nejdříve předpokládán základní kapitál ve výši pouze 1,00 €. Společnost je

povinna uložit ročně 25 % zisků z předchozího roku (snížené o převod ztráty) do zákonné rezervy a tak postupně ušetřit vlastní kapitál. Rezerva nesmí být vyplacena společníkům. UG nesmí své zisky plně vyčerpat, nýbrž musí minimální základní kapitál klasické GmbH postupně vytvořit. Nepeněžitě vklady jsou u UG ovšem vyloučeny.

Notářské listiny nebudou při založení podnikatelské společnosti nutné, pokud zakladatel použije vzorové stanovy, které obsahují standardně formulované stanovy pro UG. Použijí-li tedy zakladatelé tyto stanovy a nejsou-li v procesu zakládání zahrnuty žádné pozemky, odpadá potřeba notářského ověření listin německými notáři. Jednoduché ověření je postačující.

Pokud UG nedosáhne základního kapitálu ve výši 25.000 €, a to přes tvorbu rezerv, musí nést dodatek k právní formě „*Unternehmersgesellschaft* s ručením omezeným“ nebo „UG s ručením omezeným“. Zkrácení dodatku na „s ručením omezeným“ není dovoleno. Tato úprava by měla sloužit k ochraně věřitelů a tím by mělo být vlastně zabráněno vlastnímu klamání veřejnosti, že se u *Unternehmersgesellschaft* jedná o GmbH s plným základním kapitálem. Avšak formulace „s ručením omezeným“ vyvolává mylný názor, že společnost má omezené ručení. Společnost sama není s ručením omezeným. Z této vlastnosti profitují pouze společníci.

Pokud je po určité době dosažen základní kapitálový obnos „klasické“ GmbH, měla by být společnost vedena s právním dodatkem „klasické“ GmbH.

## 2. Důsledky MoMiG pro sídlo osobních obchodních společností

Osobní obchodní společnosti nejsou zákonem MoMiG upraveny. S účinností zákona MoMiG nastaly obzvláště pro osobní obchodní společnosti problémy. Lze to demonstrovat na příkladu GmbH & Co. KG nebo AG & Co. KG, pokud má GmbH jako komplementář své statutární a správní sídlo v SRN. Skutečné sídlo GmbH & Co. KG je se skutečným sídlem komplementáře GmbH identické. S novou úpravou § 4a GmbHG by GmbH-komplementář mohla přemístit svou hlavní správu a tímto i skutečné sídlo do zahraničí. Pokud tak učiní, vyvstává otázka, co se z GmbH & Co. KG stane.

Další otázka se týká fiktivního sídla. Nejdříve je třeba zjistit, zda se statutární sídlo GmbH-komplementáře, která zodpovídá jako osobně ručící společník za vedení společnosti a její zastoupení, nachází dále v SRN. V SRN má GmbH-komplementář v souladu s novelou podle MoMiG obchodní adresu, která je zapsaná v příslušném obchodním rejstříku. Skutečné sídlo však v tomto případě nesplyvá se statutárním sídlem, ale může ležet v zahraničí. Pokud se ze zahraničního sídla uskutečňuje obchodní vedení komanditní společnosti, tak se skutečné sídlo GmbH & Co. KG nachází v zahraničí. Princip sídla by zde vyvolal úřední postup, podle kterého se GmbH & Co. KG zrušuje.<sup>661</sup> S pomocí inkorporačního principu by se podařilo elegantní řešení shora popsaného problému. Proto si ale KG musí zvolit fiktivní sídlo. Fiktivní sídlo je podle společenské smlouvy dohodnuté sídlo, které se odchyluje od skutečného skutečného sídla.

<sup>661</sup> Ehinger, N.J.: Auswirkungen des MoMiG auf die Praxis der GmbH & Co. KG, BB 2006, str. 2701.

Pokud takové určení sídla není možné, tak zde nepomůže ani inkorporační princip, protože KG nemůže přemístit své sídlo bez změny sídla dohodnutého podle společenské smlouvy. Při přemístění sídla do zahraničí by nutně následovalo zrušení společnosti. Tato problematika je mimoto dalekosáhle identická s otázkou, zda společnost může mít dvě sídla. Potud byl původní právní stav již do značné míry objasněn a vzat v úvahu.<sup>662</sup> Konečně se zde musí zohlednit právní úprava podle zákona MoMiG.

V zákonné úpravě ust. § 105 až 177a HGB se v ust. §§ 106 a 107 HGB nachází úprava sídla společnosti. Ustanovení § 106 odst. 2 č. 2 HGB bylo změněno zákonem MoMiG. Do obchodního rejstříku se zapisuje místo, ve kterém má společnost své sídlo, a dále se zapisuje vnitrozemská obchodní adresa. Dosud se obchodní adresa do obchodního rejstříku nezapisovala. V odůvodnění k reformnímu zákonu se argumentuje tím, že tato úprava slouží ke zlepšení transparentnosti. Věřitelům společnosti má informace o obchodní adrese umožnit doručení společnosti. Díkce vládního návrhu zákona však obchodní adresu neváže na sídlo uvedené ve společenské smlouvě. Dále upravuje MoMiG podle vládního návrhu následující změny v ust. § 24 odst. 2 věta 1. a ust. § 40 č. 2 b HregVO.<sup>663</sup>

Ustanovení § 106 odst. 2 č. 2 HGB v novém znění již říká, že s nabytím účinnosti MoMiG mohou být sídlo a vnitrostátní obchodní adresa místně rozdílné. Vládní návrh však nepodporuje závěr, že by se možnosti rozpadnutí fiktivního a skutečného sídla společnosti měly zákonně zakotvit. Naopak se také nedá dospět k závěru, že by se nemohlo rozlišovat mezi společenskoprávním a skutečným sídlem společnosti.

U osobních společností, tedy i u komanditní společnosti, je podle převládajícího názoru sídlo společnosti stejné jako sídlo skutečné správy. I podle společenské smlouvy není možné odchýlné určení sídla. Jako důvod se uvádí, že ust. § 24 BGB vychází v případě sdružení z toho, že jako sídlo sdružení je možné určit fiktivní sídlo sdružení ve stanovách. To vyplývá z díkce zákona "pokud není stanoveno jinak". Avšak tato právní myšlenka není přenositelná na osobní společnosti, protože tyto společnosti stojí fyzické osobě blíže než sdružení. V tomto případě převládá právní úprava uvedená v ust. § 7 BGB, která upravuje bydliště fyzické osoby. Tomu však odporuje to, že ust. § 7 odst. 2 BGB předvídá, že fyzická osoba nemůže mít bydliště současně na více místech. Tímto se klade otázka, jaký právní důvod se v ust. § 7 BGB používá pro odmítnutí fiktivního sídla osobní obchodní společnosti.<sup>664</sup>

Je-li přijat argument § 7 BGB, tak zasahuje pouze typickou komanditní společnost, u které je soukromě ručící společník fyzická osoba. GmbH & Co. KG, u které jsou například všichni společníci kapitálové společnosti s ručením omezeným, odpovídá jen vzdáleně fyzické osobě, i když komanditisté jsou fyzické osoby, je společnost nadále ovlivněná osobně ručícím společníkem. Pokud to je GmbH, tak je charakter KG jen podmíněně srovnatelný s fyzickou osobou. Argument § 7 BGB by byl tedy pouze závislý na perspektivě pozorovatele. Klade se zde

<sup>662</sup> Pluskat, S.: Die Zulässigkeit des Mehrfachsitzen und die Lösung der damit verbundenen Probleme, WM 2004, str. 601 a násl., Borsch, U.: Die Zulässigkeit des inländischen Doppelsitzen für Gesellschaften mbH, GmbH, 2003, str. 259, ZIP 2001, str. 1632.

<sup>663</sup> Handelsregisterverordnung-nařízení o obchodním rejstříku.

<sup>664</sup> Pluskat, S.: Die Zulässigkeit des Mehrfachsitzen und die Lösung der damit verbundenen Probleme, WM, Teil IV, 2004, str. 601, 609.

tedy otázka, zda je nutno vycházet z ideálního typu komanditní společnosti a nevidět v ní flexibilní typ s různými formami.

Dále se argumentuje tím, že pro třetí strany je sídlo KG podle společenské smlouvy jen těžko zjištělné, protože společenská smlouva nemusí být založena ve sbírce listin obchodního rejstříku a sídlo tudíž nemusí být zapsané.<sup>665</sup> Správně je, že ust. §§ 106 až 108 HGB nestanoví povinnost k předložení společenské smlouvy. Podle ust. § 106 odst. 2 č. 2 HGB (nové úpravy) se ale do obchodního rejstříku kromě sídla zapisuje i obchodní adresa společnosti. To otevírá možnost, aby společnost měla fiktivní společenskoprávní sídlo a skutečnou správu na jiném místě. Z důvodu, že se obchodní adresa zapisuje do obchodního rejstříku, je rozpadnutí mezi sídlem a obchodní adresou i transparentní. Právní styky jsou tímto chráněné a argument, že by třetí osoby nezjistily obchodní sídlo, nemá relevanci.

To znamená, že s platností zákona MoMiG je popírán podstatný argument proti odůvodnění fiktivního sídla u GmbH & Co. KG a tímto i KG všeobecně. Takové hodnocení je důsledně přenositelné na OHG. Osobní obchodní společnosti mohou tedy mít společenskou smlouvou určené sídlo, od kterého se odchyluje skutečná obchodní adresa.

Dále tím vyvstává otázka, zda osobní obchodní společnosti, které mají podle shora uvedeného fiktivní sídlo, mohou také své skutečné sídlo přenést přes hranice.

Poté, co se MoMiG vzdává principu sídla pro GmbH a AG, zbývá pro určení práva aplikovatelného na GmbH & Co. KG odkaz na princip sídla. Z principu sídla ve spojení s názorem, že neexistuje od skutečného sídla odchýlné „fiktivní“ sídlo nebo sídlo KG podle společenské smlouvy, je možné dojít k závěru, že se GmbH & Co. KG zruší. Německá KG, která má skutečné sídlo v zahraničí, nemůže být právně uznána.

Dá se očekávat, že nyní v platnosti zákona MoMiG<sup>666</sup> budou v SRN zastupovány názory, které budou argumentovat, že inkorporační princip se stane rozsáhlým principem i v SRN. Pohlédneme-li například na GmbH & Co. KG, tak GmbH-komplementář má dále statutární sídlo v SRN. Je také dále dostupná podle obchodní adresy zapsané v obchodním rejstříku. To samé platí pro KG podle shora uvedeného názoru. Vládní návrh považoval za dostatečné, aby u GmbH bylo uvedeno v SRN pouze statutární sídlo.<sup>667</sup> Pokud se v této souvislosti spojí s odstěhováním komplementáře GmbH zrušení KG, jde to proti hodnocení MoMiG, podle kterého má každá GmbH a AG právo svobodné volby sídla. Tento rozpor se dá vyřešit pouze jednotnou aplikací inkorporačního principu.

Zástupci principu sídla upozorňují na nutnost spojit vedení společnosti úzce se sídlem příslušného úřadu.<sup>668</sup> Vládní návrh to vidí v případě GmbH jinak. Neexistují podstatné argumenty, proč by se případ KG měl posoudit jinak. Nová regulace vyhovuje povinnosti udržování vnitrozemské obchodní adresy a jejího zápisu do obchodního rejstříku. To je podle dikce vládního návrhu možné i u KG.

<sup>665</sup> Langhein v: Münchener Kommentar, HGB, Band 2, 2.vydání, 2006, § 160 odst. 28.

<sup>666</sup> MoMiG je platný od 1.11.2008.

<sup>667</sup> Vládní návrh k zákonu MoMiG, str. 65.

<sup>668</sup> Popp in: Baumbach, A., Hopt, K.J., Merkt, H., Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), Verlag C.H. Beck 33. Auflage München 20008, odst. 8.

BGH<sup>669</sup> a část literatury<sup>670</sup> zastávají názor, že u osobních obchodních společností všeobecně i z důvodů jednotného navázání statutu společnosti se aplikuje princip sídla, i když flexibilita těchto forem společností naznačuje aplikaci inkorporačního principu. MoMiG však sleduje v případech GmbH a AG (alespoň částečně) inkorporační princip. Tak se nabízí následovat z důvodů jednotného navázání inkorporační princip i v oblasti osobních obchodních společností. Pokud judikatura a literatura zůstávaly konsekventně u svého názoru, tak platnost novely MoMiG umožňuje vyslovit závěr, že je nutné následovat jednotně inkorporační princip.<sup>671</sup>

Spolkový soudní dvůr zastupuje názor, že princip sídla obsahuje logický systém sociálních nároků a úprav vzhledem k existenci společnosti, k otázkám uplatnění společnosti a ochraně věřitelů. Pokud se ale první úpravy přenechají právu státu původu a poslední právu státu sídla, tak se dále nedá hovořit o logickém systému. Inkorporační princip nevede k odlišnému výsledku, protože i on podřizuje obě úpravy právu státu původu. Dále svědčí pro aplikaci inkorporačního principu na osobní obchodní společnosti skutečnost, že jejich právo je „často méně striktní a dalekosáhle dispositivní.“<sup>672</sup>

## Oddíl 5      Nedostatky reformy

Již teď je sporné, zda tato reforma zákonem MoMiG dosáhla potřebných cílů a zda může být bez kritiky přijata.

K reformním cílům zákona MoMiG patřilo také, učinit GmbH posílením právní jistoty atraktivnější pro společenské orgány a zlepšit ochranu věřitelů. Ochrana kapitálu by měla být prostřednictvím konceptů vyvinutých judikaturou oprostěna od formalismu a mělo by být zabráněno zneužití.

Ochrana věřitelů je však oslabena, neboť odpovědnost bude ve výsledku k tíži věřitelů pouze převedena z úrovně společníků na úroveň jednatelů.

Jako v zásadě dobrou myšlenku považuje i německé hospodářství modernizaci práva GmbH. Mohla být ale odvážnější a důslednější. Založení GmbH bude snadnější a rychlejší. Vzhledem k evropskému právnímu vývoji je správné umožnit GmbH přeložení správního sídla do zahraničí. To ale nestačí, aby se z GmbH opět stal exportní „šlágr“ jako dříve.<sup>673</sup>

Již zpráva o vyslechnutí znalců právního výboru<sup>674</sup> výslovně zdůraznila, že Spolkovou vládou navržené upuštění od notářsky ověřených listin při založení společnosti by zabránilo cílům německé spolkové vlády. Zavedení vzorových stanov jakož i zřeknutí se notářské kompetence nepovedou k rychlejšímu ani levnějšímu založení GmbH. Dále bylo poukázáno, že vládní návrh ve svém technickém provedení vykazuje slabiny a že zakladatel společnosti musí také při použití vzorových stanov k ověření podpisu a k elektronickému podání u obchodního rejstříku vyhledat

<sup>669</sup> EuZW 2000, 412, 413.

<sup>670</sup> Staudinger, J.v.: Internationales Gesellschaftsrecht, Verlag de Gruyter, 12 Auflage, Berlin 1998, odst. 751.

<sup>671</sup> Wagner, P., Timm, B.: Der Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen, IPRax 2008, Heft 2, str. 94-95.

<sup>672</sup> Staudinger, J.v.: Internationales Gesellschaftsrecht, Verlag de Gruyter, 12 Auflage, Berlin 1998, odst. 751.

<sup>673</sup> Werner Schnappauf, hlavní jednatel Spolkového svazu německého průmyslu BDI e. V., 30. 6. 2008, [www.compliancemagazin.de/gesetzstandards/deutschland/gesetze/bdi300608.html](http://www.compliancemagazin.de/gesetzstandards/deutschland/gesetze/bdi300608.html).

<sup>674</sup> Zpráva výboru z 23. 1. 2008.

notáře. O efektu urychlení se tudíž nemůže mluvit. Rovněž nebyly vykázaný důrazné úspory na nákladech.

K tomu je německé právo společností a formální (procedurální) právo tak komplikované, že vzdání se notářské porady by vedlo jen k přemístění sporů do oblastí civilních procesů a kvůli očekávaným předběžným opatřením ke zdržování zápisu do obchodního rejstříku. Notáři se starají jako orgány vykonávající spravedlnost již předem o to, aby bylo zabráněno chybám v přihlašujícím řízení. Bez notářské porady a notářské přihlášky k zápisu do obchodního rejstříku se musí zakladatel společnosti vypořádat s rejstříkovým řízením sám.

Když byl předložen návrh k uzákonění *Unternehmergeellschaft*, šlo ještě o zřetelnější vymezení ke GmbH a o rozšíření ručení oproti věřitelům GmbH. Šlo především o to, vytvořit rozsáhlejší ochranu věřitelů, quasi jako oplátku za nižší předepsaný minimální základní kapitál. Za nějakou dobu nebyl již tento záměr rozšířeného ručení v podstatě předmětem debaty. Zůstaly jen ještě příkaz plného splacení, zákaz věcného vkladu, publicita omezení odpovědnosti, ochrana věřitelů prostřednictvím tvorby rezerv a povinnost ke svolání valné hromady.

S novou formou *Unternehmergeellschaft* s ručením omezeným vyvstávají již nyní četné otázky, které dávají tušit spíše ještě komplexnější a neprůhlednou záplavu úprav. Nová podnikatelská společnost s sebou také přinese celé množství aplikačních problémů. Zde se ukáže, že úprava je spíše nedůsledná, pokud německý zákonodárce bude trvat na stávajícím systému ochrany kapitálu, ale v důsledku dělá pravý opak. Zda tím skutečně dojde ke klesavému vývoji zakládání Ltd. společností v SRN, na to je třeba si počkat.

Nezávisle na otázce, zda UG nepovede k větší nejistotě se zřetelem na diskusi k britské Ltd., vyvstává pro část malých a středních podnikatelů v Německu již při volbě správné kapitálové společnosti otázka, zda mají zvolit v SRN klasickou GmbH se základním kapitálem ve výši 25.000 €, reglementovanou UG se základním kapitálem ve výši 1,00 €, anglickou Ltd. se základním kapitálem ve výši 1,00 £ nebo evropskou soukromou společnost se základním kapitálem ve výši 1,00 €. Poté se dá usuzovat, že v SRN již známá GmbH obávaný boom Ltd. společností nemůže zastavit. UG přináší mnoho právních nejistot a musí se nejprve v německé praxi osvědčit. Evropská soukromá společnost bude hrát úlohu nejdříve od roku 2010 a tak se dá položit otázka, zda pro část malých podnikatelů přes všechny právní pochybnosti a skutečné náklady nebude i nadále hrát anglická Ltd. možnou alternativu.

## **Část IX. Kompromis evropského práva**

Právo ES vytvořilo zvláštní právní formy obchodních společností. K těmto formám na počátku patřily Evropské hospodářské zájmové sdružení (EHZS), Evropská družstevní společnost (SCE), Evropská společnost (SE) a nyní aktuálně i Evropská soukromá společnost (SPE). Současně s judikaturou Soudního dvora, týkající se svobody usazování obchodních společností ve Společenství upravil evropský zákonodárce další alternativní formy obchodních společností. Spíše však teoretickou otázkou je, jestli tím evropský zákonodárce reflektoval velmi pomalý vývoj konkurenceschopného práva společností v mnoha členských státech, nebo se pokouší



vykonávat určitý vliv – při zachování minimálního standardu – na soutěž společností známou jako „*race to the top/bottom*.“

V následujících dílech je zobrazen kompromis, který sekundární právo nabízí členským státům s cílem umožnit podnikání prostřednictvím, právních forem společností, které představují alternativu k národním právním řádům a které jsou uznané v celé EU. K realizaci těchto alternativ využívá evropský zákonodárce v souladu s ustanoveními v SES jak směrnice, tak i nařízení.

## Díl 1 Evropské hospodářské zájmové sdružení

Evropské hospodářské zájmové sdružení - EHZS<sup>675</sup> je evropskou nadnárodní formou společnosti, která umožňuje sdružování za účelem hospodářské činnosti zejména malých a středních podniků nejméně ze dvou členských států EU.

Podle českého zákona č. 360/2004 Sb., o evropském hospodářském zájmovém sdružení, je EHZS se sídlem na území ČR právní osobou, která se zakládá smlouvou o sdružení. Při tom je rozhodné právo státu sídla. V případě přemístění sídla EHZS do jiného členského státu musí být návrh na změnu sídla uložen u příslušného rejstříkového soudu a následně zveřejněn v obchodním věstníku.<sup>676</sup> Až po podání důkazu o zapsání sdružení do příslušného rejstříku ve státě, do kterého bylo sídlo EHZS přemístěno, se EHZS vymaže v českém obchodním rejstříku.

V případě přemístění sídla do ČR vyžaduje český rejstříkový soud důkaz o zveřejnění návrhu změny sídla a rozhodnutí dokumentující, že návrh byl přijat všemi členy. To znamená, že EHZS může přemístit své sídlo z jednoho členského státu do druhého při zachování své kontinuity bez zrušení nebo likvidace (v původním státě).

Tím se zde projevuje inkorporační princip v rámci primární svobody usazování. Pro sídlo se na EHZS aplikuje subsidiární režim státu, ve kterém se nové sídlo nachází. Přemístí-li se sídlo na území ČR, platí subsidiárně zákon č. 360/2004 Sb. V tomto směru se prosadil princip sídla.

V SRN se EHZS nazývá *Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung* (EWIV) a do národního práva bylo transponováno zákonem *EWIV-Ausführungsgesetz*.<sup>677</sup> Obsah německého zákona odpovídá české úpravě EHZS.

Úprava obsažená v EHZS se tímto dá označit jako kompromis mezi inkorporačním principem a principem sídla. To také koresponduje s obdobím, do kterého se Nařízení o EHZS datuje (1985). Rozsudky ESD ve věci *Daily Mail*, *Centros* a další ještě nebyly právní realitou.

## Díl 2 Evropská společnost

Koncem roku 2004 se podnikatelům v EU otevřela nová možnost volby právní formy, a to *Societas Europaea* (dále jen „SE“ nebo „evropská společnost“).<sup>678</sup> Evropská (akciová)<sup>679</sup>

<sup>675</sup> Nařízení Rady (ES) č. 2137/85/EHS o vytvoření evropského hospodářského zájmového sdružení.

<sup>676</sup> § 5 zákona o EHZS.

<sup>677</sup> Zákon ze 14. 4. 1988, BGBl. I str. 514, 1988.

<sup>678</sup> Nařízení Rady EU č. 2157/2001 o statutu evropské společnosti (SE), dále jen „Nařízení“

společnost představuje historicky druhou z nadnárodních forem obchodních společností, jejichž úprava vychází přímo z komunitárních předpisů a které proto lze ve srovnatelné podobě zakládat na celém území EU.<sup>680</sup> České právo upravuje evropskou společnost zákonem č. 627/2004 Sb., o evropské společnosti. Problémy na cestě ke shodě o Nařízení o statutu evropské společnosti se projeví v trvání německé vlády na ochraně německého práva spolurozhodování zaměstnanců. Koncem prosince 2004 bylo Nařízení v SRN provedeno zákonem k zavedení evropské společnosti (*Europäische Gesellschaft – SEEG*).<sup>681</sup>

SE ale není “jedna pro všechny,” to znamená, že její úprava není pro všechny státy stejná. Spíše platí v mnoha oblastech pro evropskou akciovou společnost dále národní právo.

Je nutné si přiznat, že při relativně nízkém počtu ustanovení Nařízení o SE, která se týkají vnitřní struktury a organizace, budou pro evropské společnosti hrát dále stěžejní roli národní úpravy, zejména subsidiárně aplikovatelné normy akciového práva. To znamená, že SE se zapsaným sídlem v Praze, na niž se podpůrně použijí normy českého akciového práva, je odlišná v konkrétním případě od sesterské evropské společnosti se sídlem v Berlíně, která se do značné míry řídí ustanoveními německého akciového zákona. Tyto rozdíly se projevují již dnes.

Namísto původně zamýšlené jednotné formy obchodní společnosti na celém území EU tak Nařízení o SE vytváří základ pro nejméně 27 různých národních typů evropské společnosti, vždy v závislosti na tom, ve kterém členském státě bude mít společnost sídlo.<sup>682</sup>

Ustanovení čl. 2 Nařízení o SE taxativně vymezuje způsoby, jak lze evropskou společnost založit. Zásadně se nepřipouští, aby byla evropská společnost založena přímo na „zelené louce”. Založit evropskou společnost je formálně možné pouze v rámci reorganizace vybraných existujících forem podnikání, a to jen těch, jejichž působení vykazuje nějaký nadnárodní prvek. U každého z povolených způsobů založení je tedy třeba zvláště sledovat, které formy společností se na něm mohou účastnit a jaké další předpoklady musí být splněny. V tomto ohledu se jednotlivé způsoby významně liší.<sup>683</sup> K těmto způsobům patří například fúze akciových společností, přičemž alespoň dvě z nich mají sídlo v jiném členském státě Evropské unie, přeměna akciové společnosti na evropskou, pokud má dva roky dceřinou společnost v jiném členském státě, založení holdingové společnosti a založení společné dceřiné akciové společnosti (čl. 2 odst. 1 Nařízení o SE).

Nařízení umožňuje členským státům rozšířit okruh účastníků pro založení SE. Dle čl. 2 odst. 5 může členský stát stanovit, aby společnosti, které nemají hlavní sídlo, nýbrž statutární sídlo ve Společenství, se zúčastnily na založení SE. Kromě toho musí mít společnost skutečný a trvalý vztah k hospodářství jakéhokoli členského státu. Samozřejmě, že německý zákonodárce nevyužil

<sup>679</sup> V SRN se SE nazývá také *Europäische Aktiengesellschaft*.

<sup>680</sup> Dědič, J., Čech, P.: *Evropské právo společností*, Bova Polygon, Praha 2004, str. 135.

<sup>681</sup> SE – *Einführungsgesetz – SEEG, Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft SEEG* z 22. 12. 2004, BGBl. 2004, Díl I č. 73, 3675.

<sup>682</sup> Dědič, J., Čech, P.: *Evropské právo společností*, Bova Polygon, Praha 2004, str. 137.

<sup>683</sup> Dědič, J., Čech, P.: *Evropské právo společností*, Bova Polygon, Praha 2004, str. 147.

tohoto zmocnění, protože podle principu sídla vládnoucího v SRN by společnost nepodléhala německému právu.<sup>684</sup>

Na tomto pohledu (zatím) novější judikatura ESD nic nezměnila z důvodu, že má význam jen pro přestěhování společnosti do SRN.<sup>685</sup>

SE má právní subjektivitu a registruje se ve státě sídla (čl. 7). Německý zákonodárce využil zmocnění v uvozovacím zákonu k SE a žádá v ust. § 2 SEEG, aby stanovy SE uváděly pravidelně to místo jako sídlo, na kterém se nachází provozovna nebo hlavní správa.

Článek 7 Nařízení o SE mimo jiné stanoví, že sídlo SE se musí nacházet ve stejném členském státě jako její správní ústředí, a umožňuje členskými státům, aby mimoto stanovily, že SE zapsaná do rejstříku na jejich území má povinnost mít své správní ústředí a sídlo na stejném místě.

Sídlo SE je možné přemístit do jiného členského státu EU, což nevede k zániku SE ani k založení nové právnické osoby. Z hlediska rozhodného práva jde o řešení obdobné jako u EHZS. To znamená, že přenesení sídla je umožněno bez současného zrušení a likvidace společnosti. Subsidiárně zde platí právní řád státu, na jehož území má společnost své sídlo, v případě změny sídla tak dochází ke změně subsidiárně použitelného práva.<sup>686</sup>

Pro SRN přineslo zavedení evropské společnosti značné novinky. Poprvé je sloučení upraveno pozitivně. Národní zákonodárce toho dosahuje odpovídajícími ustanoveními v právu přeměny společnosti.<sup>687</sup> Ustanovení § 1 UmwG hovoří o právních subjektech se sídlem ve vnitrozemí. Kvůli mlčení zákona dosud v SRN přeshraniční sloučení nebylo možné, přihlédneme-li se jen k dosavadním instrumentům německého práva přeměny.<sup>688</sup> Velkou změnu znamenala v německém právu již možnost volby mezi monistickým a dualistickým systémem vedení.<sup>689</sup>

Německému právu bylo do zavedení SE přemístění sídla společnosti přes hranici při zachování identity společnosti neznámé. Panující názor vycházel z automatické likvidace společnosti při přemístění sídla.<sup>690</sup> Pro SE je tato možnost nyní regulována pozitivně. Článek 8 Nařízení o SE stanoví povinnost vytvořit plán přemístění řídicím nebo správním orgánem společnosti. Článek 8 odst. 2 písm. e) Nařízení o SE ve spojení s čl. 12 odst. 1 SEEG stanoví povinnost nabídky odstupného v hotovosti pro ty akcionáře, kteří proti usnesení o přemístění vyjádřili do protokolu nesouhlas.

<sup>684</sup> Kindler, Münchener Kommentar-IntgesR odst. 312.

<sup>685</sup> Teichmann, C.: Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383, 414.

<sup>686</sup> Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K. a kol.: Právo mezinárodního obchodu, Plzeň 2008, str. 67.

<sup>687</sup> Kloster, L.: Societas Europaea und europäische Unternehmenszusammenschlüsse, EuZW 2003, 293, 294;

Schulz, A., Geismar, B.: Die Europäische Aktiengesellschaft, DStR 2001, 1078.

<sup>688</sup> Nanejvýš přeměna „dovnitř“ by byla možná, Lutter, UmwG, 2. vydání, § 1 odst. 5 a násl.; Kronke, H.: Deutsches Gesellschaftsrecht und grenzüberschreitende Strukturänderungen, ZGR 1994, 26, 35.

<sup>689</sup> Srov. čl. 38b Nařízení o SE; Kallmeyer, H.: Das monistische System in der SE mit Sitz in Deutschland,

ZIP 2003, 1531 a násl., Teichmann, C.: Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383, 444.

<sup>690</sup> Eidenmüller, H.: Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, ZIP 2003, 2233.

Ustanovení § 6 odst. 1 SEEG vylučuje možnost podání odpůrčí žaloby proti usnesení o přeměně z důvodu nepřiměřeného výměnného poměru podílů. Terminologie SEEG a UmwG se liší. V německém zákoně o přeměnách (UmwG) se v § 14 odst. 2 hovoří o „příliš nízkém“ výměnném poměru podílů. Naproti tomu § 6 odst. 2 SEEG hovoří o „nepřiměřeném“ výměnném poměru. Kvůli této progresivní formulaci byl zákonodárce částečně kritizován.<sup>691</sup>

Toto znění „rozevírá nůžky“ v tom směru, že poměr směny může být i velmi vysoký. Tento krok je však pouze relativní. Formulaci „nepřiměřený“ nepoužívá zákonodárce nepřetržitě. Na různých místech zákona se hovoří opět o „příliš nízkém“ výměnném poměru podílů, tak například v § 7 odst. 5 SEEG při stanovení odbytného. Mimoto poskytuje znění zákona tuto možnost jen vlastníkům podílů přenášené společnosti. Vlastníci podílů převádějící společnosti nebudou však přirozeně výměnný poměr podílů určovat příliš vysoko.

### Díl 3 Evropská družstevní společnost

Evropská družstevní společnost – SCE (*Societas Cooperativa Europaea*)<sup>692</sup> je forma nadnárodní společnosti, která je právníkou osobou a má status družstva a nikoli obchodní společnosti. Zákon č. 307/2006 Sb., o evropské družstevní společnosti zakotvuje v ČR ustanovení z hlediska českého práva.

V SRN je SCE transponována zákonem SCEAG (*SCE-Ausführungsgesetz*). Skutečné sídlo SCE se musí nacházet ve stejném státě jako hlavní správa společnosti. Pro založení SCE je vždy nutný přeshraniční vztah v tom smyslu, že nejméně dvě zakládající osoby musí mít své trvalé bydliště v různých členských státech a pokud se u zakladatelů jedná o družstvo, musí též pocházet z různých států.

I zde je možné přemístit sídlo společnosti do jiného členského státu, aniž by docházelo k likvidaci společnosti. Při tom se mění rozhodné právo. Přemístění je účinné zápisem družstva do příslušného rejstříku družstev.

Článek 7 Nařízení o SCE upravuje též otázky ochrany věřitelů. Dvoustupňovitá úprava této ochrany vyžaduje, aby věřitelé během dvou měsíců ode dne zveřejnění plánu přemístění prokazatelně ohlásili, že přemístěním sídla jsou ohrožené jejich pohledávky. Pokud takové ohlášení nepovede k uspokojení jejich pohledávek, jsou oprávněni žádat jistotu pro pohledávky vzniklé 15 dní před a 15 dní po zveřejnění plánu přemístění. Dále jsou upravena i práva podílení se zaměstnanců na rozhodování podniku SCE. Tato práva upravuje směrnice 2003/72/ES k doplnění statutu evropské družstevní společnosti ohledně podílové účasti zaměstnanců ve společnosti.

### Díl 4 Evropská soukromá společnost

Dne 25. 6. 2008 představila Evropská komise návrh statutu pro evropskou soukromou společnost (SPE – *Societas Privata Europaea*). Vstoupení tohoto výnosu v platnost se plánuje již na

<sup>691</sup> Srov. Martens, K.P.: Verschmelzung, Spruchverfahren und Anfechtungsklage in Fällen eines unrichtigen Umtauschverhältnisses, AG, 2000, 301, 303.

<sup>692</sup> Nařízení Rady (ES) č. 1435/2003 o statutu evropské družstevní společnosti, dále jen Nařízení o SCE.

1. 7. 2010. Statut evropské soukromé společnosti patří k opatřením akčního plánu k modernizaci práva společností a zlepšení Corporate Governance pro roky 2003-2009.<sup>693</sup>

Touto novou formou společnosti na evropské úrovni by měla být podle názoru Komise dána malým a středním podnikům možnost činnosti v celé Evropské unii s cílem šetřit náklady a být obchodně činnými jako doposud bez zatěžujících právních povinností. Evropská soukromá společnost by měla umožnit jednotné vystupování v celé Evropě. Z toho vyplývá i možnost přemístění statutárního sídla SPE do jiného členského státu, a to při zachování právní subjektivity a bez nuceného zrušení společnosti. Z důvodu ochrany zájmů třetích osob není možné přemístit sídlo SPE během procesu zrušení, likvidace nebo podobného řízení.

Dále tato právní forma umožní malým a středním podnikům provozovat jejich podniky ve stejné formě společnosti a nezávisle na tom, zda jsou činné ve vlastním členském státě nebo v jiném státě.

Na rozdíl od evropské společnosti (SE) by se měla evropská soukromá společnost stát evropským protějškem například k německé GmbH nebo britské Limited jako původní a evropská právní forma, která nepotřebuje odkazy na národní právo, pokud jde o její právní úpravu. Veškerá regulace by měla být zahrnuta v jednom nařízení. V případě sloučení evropské soukromé společnosti s jinou, v jiném členském státě zapsanou evropskou soukromou společností, nebo s jinou společností se k realizaci 10. směrnice<sup>694</sup> použijí předpisy členských států (zde článek 34 odst. 3 návrhu Nařízení o SPE). SPE je povinna mít zapsané sídlo a hlavní sídlo nebo závod na výsostném území některého z členských států. Společníci se ale mohou dohodnout na přemístění zapsaného sídla do jiného členského státu.

Především německá strana zanechala v otázkách spolurozhodování zaměstnanců zřetelný rukopis při schvalování ustanovení pro SPE. Nový článek 34 odst. 1 návrhu nařízení stanoví, že se spolurozhodování zaměstnanců SPE zásadně řídí dle statutárního sídla evropské soukromé společnosti.

Při přemístění zapsaného sídla evropské soukromé společnosti se řídí spolurozhodování zaměstnanců dle pravidel nového státu, v němž má společnost nové sídlo (článek 34 odst. 2 ve spojení s čl. 38 odst. 1 návrhu Nařízení o SPE). V případě přeložení sídla je plánován jednací model, jestliže obsah práva spolurozhodování v přijímajícím státě nedosáhne stejné úrovně spolurozhodování, jak tomu bylo v prvotním státu sídla společnosti, a 1/3 z celkového počtu zaměstnanců evropské soukromé společnosti zůstane v původním státu sídla (článek 38 odst. 2 návrhu Nařízení o SPE). Podpůrná úprava je stanovena pro případ, že by nedošlo ke shodě o spolurozhodování, a to tak, že by se nadále ohledně spolurozhodování zaměstnanců aplikovalo právo původního státu (článek 38 odst. 6).

Zrušení nebo přeměna SPE v národní právní formu společnosti podléhá národnímu právu. Dále je možné sloučit SPE s jinými společnostmi nebo ji rozdělit.

<sup>693</sup> Srov. KOM (2003) 284, již 20.1.2009 odsouhlasil právní výbor Evropského parlamentu statut SPE, plénum Evropského parlamentu má hlasovat 11.3.2009 o zprávě právního výboru.

<sup>694</sup> 10. směrnice č. 2005/56/ES o přeshraničních fúzích kapitálových společností.

## Díl 5 Přemístění sídla společnosti do jiného členského státu (oživení 14. směrnice)

Návrh 14. směrnice o přeshraničním přemístění sídla společnosti byl výsledkem akčního plánu k modernizaci práva společností. Roční legislativní a procesní program Evropské komise vyžadoval konkrétní návrh pro rok 2007. Cílem bylo vypracovat návrh, který stanoví jednoduché rámcové předpisy o přemístění sídla kapitálových společností do jiných států, a to bez likvidace ve státě původu a bez formálního nového založení ve státě přistěhování. Úmysl spočíval v zajištění kontinuity právní subjektivity podniku. Pozoruhodné bylo zjištění, ke kterému dospěla Evropská komise v rámci hodnocení následků. Výstupem bylo zjištění, že taková směrnice v současné době není třeba. I když jak Evropský parlament, tak zástupci průmyslu žádali již delší dobu takovou směrnici ke zjednodušení přemístění sídla společnosti, zastavila Evropská komise koncem roku 2007 práce na této směrnici.

Právní výbor Evropského parlamentu přijal 20. 1. 2009 předkládací zprávu<sup>695</sup> k přemístění sídla kapitálových společností do jiného členského státu.

Tato předkládací zpráva navazuje na iniciativní návrh člena Evropského parlamentu Lehneho. Pokud tato předkládací zpráva bude schválena také plénem Evropského parlamentu, bude Evropská komise vyzvána k předložení vlastního návrhu.

Předložené znění návrhu ale již navazuje na dřívější práce Evropské komise a odkazuje na usnesení z 21. 4. 2004 k modernizaci práva společností a zlepšení Corporate Governance<sup>696</sup>, usnesení ze 4. 7. 2006 k aktuálnímu vývoji a perspektivám práva společností<sup>697</sup>, usnesení z 25. 10. 2007 k právu společností<sup>698</sup> a rozsudky ESD ve věci *Daily Mail*<sup>699</sup>, *Centros*<sup>700</sup>, *Überseering*<sup>701</sup>, *Inspire Art*<sup>702</sup>, *SEVIC Systems*<sup>703</sup> a *Cadbury Schweppes*<sup>704</sup>.

Jako první a rozhodující doporučení se v příloze k návrhu usnesení vyskytuje následující: „*Přeshraniční přemístění sídla společnosti nesmí vést ke zrušení dotyčné společnosti, pozastavení činnosti nebo ke ztrátě právní subjektivity. Přemístění je účinné okamžikem registrace ve státě přijetí. Dnem registrace ve státě přijetí platí pro společnost právo tohoto státu.*“

Další doporučení poukazují na nutnost určitých údajů týkajících se návrhu přemístění, ke kterým patří např. údaje o právní formě, jméno a sídlo společností jak ve státě původu, tak ve státě přijetí, dále i údaje, které jsou členům a věřitelům společnosti garantovány, a úprava spolurozhodování zaměstnanců.<sup>705</sup> Dále je stanovena povinnost společností, která plánuje

<sup>695</sup> Iniciativní zpráva (návrh), 17. 10. 2008, 2008/2196 (INI), zpravodaj Klaus-Heiner Lehne (MdEP), PE 414.360v01-00.

<sup>696</sup> ABl. C 104 E z 30. 4. 2004, str. 714.

<sup>697</sup> ABl. C 303 E z 13. 12. 2006, str. 114.

<sup>698</sup> ABl. C 263 E ze 16. 10. 2008, str. 671.

<sup>699</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-81/87, Sb. 1988, 5483.

<sup>700</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-212/97, Sb. 1999, I-1459.

<sup>701</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-208/00, Sb. 2002, I-9919.

<sup>702</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-167/01, Sb. 2003, I-10155.

<sup>703</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-411/03, Sb. 2005, I-10805.

<sup>704</sup> Srov. rozsudek ESD č. C-196/04, Sb. 2006, I-7995.

<sup>705</sup> Příloha k návrhu usnesení, str. 5.

přemístění v souladu s vnitrostátním právem a podle 1. směrnice,<sup>706</sup> zveřejnit údaje o právní formě, názvu a sídle společnosti ve státě původu a též informace vyžadované ve státě přijetí, o rejstříku, do kterého je společnost zapsaná, a dále údaje o právních předpisech, které upravují práva věřitelů a menšinových akcionářů společnosti.

Pokud jde o spolurozhodování zaměstnanců, doporučuje návrh usnesení platnost práva státu přijetí, pokud stanoví nejméně úroveň odpovídající státu původu.

Společnosti, které se nachází ve stadiu zrušení, likvidace nebo konkursního řízení, nesmí své sídlo uvnitř Společenství přemístit. Pokud bylo proti společnosti zahájeno soudní nebo správní řízení, je třeba se společností nakládat, jako by měla sídlo ve státě původu.<sup>707</sup>

## Díl 6 Potřeby zjednodušení evropského práva obchodních společností

Již po sérii judikátů Soudního dvora týkajících se svobody usazování propuklo soutěžení národních úprav práva společností. Sílicí polemika v řadách právní teorie i praxe v členských státech a snaha zatraktivnit evropské podnikatelské prostředí a učinit jej konkurenceschopnějším vůči ostatním světovým hospodářským centrům přiměla Evropskou komisi tyto otázky znovu otevřít.<sup>708</sup> Evropská komise vytvořila dva elitní poradní sbory ke kterým patřila skupina „SLIM“ vytvořená v roce 1996 (*Simpler Legislation for Internal Market* - jednodušší úprava vnitřního trhu). Evropská rada v Amsterdamu rozšířila v červnu 1997 mandát jejich aktivit přes právní úpravu sociálního zabezpečení i na právo obchodních společností.<sup>709</sup> V září 1999 byly představeny výsledky prací, které se soustředily na 1. a 2. směrnici, v dokumentu nazvaném „*Report on the simplification of the First and Second Company Law Directives*“.

Následovaly další odborné konzultace v rámci skupiny „*High Level Group of Company Law Experts*“, která byla svolaná v roce 2001, pod vedením prof. Wintera. Výsledek je znám v podobě přijetí 13. směrnice v roce 2004. Dále se skupina zaměřila na celkovou reformu komunitární úpravy obchodních společností a doplnila stanoviska skupiny SLIM o nové prvky.<sup>710</sup>

Od té doby byly příslušné směrnice a nařízení několikrát aktualizovány s cílem přizpůsobit je novému vývoji.<sup>711</sup> Právo obchodních společností a účetnictví byly jako hlavní prvky k dosažení

<sup>706</sup> 1. směrnice č. 68/151/EHS o publicitě, závazcích a neplatnosti společností, návrh k usnesení z 9. 3. 1968, modifikovaná směrnice č. 2003/58/ES.

<sup>707</sup> Příloha k návrhu usnesení, str. 7.

<sup>708</sup> Srov. Čech, P.: Připravované změny v evropské úpravě tvorby a zachování základního kapitálu, *Právní rozhledy*, č. 6/2005, str. 215.

<sup>709</sup> Následně se zde vytvořila tzv. *Company Law Slim Working Group* pod vedením prof. Wymersche z Gentu.

<sup>710</sup> K založení koncepce *SLIM-plus*, srov. dále Čech, P.: Připravované změny v evropské úpravě tvorby a zachování základního kapitálu, *Právní rozhledy*, č. 6/2005, str. 215.

<sup>711</sup> V rámci čtvrté etapy projektu zjednodušování právních předpisů pro vnitřní trh (SLIM) byly modernizovány 1. a 2. směrnice v oblasti práva obchodních společností; dále byly aktualizovány 4. a 7. směrnice, byla přijata desátá směrnice v oblasti práva obchodních společností o fúzích a směrnice o vykonávání hlasovacích práv akcionáři společností. V oblasti účetnictví a auditů přispěla dosažená úroveň mezinárodní harmonizace k přijetí nových standardů, které umožňují průhlednost a zvýšení důvěryhodnosti ročních účetních závěrek. U kotovaných společností proto vyžaduje nařízení o IAS u konsolidovaných účetních závěrek používání mezinárodních standardů účetního výkaznictví (IFRS). V roce 2006 byla mimoto přijata nová 7. o povinném auditu. KOM 2007 (394).

společného trhu prvními oblastmi právních předpisů, které byly harmonizovány na evropské úrovni. Jedním z kroků byla novelizace oblasti auditů (s první verzí 8. směrnice o povinném auditu pocházející z počátku 80. let).<sup>712</sup> Řada těchto revizí je nová a je ještě zapotřebí určitý čas, než bude možné určit a měřit jejich dopady. Žádné z těchto opatření k modernizaci se však nedotýkalo oblasti působnosti nebo základního obsahu dotčených směrnic. Ty zůstaly od doby přijetí v zásadě nezměněné.

V posledních dvaceti až třiceti letech se podnikatelské prostředí evropských obchodních společností měnilo velmi rychle v souvislosti s globalizací hospodářství a radikálním vývojem technologií. Vyvíjelo se rovněž právní prostředí, a to přijetím mezinárodních standardů v oblasti účetnictví a vývojem judikatury ESD. V posledních letech tato judikatura pomohla objasnit oblast působnosti základních svobod ve Smlouvě o ES, což připravilo půdu pro větší mobilitu obchodních společností v Evropské unii.

Je nutné stávající směrnice EU přezkoumat na základě tohoto vývoje s cílem posoudit, zda jsou nadále relevantní. Toto posouzení musí vzít v úvahu rovněž zásady lepších právních předpisů spolu se zásadou subsidiarity a proporcionality.

## **Část X. Závěrečné poznámky a zhodnocení**

Pohled na vývoj a stav svobody usazování obchodních společností na území EU znázorňuje, že jedna ze čtyř základních svobod v EU, a to volný pohyb osob (čl. 39 a násl. SES), který se v oblasti obchodních společností vyskytuje jako svoboda usazování (čl. 43 a 48 SES) nebyla i přes jasnou terminologii a úpravu ve Smlouvě o založení Evropského společenství v praxi členských států využívána v rámci právních možností a ani v současnosti není plně zohledněna.

České právo se při určování osobního statutu společnosti řídí tradičně inkorporačním principem, podle kterého je rozhodné právo státu, podle něhož byla společnost založena. Zakotven je tento princip v ust. § 22 ObchZ. Systematicky patří úprava otázky určení osobního statutu společnosti s mezinárodním prvkem do mezinárodního práva soukromého.

Jedním zástupcem opozičního principu, principu sídla, je Spolková republika Německo, která tento princip zastupovala již za časů založení Evropského hospodářského společenství, v okruhu zakládajících států princip sídla ještě jasně převažoval. Princip sídla v německém *Internationales Privatrecht (IPR)* není výslovně zakotven, ale stal se obyčejovým právem. Literatura zde odkazuje na legislativní akty SRN, ve kterých vidí úmysl německého zákonodárce ohledně zakotvení principu sídla, avšak určování právního řádu rozhodného pro právní poměry společnosti bylo přenecháno judikatuře a nauce. Rozdíly obou principů, doprovázených různými zprostředkujícími teoriemi, které se ale důrazně neprosadily, vyvstávají obzvláště při řešení

<sup>712</sup> 8. směrnice č. 84/253/EHS z 10.4.1983 o schválení osob pověřených zákonou kontrolou účetních dokumentů, seznam hlavních opatření v oblasti práva obchodních společností, účetnictví a auditů je uveden v příloze 1 KOM 2007/394 (uř.věst. C 191, 10.7.2007).



otázky přemístění sídla společnosti z jednoho státu do druhého. Inkorporační princip zde nese oprávněný dodatek liberálního přístupu k uznávání cizích společností, vychází totiž z toho, že společnost, která byla platně zřízená v jednom státě, je oprávněná přemístit své sídlo do jiného státu, aniž by při tom ztratila svou právní identitu, tzn., že společnost se nadále posuzuje podle práva, podle něhož byla založena. Princip sídla má ve srovnatelném případě za následek pravý opak tím, že neumožňuje přemístění sídla společnosti do jiného státu při současném zachování její identity. Přemístění sídla je v tomto případě možné pouze za cenu zrušení společnosti v původním státě a založení společnosti v novém státě.

Tento následek ale komunitární právo nevyžaduje čili ani neakceptuje. O tom svědčí výrazně judikatura Evropského soudního dvora počínaje známým rozhodnutím ve věci *Centros*, které tvoří jakýsi základ a směr následující judikatury ESD ke svobodě usazování obchodních společností v ES a distancuje se od předchozích judikátů (např. ve věci *Daily Mail*). Pozoruhodné je, že se ESD teprve v osmdesátých letech minulého století začínal zajímat o téma svobody usazování společností a že se teprve koncem devadesátých let minulého století – a to téměř deset let po svém judikátu ve věci *Daily Mail* vrátil k těmto otázkám, a to ve prospěch svobody usazování.

Konečně ale Soudní dvůr potvrdil ve svých rozhodnutích obsah svobody usazování pro obchodní společnosti v rámci ES, který si evropský zákonodárce v rámci Smlouvy o ES (tehdy SEHS) představoval, stručně do Smlouvy napsal a také chtěl bezvýjimečně umožnit. Z rozhodnutí ESD o svobodě usazování vyplývá zřetelně preference inkorporačního principu a jeho vlivu na svobodu usazování obchodních společností. Z toho, že velká část rozhodujících judikátů Soudního dvora měla svůj původ v soudních řízeních na německém území, se dá vyvodit, že se obzvláště ve Spolkové republice Německo, která je vytrvalým zástupcem principu sídla, ukazovaly důrazné hranice při aktivitách německé legislativy, judikativy i exekutivy, týkající se omezení cizích společností na německém území. Spolková republika Německo zde podruhé musela ustoupit a přizpůsobit svůj názor ohledně nakládání s cizími společnostmi. Přibývající kritika aplikace principu sídla z řad německé literatury, rozdílné judikáty německých soudů týkající se zahraničních společností i tlak evropské judikatury podpořily v r. 2006 završení příprav legislativního návrhu reformy evropského a německého mezinárodního práva obchodních společností. Již v roce 2003 byla za tímto účelem na základě porady mezi Německou radou pro mezinárodní právo soukromé a německým ministerstvem spravedlnosti zřízena Speciální komise pro mezinárodní právo společností, a to pod vedením prof. Sonnenbergera. Její návrhy vedly však v prvé řadě k přípravě nového zákona MoMiG, který novelizací AktG a GmbHG přispěl k tomu, že pro GmbH a AG je umožněno přemístit své skutečné sídlo do zahraničí bez ztráty své identity jako společnosti německého práva. Avšak již před platností a účinností této novely v listopadu 2008 se začínala prosazovat judikáturní rozhodovací praxe, podle které Spolková republika Německo uznávala zahraniční společnosti na svém území (počínaje uznáváním anglických Ltd.-společností rozhodnutím BGH z roku 2003) a zastupovala v první fázi jakousi novou formu principu sídla. Následující německá judikatura zdůraznila, že SRN aplikuje na zahraniční společnosti z členských států EU a EHP či na základě mezistátní smlouvy sjednané jak přímo v SRN tak mezi EU a jednotlivými státy inkorporační princip. Ohledně třetích států, které nespadají pod takové smlouvy, však aktuální německá judikatura klade stále důraz na princip

sídla. Tímto vládne v SRN dvojitý přístup, podle kterého kolizněprávní účinek svobody usazování v EU a EHP vytlačil princip sídla v případech přistěhování společností do SRN, kdy se aplikuje inkorporační princip.

Obnova německého IPR navazující na práci Speciální komise je připravena a má ten obsah, že novelizace EGBGB má umožnit i přemístění statutárního sídla německé společnosti do zahraničí a směřuje k zakotvení inkorporačního principu v německém právu. Tím by se SRN vzdala principu sídla jak pro zahraniční společnosti z členských států EU a států EHP, tak pro společnosti, sdružení a právnické osoby, které přemísťují své skutečné sídlo do zahraničí, nebo pro případ změny právní formy (při zachování identity společnosti). Tato možnost ale podle současného návrhu závisí na tom, zda „dosavadní“ a „nové“ právo připouští změnu bez zrušení a požadavku nové inkorporace. Avšak takové přemístění statutárního sídla ze SRN do zahraničí a nebo přeměna je současně jen v návrhovém stadiu, zda se německý zákonodárce rozhodne pro přijetí takového zákona ještě v tomto legislativním období, je s ohledem na současný postoj jednotlivých opozičních politických stran a německých odborů a ohledně nastávajících voleb do Spolkového sněmu na podzim 2009 pochybné.

Zda se SRN vzdala pouze tlaku komunitárního práva, aby upravila své právo společností tak, aby bylo harmonizované s komunitárním právem, nebo zda se tu nepromítl ve skutečnosti tlak situace v oblasti mezinárodního práva společností, zůstává otevřenou otázkou. V SRN hájené refugium jak spoluúčasti zaměstnanců, tak i ochrany věřitelů se setkávalo s velmi vysokým zájmem veřejnosti na této ochraně. Z toho vyplývá i odpor, který existoval ještě do nového tisíciletí proti „laciným“ společnostem ze Spojeného království. S rozhodnutím BGH z roku 2003, který Ltd. na německé půdě přiznal způsobilost k právům a povinnostem, odpor zdánlivě ustal, avšak v praxi a právní nauce existuje i nadále. Na počátku reformních aktivit se zdálo, že se německý zákonodárce rozhodnul pustit se do tzv. „*race to the bottom*“. To vyplývalo jak z právních návrhů na snížení základního kapitálu u GmbH z 25.000 € na 10.000 €, tak i z vytvoření podnikatelské společnosti (UG). K tomu se dá konstatovat, že ke snížení základního kapitálu u GmbH nedošlo a v roce 2008 vytvořená UG nezbudila dosud v praxi měřitelný zájem.

Avšak sám Soudní dvůr učinil možnou brzdu ve svém aktuálním rozhodnutí ve věci *Cartesio*, kde potvrdil maďarské právo, které podle názoru generálního advokáta představuje překážku pro společnosti založené podle národního práva, přemístit své operativní sídlo do jiného členského státu. Jaký vliv bude mít tento výrok na práci německého zákonodárce k EGBGB-E, na to si budeme muset počkat.

Ale i české právo nezůstalo bez ovlivnění evropskou judikaturou. Tak v ObchZ nacházíme vliv rozhodnutí *Daily Mail* (obzvláště v ust. § 26 ObchZ), kde euronovelizace zpřísnila podmínky pro přemístění sídla společnosti a nastal zde částečně opačný efekt než v SRN, totiž vzdálení se od inkorporačního principu. Ale i zde se připravují jak změny v MPS, které zajišťují inkorporační princip v českém právu i do budoucna, tak i připravená novelizace ObčZ upevňující základy inkorporačního principu.

Evropský zákonodárce se dále zamyslel nad existujícími principy a problémy určení osobního statutu a při zohlednění nutnosti svobody přemístění společnosti uvnitř EU vyžadované praxi vydal jak směrnice týkající se fúzí kapitálových společností, které byly implementovány jak do českého, tak i do německého práva, a aktuálně znovu projednává 14. směrnici o přemístění sídla společnosti s ručením omezeným. Relevantní jsou i nařízení regulující nadnárodní formy společností jako například Evropskou společnost (SE) či Evropskou soukromou společnost (SPE), která vstoupí v platnost od roku 2010. Tímto evropský zákonodárce nabízí alternativu k národním úpravám a vytváří kompromis pro nadále existující přístupy k řešení otázek osobního statutu v členských státech EU.

Konečně je kompromis jedinou cestou slibující úspěch, kterou se musí současně 27 suverénních států EU dále vydat, aby tak pokročila dál i celá EU. Že tato cesta může být i obtížná, ukazuje současné vyjednávání Lisabonské smlouvy, která zdůrazňuje, že vzdání se další části suverenity státu ve prospěch EU a převod další kompetenční sféry je pro část těchto států obtížné a možné, jen pokud se najde shoda na nejmenším společném jmenovateli.

V posledních letech však zavedení společnosti SE do právní praxe členských států EU nezpůsobilo nějaký zvýšený zájem. Podobně jako v České republice měly i v SRN jen velké koncerny zájem o tuto novou právní formu. Avšak „Allianz SE“ či „Porsche SE“ nemohou být reprezentativní a dokumentují pouze ojedinělé příklady adaptace této právní formy. Malé a střední podniky tuto možnost nevyužívají ve větším množství. Bude tak zajímavé, jaký bude příklon z řad těchto podniků a nových zakladatelů k zavedení SPE.

Také bylo v posledních letech možné pozorovat, že se SRN rostoucí měrou vzdává principu sídla a směřuje k aplikaci inkorporačního principu nebo tak již částečně činí. Na druhé straně jsou v oblasti českého práva a jeho inkorporačního principu zjizvené průlomy připomínající nám omezující účinek principu sídla.

## Použitá literatura

### Monografie:

- Bartošiková, M., Štenglová, I.:* Společnost s ručením omezeným, C.H.Beck, 2 vydání, 2006
- Bar, Ch.v.:* Internationale Privatrecht, 2 Band, Besonderer Teil, C.H.Beck, München 1991
- Baumbach, A., Hopt, K.J., Merkt, H.:* Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), Verlag C.H. Beck 33. Auflage, München 2008
- Bayer, W.:* Jurisprudence ESD ke svobodě usazování a německé právo spolurozhodování, Jena, 2004
- Behrens, P.:* Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und ausländischen Recht, Verlag Walter de Gruyter, Berlin/New York, 2. Auflage, 1997
- Bürgers, T., Becker, F.:* Heidelberger Kommentar zum AktG, Verlag C.F. Müller, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin, 2008
- Dědič, J., Čech, P.:* Evropské právo společností, Bova Polygon, Praha 2004
- Dicey, A.V., Morris, J.H.C.:* Conflicts of Law, t.l. London: ed. Stevens & Son Limited, rule 172
- Eliáš, K. a kolektiv:* Obchodní zákoník, Linde, Praha 2004
- Eliáš, K., Bartošiková, M., Pokorná, J. a kolektiv:* Kurs obchodního práva, Právnícké osoby jako podnikatelé, C.H.Beck, 5. vydání, 2005
- Erman, W., Westermann, H.P.:* Handbuch zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, Aschendorff Rechtsverlag, 11. Auflage, 2004
- Goette, W., Heckschen, H.:* GmbH-Recht aktuell: Rechtsprechung und Gestaltung unter Berücksichtigung des MoMiG-RegE, Dresden International University, 2008
- Grassmann, G.:* System des internationalen Gesellschaftsrechts, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, Herne, Berlin, 1970
- Groeben, H.v.d., Thiersing, J., Ehlermann, C-D.:* Kommentar zum EU-EG Vertrag, Band 1, Verlag Nomos, 5. Auflage, Baden-Baden, 1997
- Heckschen, H.:* Seminarunterlagen Fachanwaltslehrgang, Handels- und Gesellschaftsrecht, Heilbronn 2008
- Heckschen, H., Heidinger, A.:* Die GmbH in der Gestaltungs und Beratungspraxis, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, München 2009
- Hirte, H., Bücker, T.,* Mitbestimmung in Grenzüberschreitenden Gesellschaften, Praxishandbuch, Verlag Heymanns, 1. Auflage, 2005
- Kegel, G.:* Die selbstgerechte Sachnorm, in Jayme, E., Kegel, G.: Gedächtnisschrift für Ehrenzweig 53, Jayme, E., Kegel, G.: Gedächtnisschrift für Albert Armin Ehrenzweig, Verlag Müller, München 1976
- Kegel, G., Schurig, K.:* Internationales Privatrecht, Verlag C.H.Beck, 9. Auflage, München 2004
- Kindler, P. in:* Münchener Kommentar zum BGB, Internationales Gesellschaftsrecht, Band 11, Verlag C.H.Beck, 3. Auflage, München 1999
- Koller, I., Roth, W.-H., Morck, W.:* Handelsgesetzbuch Kommentar, Verlag C.H. Beck, München, 1996
- Kučera, Z.:* Mezinárodní právo soukromé, 3. vydání, Doplněk Brno, 1994
- Kučera, Z., Pauknerová, M., Růžička, K.:* Právo mezinárodního obchodu, nakladatelství Aleš Čeněk, Plzeň 2008
- Lutter, M.:* Umwandlungsgesetz- Kommentar, Verlag Dr. Otto Schmidt, 3. Auflage, Köln 2004
- Lutter, M., Hommelhoff, P., Bayer, P.:* GmbH-Gesetz Kommentar, Verlag Dr. Otto Schmidt, 15. Auflage Köln 2000

- Lutter, M., Hommelhoff, P., Bayer, P.*: GmbH-Gesetz Kommentar, Verlag Dr. Otto Schmidt, 16. Auflage, Köln 2004
- Lutter, M., Winter, M.*: UmwG, 3. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2004
- Lutter, M., Hommelhoff, P., Bayer, P.*: GmbH Kommentar, Verlag Dr. Otto Schmidt, München 2008
- Malovský-Wenig, A.*: Příručka obchodního práva, Československý kompas, Praha 1947
- Menjuq, M.*, Droit international et européen des sociétés, Verlag Montchrestien, Paris 2001
- Mugdan, B.*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, Verlag Decker, Berlin, 1899
- Nussbaum* : Reihe - Das gesamte deutsche Recht, Rechtsphilosophie, Römisches Recht, Deutsches Recht, Bürgerliches Recht, Handels-, Wechsel- und Seerecht, Urheber- und Erfinderrecht, Arbeitsrecht, Internationales Privatrecht, Verlag Stilke, Berlin, 1931
- Oetker, H., Hopt K.J., Wiedemann, H.*: Großkommentar z AktG, Verlag de Gruyter, 4. Auflage, 1999
- Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Verlag C.H.Beck, 67. Auflage, München 2008
- Pauknerová, M.*: Společnosti v mezinárodním právu soukromém, Karolinum, Praha 1998
- Pauknerová, M.*: Evropské mezinárodní právo soukromé, C.H.Beck, Praha 2008
- Pelikanová, I.*: Komentář k obchodnímu zákoníku, 1 část, 3 vydání, Praha 2003
- Pelikanová, I.*: Obchodní právo 1, ASPI, Praha 2004
- Pelikanová, I.*: Obchodní právo, I. díl, ASPI, Praha, 2005
- Pelikanová, I., Černá, S.*, Obchodní právo 2, ASPI, Praha 2006
- Pokorná, J.*: Některé otázky obchodního práva Evropských společenství, Brno 1993
- Pokorná, J.*: Obchodní společnosti po novelizaci Obchodního zákoníku, Praha 1997
- Rammeloo, S.*: Corporations in Private International Law, Oxford, 2001
- Raape, L.*: Internationales Privatrecht, Verlag Vahlen, 5. Auflage, Berlin 1961
- Raiser, T.*: MitbestimmungsG, Verlag de Gruyter, 4. Auflage, Berlin, 2002
- Reese, W., Rosenberg, M., Hay, P.*: Cases and materials on Conflict of Laws, 9.th. Ed. Westbury New York 1990
- Reuther, D.v.*: Münchener Kommentar, BGB, Band 1, Verlag C.H. Beck, 5. Auflage, München 2006
- Rouček, J. Sedlaček, J.*: Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi, díl první, Praha 1935
- Roth, W.H., Altmeyden, H.*: GmbHG-Kommentar, Verlag C.H.Beck, 5. Auflage, München 2005
- Schmichels, D.*: Reichweite der Niederlassungsfreiheit, Verlag Nomos Baden-Baden 1995
- Schmidt, K.*: Gesellschaftsrecht, Verlag Heymanns, 4. Auflage, Köln ; Berlin ; Bonn ; München 2002
- Schmidt, K.* (Hrsg): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz mit HGB, Band 5/1, 5/2, Verlag C.H.Beck, Vahlen, 2. Auflage, München, 2003
- Schmidt, K.* (Hrsg): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2 Band, Verlag C.H.Beck, Vahlen, 3. Auflage, München, 2008
- Schmitt, J., Hörtnagel, R., Stratz, R.-C.*: UmwG/UmwStG- Kommentar, 4. Auflage, Verlag C.H.Beck, München 2006
- Scholz, F., Crezelius, G.*: Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht, Verlag Schmidt, 10 Auflage, Köln
- Schulz, M.*: Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Kollisionsrecht in einem gemeinsamen Markt, Frankfurt a.M. 2000
- Schwarze, J., Bär-Bouyssière, B.*: EU-Kommentar, Verlag Nomos, 1. Auflage, Baden-Baden 2000

- Sonnenberger, H.J.*: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Internationale Handels- und Gesellschaftsrecht, Art. 50-237 EGBGB, , 3. Auflage, Verlag C.H.Beck, München 1999 (Internationales Gesellschaftsrecht, Kindler)
- Sonnenberger, H.J.*: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Internationales Privatrecht, Einleitung, 4. Auflage, Verlag C.H.Beck, München 2005
- Sonnenberger, H.J.*: Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2007
- Spahlinger, A., Wegen, G.*: Mezinárodní společenstevní právo v praxi, 2005, B. IV. 1 až 3
- Spindler, G., Stilz, E.*: Aktiengesetz Kommentar, 2 Bände, Verlag C.H. Beck; 1. Auflage München, 2007
- Staudinger, J.*: Internationales Gesellschaftsrecht, Verlag de Gruyter, 12 Auflage, Berlin 1998
- Staudinger, J.*, Kommentar zum BGB mit EG und NebenG, Verlag de Gruyter, 12 Auflage, Berlin 1998
- Stuna, S. a kol.*: Komentář k obchodnímu zákoníku, Trizonia, Praha 1992
- Štenglová, I., Pliva, S. Tomsa, M., a kol.*: Obchodní zákoník, Komentář, 8. vydání, , C.H. Beck, Praha 2003
- Štenglová, I., Pliva, S. Tomsa, M., a kol.*, Obchodní zákoník, Komentář, C.H. Beck, 12. vydání, Praha 2009
- Süß, R., Wachter, T.*, Handbuch des internationalen GmbH- Rechts, Verlag Zerb, 1. Auflage, 2006
- Tichý, L., Arnold, R.- Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R.*: Evropské právo, C.H.Beck, Praha 1999
- Týč, V., Jílek, D.*: Základy práva Evropských společenství, Doplněk Brno
- Týč, V.*: Základy práva Evropských společenství pro ekonomy, 2 vydání, Linde, Praha 2000
- Ulmer, P., Habersack, M., Winter, M.*, GmbHG-Gesetz, Großkommentar, Verlag Siebeck Mohr, Tübingen, 2005
- Westphalen, F. Graf v., Röhricht, V.*: HGB-Kommentar, Verlag Dr.Otto Schmidt. 3. Auflage, Köln 2008
- Wicke, H.*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)-Kommentar idF des MoMiG, Verlag C.H.Beck, 1. Auflage, München 2008
- Widmann, S., Mayer, D.*: Umwandlungsrecht, Verlag Stollfuss, Bonn 2002
- Wiedemann, H.*: Gesellschaftsrecht I, Band 1, Grundlagen, München 1980
- Wildhaber, L.*: Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen, Verlag Müller, Reihe Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, 18, Heidelberg 1978
- Zimmer, D.*: Internationales Gesellschaftsrecht, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1999
- Zöllner, W., Noack, U., Koppensteiner, H.-G.*: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Verlag, Carl Heymanns, 3. Auflage, Köln, Berlin, München 2004

### Články v odborných periodikách a sbornících:

- Altmeyden, H.:* Schutz vor europäischen Kapitalgesellschaften, Neue Juristische Wochenschrift, 2004, str. 97 a násl.
- Altmeyden, H.:* Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH, Neue Juristische Wochenschrift, 2002, str. 321 a násl.
- Bayer, W.:* Die EuGH-Entscheidung Inspire Art und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen Betriebs-Berater, 2003, str. 2357 a násl.
- Bayer, W.:* Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, Betriebs-Berater 2004, str. 1 a násl.
- Bayer, W., Schmidt, J.:* Der Regierungsentwurf zur Änderung des Umwandlungsgesetzes Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2006, str. 841 a násl.
- Behrens, P.:* Identitätswahrende Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft von Luxemburg in die BRD, Recht der Internationalen Wirtschaft 1986, str. 590 a násl.
- Behrens, P.:* Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht č. 53/1988, str. 498 a násl.
- Behrens, P.:* Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften in der EWG, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 1989, str. 354 a násl.
- Behrens, P.:* Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 1999, str. 323 a násl.
- Behrens, P.:* Reaktionen mitgliedstaatlicher Gerichte auf das Centros-Urteil des EuGH, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 2000, str. 384 a násl.
- Behrens, P.:* Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlußanträgen zu Inspire Art, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, č. 3/2003, str. 193 a násl.
- Birk, R.:* Das internationale Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, č. 46/1982, str. 384 a násl.
- Bitter, G.:* Der Anfang vom Ende des qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns - Ansätze einer allgemeinen Missbrauchshaftung in der Rechtsprechung des BGH, Wertpapier- Mitteilungen, Teil IV, 2001, str. 2133 a násl.
- Borsch, U.:* Die Zulässigkeit des inländischen Doppelsitzes für Gesellschaften mbH, GmbH-Rundschau 2003, str. 259 a násl.
- Cahn, A.:* Die Ausfallhaftung des GmbH-Gesellschafters- Besprechung der Entscheidung BGHZ 150, 61, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 2003, str. 298 a násl.
- Chobola, T.:* Svoboda usazování zahraničních společností v právu ČR, Právní rozhledy, č. 16/2004, str. 599 a násl.
- Čech, P.:* Připravované změny v evropské úpravě tvorby a zachování základního kapitálu, Právní rozhledy č. 6/2005, str. 214 a násl.
- Dannewitz, T.v.:* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gemeinschaftsrecht, Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht 2003, str. 393 a násl.
- Dědič, J.:* Nad zákonem o přeměnách aneb druhá „podářená dekodifikace obchodního zákoníku, Právní zpravodaj, č. 7/2008
- Doralt, P.:* Anerkennung ausländischer Gesellschaften, Juristische Blätter, 1969, str. 181 a násl.
- Drinhausen, F.:* Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes - Erleichterung grenzüberschreitender Verschmelzung für deutsche Kapitalgesellschaften?, Betriebs-Berater 2006, str. 2313 a násl.
- Ebenroth, C. T., Eyles, U.:* Die innereuropäische Verlegung des Gesellschaftssitzes als Ausfluß der Niederlassungsfreiheit? (Teil 1), Der Betrieb 1989, str. 363 a násl.

- Ebenroth, C.T., Eyles, U.*: Die innereuropäische Verlegung des Gesellschaftssitzes als Ausfluß der Niederlassungsfreiheit? (Teil 2), DB 1989, str. 413 a násl.
- Ebke, W.*: Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros Urteil des BGH, Juristenzeitung 1999, str. 656 a násl.
- Ebke, W.*: Überseering: Die wahre Liberalität ist Anerkennung, Juristenzeitung 2003, str. 927 a násl.
- Ehinger, N. J.*: Auswirkungen des MoMiG auf die Praxis der GmbH & Co. KG, Betriebs-Berater 2006, str. 2701 a násl.
- Eichmüller, H.*: Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt, Juristenzeitung 2004, str. 24 a násl.
- Eidenmüller, H.*: Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2002, str. 2233 a násl.
- Eidenmüller, H.*: Gesellschaftsstatut und Insolvenzstatut, RabelsZ 2006, 474 a násl.
- Eidenmüller, H.*: Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht, 2007, str. 205 a násl.
- Eidenmüller, H.*: Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2002, str. 3341 a násl.
- Eliáš, K.*: Reforma soukromého práva aktuálně: Do Evropy, Právní rozhledy 12/2008, str. 423 a násl.
- Falkenhausen, J.Frh.v.*: Durchgriffshaftung mit Hilfe der Sitztheorie des internationalen Gesellschaftsrechts, Recht der internationalen Wirtschaft 1987, str. 818 a násl.
- Fingerhut, J., Rumpf, J.*: MoMiG und die grenzüberschreitende Sitzverlegung - Die Sitztheorie ein (lebendes) Fossil?, Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 2008, Heft 2, str. 90 a násl.
- Flessner, A.*: Schiffbruch der Interpreten und Statuten, Zeitschrift für europäisches Privatrecht 2000, str. 1 a násl.
- Forsthoff, U.*: Niederlassungsfreiheit nach dem Centros-Urteil, Eine Bilanz, Europarecht 2000, str. 167 a násl.
- Forsthoff, U.*: Abschied von der Sitztheorie, Betriebs-Berater, 2002, str. 318 a násl.
- Franz, A., Laeger, L.*: Die Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften nach Umsetzung des MoMiG unter Einbeziehung des Referentenentwurfs zum internationalen Gesellschaftsrecht, Betriebs-Berater 2008, str. 679 a násl.
- Goette, W.*: Auslandsbeurkundungen im Kapitalgesellschaftsrecht, Deutsches Steuerrecht 1996, str. 709 a násl.
- Giedinghagen, J.*: Die Europäische Privatgesellschaft (SPE) – Eine Alternative zur GmbH?, Neue Juristische Wochenschrift-Spezial, č. 24/2008, str. 751 a násl.
- Großfeld, B.*: Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen, RabelsZ 1967, str. 1 a násl.
- Großfeld, B.*: Die „ausländische juristische Person & Co. KG“, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 1986, str. 351 a násl.
- Großfeld, B.*: Die Sitztheorie des Internationalen Gesellschaftsrechts in der Europäischen Gemeinschaft, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1986, str. 145 a násl.
- Großfeld, B., König, T.*: Das Internationale Gesellschaftsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Recht der Internationalen Wirtschaft, Beilage 1992, str. 433 a násl.
- Grygar, J., Grygar, E.*: Česká procesní úprava ve vztahu k řízení o předběžné otázce před Soudním dvorem Evropských společenství, Právní rozhledy, č. 8/2005, str. 276 a násl.



- Grundmann, S., Möslin, F.:* Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2003, str. 313, a násl.
- Hanomerkt,* US-americké spoločenské právo, 1991, 2. část I. 1 a) (1) odst. 149.
- Haritzl, D., v. Wolff, B.:* Internationalisierung des deutschen Umwandlungsrechts - Zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes GmbH-Rundschau, 2006, str. 340 a násl.
- Heckschen, H.:* Die Entwicklung des Umwandlungsrechts aus Sicht der Rechtsprechung und Praxis, DB - Der Betrieb (Beilage) 1998, str.1385 a násl.
- Heckschen, H.:* Die GmbH-Reform - Wege und Irrwege, Deutsches Steuerrecht 2007, str.1442 a násl.
- Heidenhain, M.:* Ausländische Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 24/2002, str. 1141 a násl.
- Heini, A.:* Zu einem Urteil des Schweizerischen Bundesgerichtes über das Personalstatut ausländischer juristischer Personen (Ungültigkeit einer Liechtensteinischen Stiftung), Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 1984, 166 a násl.
- Hofmann, J.:* Die stille Bestattung der Sitztheorie durch den Gesetzgeber, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2007, Heft 34, str.1581
- Hopt, K.J.:* ECLR Interessenwahrung und Interessenkonflikte im Aktien-, Bank- und Berufsrecht, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2004, 1 a násl.
- Horn, N.:* Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit - Inspire Art, Neue Juristische Wochenschrift 2004, str. 893 a násl.
- Jänig, R.:* Die Company Law Reform Bill: Zur Reform des Gesellschaftsrechts im Vereinigten Königreich, RIW, 4/2006, str. 270 a násl.
- Kallmeyer, H.:* Das monistische System in der SE mit Sitz in Deutschland, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2003, str.1531 a násl.
- Kallmeyerl, H., Kappes, S.:* Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen nach SEVIC Systems und der EU-Verschmelzungsrichtlinie, Die Aktiengesellschaft, 2006, str. 224 a násl.
- Karsten, F.:* Kann man eine GmbH auf einem Bierdeckel gründen?, GmbH-Rundschau, 2007, str. 985 a násl.
- Katchinsky, R.:* Die Begründung eines Doppelsitzes bei Verschmelzung, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1997, str. 620 a násl.
- Kieninger, E.-M.:* Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1999, str. 724 a násl.
- Kienniger, E.-M.:* Zur Verlegung des Sitzes einer GmbH in die Niederlande, NZG 2001, str. 610 a násl.
- Kieninger, E.-M.:* Internationales Gesellschaftsrecht nach „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“: Antworten, Zweifel und offene Fragen, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 2004, str. 685 a násl.
- Kindler, P.:* Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft? - Die "Überseering"-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht, Neue Juristische Wochenschrift 2003, str. 1073 a násl.
- Kindler, P.:* GmbH-Reform und internationales Gesellschaftsrecht, Die Aktiengesellschaft, 2007, str. 723 a násl.
- Kindler, P.:* Neue Offenlegungspflichten für Zweigniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften, Neue Juristische Wochenschrift, 1993, str. 3301 a násl.
- Kleinert, J., Probst, P.:* Erneute Absage an Wegzugsbeschränkungen durch EuGH und Kommission, Neue Juristische Wochenschrift, 2004, str. 2425 a násl.

- Kloster, L.:* Societas Europaea und europäische Unternehmenszusammenschlüsse, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2003, str. 293 a násl.
- Knobbe-Keuk, B.:* Umzug von Gesellschaften in Europa, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht č. 154/1990, str. 325 a násl.
- Knof, B, Mock, S.:* Das MoMiG und die Auslandsinsolvenz haftungsbeschränkter Gesellschaften - Herausforderung oder Sisyphismus des modernen Gesetzgebers?, GmbH-Rundschau 2007, str. 856 a násl.
- Knöpfel, O.:* Gefahren beim Einsatz von Ltd.-Gründungsagenturen: Auftrags- und Beratungsumfang contra Qualifikation, Betriebsberater 2006, str. 1233 a násl.
- Kornblum, U.:* Bundesweite Rechtstatsachen zu Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Stand 01.01.2005, GmbH-Rundschau-Sonderheft, 2006, str. 35 a násl.
- Kögel, S.:* Der Sitz der GmbH und seine Bezugspunkte, GmbH Rundschau, 1998, str. 1108 a násl.
- Kronke, H.:* Deutsches Gesellschaftsrecht und grenzüberschreitende Strukturänderungen Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 1994, str. 26 a násl.
- Král, R. :* K. principu přednosti komunitárního práva, EMP, č. 7-8/2001, str. 35 a násl.
- Leible, S.:* Überseering und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, Recht der Internationalen Wirtschaft 2002, str. 929 a násl.
- Leible, S., Hoffmann, J.:* Vom „Nullum“ zur Personengesellschaft - Die Metamorphose der Scheinauslandsgesellschaften im deutschen Recht, Der Betrieb 2002, str. 2203 a násl.
- Leible, S., Hoffmann, J.:* Wie inspiriert ist Inspire Art?, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2003, 681 a násl.
- Leible, S.:* Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 3/2004, str. 530 a násl.
- Leuering, D, Rubner, D.:* EuGH zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung-Cartesio, Neue Juristische Wochenschrift-Spezial, č. 2/2009, str. 48 a násl.
- Leuering, D, Rubner, D.:* Geltung der Sitztheorie bei Verwaltungssitzwechsel nach Deutschland, Neue Juristische Wochenschrift-Spezial, č. 3/2009, str. 79 a násl.
- Limmer, v.:* Kölner Schrift zur Insolvenzordnung 1997, 929/939, DNotI-Gutachten des Deutschen Notarinstituts, Gutachten zum Umwandlungsrecht, 1996/97, Band IV, č. 20, str. 148 a násl.
- Louven, C.:* Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie - Anmerkungen aus der Praxis zum RegE eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG vom 9.8.2006, Zeitschrift für Wirtschaftrecht, 2006, str. 2021 a násl.
- Martens, K.-P.:* Verschmelzung, Spruchverfahren und Anfechtungsklage in Fällen eines unrichtigen Umtauschverhältnisses, Die Aktiengesellschaft, 2000, str. 301 a násl.
- Mayer, D., Weiler, S.:* Aktuelle Änderungen des Umwandlungsrechts aus Sicht der notariellen Praxis Mitteilungen des Bayrischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern 2007, str. 368 a násl.
- Mayer, D., Weiler, S.:* Neuregelungen durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes (Teil I), Der Betrieb (Beilage), 2007, str. 1235 a násl.
- Meilicke, W.:* Errichtung einer Zweigniederlassung einer ausländischen GmbH in einem anderen EU-Mitgliedsstaat, GmbH-Rundschau, 2003, str.1271 a násl.
- Mellert, C.R.:* Ausländische Kapitalgesellschaften als Alternative zu AG und GmbH - eine Synopse, Betriebs-Berater, 2006, str. 8 a násl.
- Melchior, R.:* Handelsregisteranmeldungen und EHUG - Was ist neu?, Zeitschrift für notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis, 2006, str. 409 a násl.
- Mellert, C.R.:* BB-Forum: Das MindestkapG - Hoffentlich aufgehoben und nicht aufgeschoben, Betriebs-Berater 2005, str. 1809 a násl.

- Michalski, L.:* Grundzüge des internationalen Gesellschaftsrechts, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 1998, str. 762 a násl.
- Müller, H.-F.:* Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2006, str. 286 a násl.
- Neumeyer, K.H.:* Betrachtungen zum internationalen Konzernrecht, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 1984, 133 a násl.
- Nothoff, M.:* Die Zulässigkeit der Eintragung eines Doppelsitzes bei Kapitalgesellschaften, Wirtschaftsrechtliche Beratung, 1996, str. 773 a násl.
- Pauknerová, M.:* K novému vývoji v českém právu a v právu Evropských společenství, Právník 3/2002, str. 321 a násl.
- Pauknerová, M.:* Evropské mezinárodní právo soukromé a procesní- aktuální otázky, Právní rozhledy, č. 8/2003, v příloze Evropské právo, str. 1 a násl.
- Pauknerová, M.:* Kolizněprávní úprava obchodních společností, Právní rozhledy, č. 7/2005, str. 244 a násl.
- Pauknerová, M.:* Perspektivy mezinárodního práva soukromého a procesního v Evropské unii, Právník, č. 12/2005, str. 1422 a násl.
- Pauknerová, M.:* Entwicklungen in tschechischen internationalen Gesellschaftsrecht, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 2007, Heft 2, str. 162 a násl.
- Pauknerová, M.:* Právo ES a jeho vliv na kolizní úpravu obchodních společností v českém právu, ve Šturma, P., Ondřej, J. (eds.) Aspekty podnikání v EU a ochrana lidských práv, Sborník č. 34, 2007, str. 215 a násl.
- Pluskat, S.:* Die Zulässigkeit des Mehrfachsitze und die Lösung der damit verbundenen Probleme, Wertpapier-Mitteilungen, Teil IV, 2004, str. 601 a násl.
- Precha, S.:* Community Law in national courts: The lessons from Van Schijndel, Common Market Law Review 35, 1998, str. 691 a násl.
- Preuß, N.:* Die Wahl des Satzungssitzes im geltenden Gesellschaftsrecht und nach dem MoMiG-Entwurf, GmbH-Rundschau, 2007, str. 57 a násl.
- Rehbinder, E.:* Sitzverlegung ins Inland und Rechtsfähigkeit ausländischer juristischer Personen, IPRax 1985, str. 324 a násl.
- Roth, G.H.:* Gründungstheorie - Ist der Damm gebrochen?, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis 1999, str. 861 a násl.
- Roth, W. H.:* „Centros“: Viel Lärm um Nichts?, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht . 2000, str. 311 a násl.
- Roth, W.H.:* Internationales Gesellschaftsrecht nach Überseering, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 2003, str. 117 a násl.
- Roth, W.H.:* Die Sitzverlegung vor dem EuGH, 2000, 967, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2000, str. 1597 a násl.
- Růžička, K.:* Právní úprava podnikání cizinců v tuzemsku, Právní praxe v podnikání, 1992/3, str. 1 a násl.
- Růžička, K.:* Velké změny v českém cizineckém právu, Právní praxe v podnikání, 2000/3, str. 10 a násl.
- Zimmer, D.:* Internationales Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit, Das Rätsel vor der Lösung?, Betriebs-Berater 2000, str. 1361 a násl.
- Sandrock, O., Austmann, A.:* Das Internationale Gesellschaftsrecht nach der Daily Mail-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs: Quo vadis?, Recht der Internationalen Wirtschaft, 1989, Heft 4, str. 249 a násl.
- Sandrock, O.:* Sitztheorie, Überlagerungstheorie und der EWG-Vertrag: Wasser, Öl und Feuer, Recht der internationalen Wirtschaft, 1989, str. 505 a násl.

- Sandrock, O., Weizler:* Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 2004, str. 685 a násl.
- Sandrock, O.:* Ein amerikanisches Lehrstück für das Kollisionsrecht der Kapitalgesellschaften, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1978, 227 a násl.
- Sandrock, O.:* Die Schrumpfung der Überlagerungstheorie, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 102/2003, str. 458 a násl.
- Sandrock, O.:* Spanische Gesellschaften in Deutschland, deutsche Gesellschaften in Spanien: kollisionsrechtliche Probleme, Recht der Internationalen Wirtschaft, Beilage, Heft 9, 2006, str. 661 a násl.
- Schanze, E., Jüttner, A.:* Die Entscheidung für Pluralität - Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung "Inspire Art", Die Aktiengesellschaft, 2003, str. 661 a násl.
- Schanze, E., Jüttner, A.:* Anerkennung und Kontrolle ausländischer Gesellschaften- Rechtslage und Perspektiven nach der Überseering Entscheidung des EuGH, Die Aktiengesellschaft 2003, str. 34 a násl.
- Schmidt, K.:* Die Freiberufliche Partnerschaft, Neue Juristische Wochenschrift, 1995, str. 1 a násl.
- Schmidt, K.:* Sitzverlegungsrichtlinie, Freizügigkeit und Gesellschaftsrechtspraxis, Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht, 1999, str. 20 a násl.
- Schmidt, K.:* Gesellschafterhaftung und Konzernhaftung bei der GmbH, Neue Juristische Wochenschrift 2001, str. 3577 a násl.
- Schmidtbleicher, R.:* Verwaltungssitzverlegung deutscher Kapitalgesellschaften in Europa, SEVIC als Leitlinie für Cartesio?, Betriebsberater 2007, str. 613 a násl.
- Schnappauf, W.,* Bundesverband der Deutschen Industrie e. V., 30. 6. 2008, [www.compliancemagazin.de/gesetzstandards/deutschland/gesetze/bdi300608.html](http://www.compliancemagazin.de/gesetzstandards/deutschland/gesetze/bdi300608.html)
- Schröckers, S.:* Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2005, str. 87 a násl.
- Schulz, M., Sester, P.:* Höchstrichterliche Harmonisierung der Kollisionsregeln im europäischen Gesellschaftsrecht: Durchbruch der Gründungstheorie nach Überseering, Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht, 2002, str. 545 násl.
- Schulz, A., Geismar, B.:* Die Europäische Aktiengesellschaft, Deutsches Steuerrecht, 2001, str. 1078 násl.
- Schwarz, Ch.:* Sitzverlegung einer GmbH in das EU Ausland, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2001, str. 613 a násl.
- Seibert, U.:* Die Umsetzung der Zweigniederlassungs-Richtlinie der EG in deutsches Recht, GmbH- Rundschau, 1992, str. 738 násl.
- Sonnenberger, H.-J.:* Europarecht und Internationales Privatrecht, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 1996, str.3 a násl.
- Sonnenberger, H.-J.:* Corporate Governance Conference, 27-28. červen 2007
- Spindler, G., Berner, O.:* Inspire Art - Der europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet, Recht der internationalen Wirtschaft, Beilage, 2003, str. 949 a násl.
- Spindler, G., Berner, O.:* Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art, Recht der internationalen Wirtschaft, Beilage, 2004, str. 7 a násl.
- Streinz, S., Leible, R.:* Die unmittelbare Drittwirkung von Grundfreiheiten, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2000, str. 459 a násl.
- Teichmann, C.:* Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 2002, str. 383 a násl.
- Thoss, S.:* Differenzhaftung bei der Kapitalerhöhung zur Durchführung einer Verschmelzung, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2006, str. 376 a násl.

- Thüssing, G.:* Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäische Niederlassungsfreiheit, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2004, str. 381 a násl.
- Tichý, L.:* Unifikace soukromého práva v EU a naše kodifikace, Právní rozhledy, č. 6/2005, str. II
- Tomsa, M.:* K návrhu nového občanského zákoníku, Právní zpravodaj 1/2008, str. 6 a násl.
- Triebel, V., Hase, K.v.:* Wegzug und grenzüberschreitende Umwandlungen deutscher Gesellschaften nach Überseering und Inspire Art, Betriebs-Berater, 2003, str. 2409 a násl.
- Ulmer, P.:* Schutzinstrumente gegen Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz, Juristenzeitung, 1999, str. 662 a násl.
- Ulmer, P.:* Das Centros-Urteil des EuGH und seine Relevanz für das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht, Juristenzeitung, 1999, str. 662 a násl.
- Vetter, J.:* Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im UmwG?, Die Aktiengesellschaft, 2006, str. 613 a násl.
- Wachter, T.:* Aktuelle Probleme bei der Ltd.& Co.KG, GmbH-Rundschau, 2006, str. 81 a násl.
- Wachter, T.:* Handelsregisteranmeldung der inländischen Zweigniederlassung einer englischen Private Limited Company, Zeitschrift für notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis, 2004, str. 45 a násl.
- Wagner, P., Timm, B.:* Der Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2008, Heft 2, str. 81 a násl.
- Wälzholz, E.:* Aktuelle Probleme der Unterbilanz- und Differenzhaftung bei Umwandlungsvorgängen, AG - Die Aktiengesellschaft, 2006, str. 469 a násl.
- Zimmer, D.:* Internationales Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit, das Rätsel vor der Lösung?, Betriebs-Berater 2000, str. 1361 a násl.
- Zimmer, D.:* Wie es euch gefällt? Offene Fragen nach dem Überseering Urteil des EuGH, Betriebs-Berater 2003, str. 137 a násl.
- Zimmer, D.:* Ein Internationales Gesellschaftsrecht für Europa, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 2003, str. 298 a násl.
- Zimmer, D., Naendrup, C.:* Das Cartesio-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht? Neue Juristische Wochenschrift, č. 9/2009, str. 545 a násl.