

Pravidlo podnikatelského úsudku v německém právu*

Alena Pokorná**

Úvod

Od 1. 1. 2014 je v českém právním řádu výslovně upraveno tzv. *business judgment rule*, tedy *pravidlo podnikatelského úsudku*. Podle § 51 odst. 1 zákona o obchodních korporacích jedná pečlivě a s potřebnými znalostmi ten, kdo mohl při podnikatelském rozhodování v dobré víře rozumně předpokládat, že jedná informovaně a v obhajitelném zájmu obchodní korporace. To neplatí, pokud takovéto rozhodování nebylo učiněno s nezbytnou loajalitou. Podle důvodové zprávy dává toto pravidlo, jež najdeme také v německém akciovém zákoně, jednajícím orgánu možnost, aby prokazoval, že v rámci rozhodování jednal *lege artis*, a tudíž nenese povinnost k úhradě případné újmy, i kdyby ji v ekonomickém smyslu způsobil.¹ Tento článek se věnuje právní úpravě pravidla podnikatelského úsudku v sousedním Německu, jehož vzorem byla doktrína *business judgment rule* vytvořená v rozhodovací praxi státu Delaware.²

Pravidlo podnikatelského úsudku v německém akciovém zákoně

Pravidlo podnikatelského úsudku je výslovně zakotveno v § 93 odst. 1 německého akciového zákona (AktG)³. V návaznosti na obecnou povinnost péče, podle níž musí členové představenstva při vedení společnosti vynakládat péči řádného a svědomitého obchodního vedoucího,⁴ stanoví zákon, že k porušení povinnosti nedošlo, pokud člen představenstva

* Článek vznikl jako výstup z projektu specifického výzkumu Pravidlo podnikatelského úsudku po rekodifikaci soukromého práva (MUNI/A/0881/2012), na němž se autorka podílela jako spoluřešitel.

** Mgr. Alena Pokorná, Nejvyšší správní soud, Brno.

¹ HAVEL, Bohumil a kol. *Zákon o obchodních korporacích s aktualizovanou důvodovou zprávou*. Ostrava: Sagit, 2012, s. 53.

² HEIN von, Jan. *Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland*. 1. vydání. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, s. 913 a násl.

³ Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 24. April 2015 (BGBl. I S. 642).

⁴ „Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.“

mohl při podnikatelském rozhodnutí rozumně předpokládat, že jedná na základě přiměřené informace pro dobro společnosti.⁵

Toto pravidlo bylo do akciového zákona vtěleno s účinností od 1. 11. 2005, a to s ohledem na předpokládané posílení práva akciové menšiny uplatňovat nárok na náhradu škody vůči členům orgánů akciové společnosti. Výslovné zákonné zakotvení mělo postavit najisto, že člen statutárního orgánu neručí za úspěch (*Erfolgshaftung*), tj. neodpovídá za chyby v rámci prostoru pro vlastní podnikatelské uvážení.⁶ Tímto zákonodárce navázal na judikaturu Spolkového soudního dvora⁷, který se ve svých rozhodnutích o odpovědnosti členů představenstva akciové společnosti již v minulosti držel zásady, že se zákonodárce v § 93 AktG jasně vyslovil proti tzv. odpovědnosti za úspěch. Na základě těchto rozhodnutí se doktrína snažila vymezit předpoklady a hranice pro uvážení statutárního orgánu, k čemuž našla oporu v institutu „business judgment rule“ amerického práva. V návaznosti na to německý Spolkový soudní dvůr ve svém rozhodnutí *ARAG/Garmenbeck*⁸ uznal existenci určitého prostoru, v jehož rámci členové statutárního orgánu za svá rozhodnutí neodpovídají.⁹

⁵ „Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“

⁶ Důvodová zpráva k zákonu Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) - BT-Drucks. 15/5092, s. 11. Dostupné z: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/15/050/1505092.pdf> (citováno 10. 1. 2014).

⁷ Bundesgerichtshof (BGH).

⁸ Rozhodnutí Spolkového soudního dvora ze dne 21. 4. 1997, sp. zn. II ZR 175/95, dostupné z: <http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH & Datum=21. 04. 1997 & Aktenzeichen=II%20ZR%20175/95> (citováno 10. 1. 2014).

⁹ FLEISCHER, Holger. Komentář k § 93 AktG. In SPINDLER, Gerald; STILZ, Eberhard (eds.). *Kommentar zum Aktiengesetz. Band 1. § 1-149*. 2. vydání. München: C. H. Beck, 2010, s. 1092.

Rozsudek ARAG/Garmenbeck

Ve shora uvedeném rozsudku¹⁰ byl předseda představenstva společnosti ARAG činěn spoluodpovědným za protizákonné finanční transakce prováděné bývalým finančním ředitelem, které společnosti přivodily škodu ve výši cca 80 milionů německých marek. Dozorčí rada hlasovala o záměru podat vůči předsedovi představenstva žalobu o náhradu této škody, většina jejích členů však byla proti. Někteří z členů dozorčí rady považovali toto rozhodnutí za odporující zákonu a podali žalobu na určení neplatnosti předmětného usnesení dozorčí rady. Zemský soud v prvním stupni usnesení dozorčí rady zrušil, odvolací soud však dal za pravdu většinovému postoji dozorčí rady s odůvodněním, že pokud jde o podnikatelská rozhodnutí, měl by být orgánům akciové společnosti přiznán prostor pro široké a soudem zásadně nepřezkoumatelné uvážení. Výjimka ze shora uvedeného má být přípustná pouze ve zvláštních případech, například pokud by odmítnutí požadovaného způsobu jednání dozorčí rady bylo jednoznačně protizákonné nebo by v jeho důsledku hrozily společnosti značné škody (především ohrožení její existence). To však dle názoru odvolacího soudu (aniž by považoval za nutné detailnější zkoumání hledisek svědčících pro a proti podání žaloby o náhradu škody vůči předsedovi představenstva) nebyl případ posuzované záležitosti, protože zde připadala v úvahu celá řada důvodů, proč nárok na náhradu škody vůči dotčenému předsedovi představenstva neuplatňovat.

S tímto širokým pojetím možnosti uvážení dozorčí rady akciové společnosti se však Spolkový soudní dvůr neztotožnil, když vyslovil závěr, že prostor pro podnikatelské uvážení, do něž se soudy nemají vměšovat, existuje tam, kde je vyžadováno podnikatelské jednání, tj. při řízení společnosti představenstvem. Řízení společnosti vyžaduje neustále rozhodnutí, při kterých představenstvo vědomě podstupuje obchodní rizika a vystavuje se nebezpečí chybného zhodnocení situace a chybného odhadu budoucího vývoje. Pokud se však i přes pečlivou přípravu podkladů pro rozhodnutí a svědomitou analýzu rizika takové rozhodnutí později ukáže jako nesprávné, je třeba, aby si mohli být členové představenstva jistí, že za to nebudou povoláni k odpovědnosti v podobě povinnosti k náhradě škody. Představenstvo tak musí mít určitý prostor pro uvážení, který nebude soudně přezkoumatelný. Odpovědnost za škodu může přicházet v úvahu pouze tehdy, když představenstvo zřetelně překročí hranice, v jejichž rámci se musí pohybovat podnikatelské jednání realizované s vědomím odpovědnosti, orientované výlučně na zájem podniku a založené na pečlivém zjištění podkladů

pro rozhodnutí, je-li ochota představenstva podstupovat podnikatelská rizika neodpovědně vysoká nebo pokud určitý způsob chování představenstva představuje z jiných důvodů porušení povinností.

Na tomto podnikatelském uvážení se podílí i dozorčí rada, a to v případech, kdy má spolupůsobit při podnikatelských rozhodnutích představenstva, a to z titulu své preventivně kontrolní funkce. Jiná je však situace v případě, kdy existuje možnost, že člen představenstva poškodil společnost chováním porušujícím zákon a stanovy. V takovém případě se nemohou člen představenstva ani dozorčí rada jako příslušný kontrolní orgán dovolat vnitřní svobody jednání. Pokud dozorčí rada na základě pečlivé analýzy procesního rizika dojde k závěru, že podle všech předpokladů (jistota se nevyžaduje) existuje vůči členu představenstva soudně vymahatelný nárok na náhradu škody, pak má dozorčí rada, v rámci své zákonné povinnosti dohlížet na činnost představenstva a chránit společnost před škodami, povinnost uplatnit vůči členovi představenstva nárok na náhradu škody. Od shora uvedeného postupu se smí dozorčí rada odchýlit pouze výjimečně, a to tehdy, vyžadují-li to zájmy a potřeby společnosti. To však připadá v úvahu jen tehdy, když okolnosti, jež hovoří pro možnost nárok na náhradu škody vůči členu představenstva neuplatňovat, převažují nebo mají alespoň přibližně stejnou váhu jako zájmy a potřeby společnosti. Pouze při posouzení shora uvedených zájmů přísluší dozorčí radě určitý omezený prostor pro uvážení, kdy může zohlednit okolnosti uváděné odvolacím soudem, jako jsou riziko ohrožení činnosti společnosti, její dobré pověsti, narušení další práce představenstva a narušení vnitropodnikové atmosféry. Pouze výjimečně lze zohlednit též dopady, jaké bude mít uplatnění nároku na náhradu škody na člena představenstva a jeho rodinu. Uplatnění nároku na náhradu škody má tedy být pravidlem, jeho neuplatnění výjimkou. Jelikož odvolací soud neuvážil ani to, zda existuje soudně vymahatelný nárok na náhradu škody vůči předsedovi představenstva, ani to, zda jsou v konkrétním případě dány důležité zájmy a potřeby společnosti, jež by odůvodnily rozhodnutí nárok na náhradu škody výjimečně neuplatňovat, Spolkový soudní dvůr rozhodnutí odvolacího soudu zrušil a věc mu vrátil k novému projednání.¹¹

¹⁰ Blíže viz <http://lexetius.com/1997,482> nebo http://www.ejura-examensexpress.de/online-kurs/entsch_show_neu.php?Alp=1&dok_id=2075 (citováno 10. 1. 2014).

¹¹ V této souvislosti lze poukázat na rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 30. 3. 2011, sp. zn. 29 Cdo 4276/2009. V citovaném případě byl jednatel žalován za to, že porušil svou povinnost jednat s náležitou péčí, protože řádně nevymáhal pohledávky společnosti a dopustil, že došlo k jejich promlčení, čímž měl společnosti způsobit škodu. Nejvyšší soud dovolání zamítl: „*Jak však správně uzavřel odvolací soud, neuplatnění pohledávek... nemuselo být samo o sobě porušením povinnosti jednat s náležitou péčí. Pro úvahu, zda byl jednatel povinen pohledávky vymáhat, je významné (mimo jiné)*

Podstata pravidla podnikatelského úsudku

Právní úprava pravidla podnikatelského úsudku (§ 93 odst. 1 věta druhá AktG) vychází z rozlišování mezi chybnými podnikatelskými rozhodnutími na straně jedné a porušením ostatních povinností, jako jsou povinnost loajality, informační povinnost a další obecná porušení zákona a stanov, na straně druhé. Porušení druhé skupiny povinností se podle pravidla podnikatelského úsudku neposuzuje.¹²

Pravidlo podnikatelského úsudku má ze skutkové podstaty porušení povinností péče upravené v první větě § 93 odst. 1 AktG vymezit prostor pro podnikatelské jednání. Jde o regulaci tzv. bezpečného přístavu (*safe harbour*).¹³ Zákonodárce tímto způsobem v podobě nevyvratitelné právní domněnky předem stanovil, za jakých okolností nedojde k porušení povinností péče, čímž posílil právní jistotu členů orgánů.¹⁴ Splnění podmínek § 93 odst. 1 věty druhé AktG vylučuje rovněž možnost odvolání z funkce z důležitého důvodu ve smyslu § 84 odst. 3 věty druhé AktG.¹⁵ Na druhou stranu však nemůže soud z toho, že podmínky vylučující odpovědnost nejsou splněny, automaticky dovodit, že k porušení povinností péče došlo.¹⁶ V posledně jmenovaném případě se neuplatní ani vyvratitelná právní domněnka. Nenaplnění předpokladů pravidla podnikatelského úsudku však

i posouzení případné úspěšnosti takového postupu (jež odvisí např. od možnosti společnosti prokázat vznik, výši i trvání uplatněné pohledávky) a reálnosti jejího (alespoň částečného) vymožení. V případě dlužníka, který zjevně není schopen své závazky splnit ani částečně, popř. v situaci, kdy společnost není s to prokázat svá tvrzení ohledně vzniku, výše a trvání pohledávky, aniž by takový stav způsobil sám jednatel, by naopak v rozporu s náležitou péčí (péčí řádného hospodáře) mohlo být – podle okolností případu – podání žaloby a vynaložení dalších nákladů na vedení soudního řízení. Jinými slovy to, zda jednatel bude pohledávky společnosti vymáhat, je věcí jeho úvahy v rámci obchodního vedení, jež musí být učiněna s ohledem na všechny okolnosti.“

¹² BT-Drucks. 15/5092, s. 11.

¹³ BT-Drucks. 15/5092, s. 11.

¹⁴ BÜRGERS, Tobias; ISRAEL, Alexander. Komentář k § 93 AktG. In BÜRGERS, Tobias; KÖRBER, Torsten (eds.). *Aktiengesetz*. 2. vydání. Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg: C.F. Müller, 2011, s. 763.

¹⁵ BÜRGERS, Tobias; ISRAEL, Alexander. Komentář k § 93 AktG. In BÜRGERS/KÖRBER 2011 op. cit., s. 763. Podle § 84 odst. 3 AktG může dozorčí rada, která volí členy představenstva, odvolat ustanovení člena představenstva do funkce nebo jmenování člena představenstva předsedou představenstva, existuje-li pro to důležitý důvod. Takovým důvodem je jmenovitě hrubé porušení povinností, neschopnost k řádnému obchodnímu vedení nebo ztráta důvěry vyslovená valnou hromadou.

¹⁶ FLEISCHER, Holger. Komentář k § 93 AktG. In SPINDLER/STILZ 2010 op. cit., s. 1093.

porušení povinností péče zpravidla indikuje.¹⁷ Pokud nejsou dány předpoklady § 93 odst. 1 věty druhé AktG, neznamená to, že by člena představenstva stihala odpovědnost za úspěch (*Erfolgshaftung*). Důsledkem je pouze to, že soud může v plném rozsahu zkoumat, jestli člen představenstva jednal při svém rozhodnutí s řádnou péčí.¹⁸

Regulace pravidla podnikatelského úsudku má zabránit tomu, aby rozhodující soudce podlehl efektu označovanému jako *hindsight bias* (též *outcome bias*¹⁹), tj. „chyba zpětného pohledu“.²⁰ Existuje totiž riziko, že soudce, který bude následně situaci posuzovat, nebude schopen původní okolnosti a důvody, jež k určitému rozhodnutí vedly, posoudit bez ohledu na výsledek, který však v době přijetí rozhodnutí nebyl znám, a bude tím pádem při svém *ex post* posouzení uplatňovat na povinnost péče nepřiměřené požadavky.²¹ Regulace pravidla podnikatelského úsudku má předejít situaci, kdy budou členové statutárního orgánu z obavy z osobní odpovědnosti za případný neúspěch odmítat podstupovat rizika s podnikáním spojená.²²

Znění § 93 odst. 1 AktG („K porušení povinností nedošlo, pokud člen představenstva mohl při podnikatelském rozhodnutí rozumně předpokládat, že jedná na základě přiměřené informace pro dobro společnosti.“) je nápadně podobné původnímu návrhu textu pravidla podnikatelského úsudku dle § 55 odst. 1 ZOK, jež zněl takto: „Péči řádného hospodáře neporuší ten, kdo mohl při podnikatelském rozhodování v dobré víře rozumně předpokládat, že jedná informovaně a v obhajitelném zájmu obchodní korporace.“ Toto znění bylo však v rámci legislativního procesu na doporučení Ústavně právního výboru Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR²³ změněno na znění současné: „Pečlivě a s potřebnými znalostmi

¹⁷ SPINDLER, Gerald. Komentář k § 93 AktG. In GOETTE, Wulf; HABERSACK, Mathias (eds.). *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*. Band 2. § 76-117, *MitbestG, DrittelbG*. 3. vydání. München: C. H. Beck, Franz Vahlen, 2008, s. 557.

¹⁸ LANDWEHRMANN, Friedrich. Komentář k § 93 AktG. In HEIDEL 2011 op. cit., s. 527.

¹⁹ FLEISCHER, Holger. Komentář k § 93 AktG. In SPINDLER/STILZ 2010 op. cit., s. 1096.

²⁰ BÜRGERS, Tobias; ISRAEL, Alexander. Komentář k § 93 AktG. In BÜRGERS/KÖRBER 2011 op. cit., s. 763.

²¹ FLEISCHER, Holger. Komentář k § 93 AktG. In SPINDLER/STILZ 2010 op. cit., s. 1091 - 1092.

²² BÜRGERS, Tobias; ISRAEL, Alexander. Komentář k § 93 AktG. In BÜRGERS/KÖRBER 2011 op. cit., s. 763.

²³ Usnesení Ústavně právního výboru Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR z 36. schůze konané dne 1. 12. 2011, bod 45 (dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/text2.sqw?idd=76566>, citováno 10. 1. 2014).

jedná ten, kdo mohl při podnikatelském rozhodování v dobré víře rozumně předpokládat, že jedná informovaně a v obhajitelném zájmu obchodní korporace; to neplatí, pokud takovéto rozhodování nebylo učiněno s nezbytnou loajalitou.“ Ustanovení § 159 odst. 1 NOZ stanoví, že kdo přijme funkci člena voleného orgánu, zavazuje se, že ji bude vykonávat s nezbytnou loajalitou i s potřebnými znalostmi a pečlivostí. Péče řádného hospodáře v sobě tedy zahrnuje dvě složky, a to povinnost péče – „s potřebnými znalostmi a pečlivostí“ (*duty of care*) a povinnost loajality – „s nezbytnou loajalitou“ (*duty of loyalty*). Jelikož se však pravidlo podnikatelského úsudku vztahuje pouze k povinnosti péče, byl text předmětného ustanovení v průběhu legislativního procesu shora uvedeným způsobem upraven.²⁴

Jak v české, tak i v německé právní úpravě je pravidlo podnikatelského úsudku pojato jako *standard of conduct*, tedy pravidlo chování. Jedná se o domněnku, že byla splněna povinnost péče, pokud jsou splněny stanovené podmínky. Toto pojetí pravidla podnikatelského úsudku se liší od jeho původního pojetí, jak je zná například právní řád státu Delaware. Tam má pravidlo podnikatelského úsudku podobu *standard of review*, tedy standardu soudního přezkumu, kdy je stanoveno, za jakých podmínek soud nebude přezkoumávat podnikatelská rozhodnutí členů orgánu společnosti. Nejde tedy o pravidlo v pravém smyslu slova, tj. o právní normu prikazující nebo zakazující určité chování, ale o měřítko soudního přezkumu.²⁵

Důkazní břemeno

Důkazní břemeno o tom, že chování naplňuje znaky § 93 odst. 1 věty druhé AktG, nese dotčený člen představenstva.²⁶ To odpovídá dosavadnímu pojetí zastávanému judikaturou Spolkového soudního dvora. Doktrína proto doporučuje členům představenstva, aby vedli úplnou dokumentaci svých podnikatelských rozhodnutí.²⁷

²⁴ KOŽIAK, Jaromír. Pravidlo podnikatelského úsudku v návrhu zákona o obchodních korporacích (a zahraničních právních úpravách). *Obchodněprávní revue*. 2012, č. 4, s. 108 a násl.; HÁMORSKÁ, Andrea. Povinnost členů orgánů obchodních korporací jednat s péčí řádného hospodáře po rekodifikaci. *Obchodněprávní revue*. 2012, č. 9, s. 250 a násl.

²⁵ Blíže viz HEIN von, Jan, 2008 op. cit., s. 914-915; KOŽIAK, Jaromír. Pravidlo podnikatelského úsudku v návrhu zákona o obchodních korporacích (a zahraničních právních úpravách). *Obchodněprávní revue*. 2012, č. 4, s. 108 a násl.

²⁶ BT-Drucks. 15/5092, s. 12.

²⁷ FLEISCHER, Holger. Komentář k § 93 AktG. In SPINDLER/STILZ 2010 op. cit., s. 1096.

Toto pojetí důkazního břemene se liší od amerického vzoru *business judgment rule*, kde pravidlo podnikatelského úsudku představuje vyvratitelnou právní domněnku ve prospěch členů správního orgánu (*directors*). Předpokládá se, že členové správního orgánu při podnikatelském rozhodnutí jednali na základě dostatečných informací a v dobré víře o tom, že jimi učiněná volba slouží nejlepšímu zájmu společnosti.²⁸ Tato domněnka je vyvrácena, pokud žalobce předloží takové důkazy, z nichž lze dovést podvod, zlou víru nebo konflikty zájmů na straně členů orgánu. Pokud takové důkazy žalobce nepředloží, zůstává rozhodnutí členů správního orgánu zpravidla zachováno, ledaže přijaté opatření nelze objektivně považovat za souladné s žádným racionálním obchodním cílem.²⁹ Druhým příkladem ručení členů správního orgánu i při absenci důkazů předložených žalobcem je plýtvání majetkem společnosti (*waste*).³⁰ Pokud členové správního orgánu vyhoví procesním požadavkům pravidla podnikatelského úsudku, neexistuje pro ně prakticky žádné riziko ručení.³¹

Důvodová zpráva³² nevysvětluje, proč se zákonodárce v otázce důkazního břemene odchytil od amerického vzoru. Tím se blíže zabývá *von Hein*, který si nejprve klade otázku, jestli odlišné pojetí důkazního břemene nebude příčinou neúspěchu recepce institutu pravidla podnikatelského úsudku do německého práva. Důsledkem německého pojetí důkazního břemene je totiž značné zvýšení rizika ručení členů představenstva ve srovnání s americkým vzorem a podle *von Heina* je sporné, zda může být za těchto okolností dosaženo ekonomického cíle, kvůli němuž bylo pravidlo podnikatelského úsudku do německého práva recipováno, tj. zabránění přílišné averzi členů představenstva vůči riziku.³³ Pro zodpovězení uvedené otázky je dle *von Heina* nutné zabývat se důvody, jež zákonodárce vedly k tomu, že při re-

²⁸ V rozsudku *Aronson proti Lewis* (473 A.2d 805, Del 1984) bylo pravidlo podnikatelského úsudku formulováno takto: „*a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company*“.

²⁹ Tehdy se bude jednat o výjimečný případ, kdy i přes dodržení všech procedurálních postupů na straně členů správního orgánu nebude při přezkumu jejich rozhodnutí možné najít žádnou výhodu, již mělo přijaté opatření přinést společnosti a jejím akcionářům (HEIN von, Jan, 2008 op. cit., s. 917-918).

³⁰ Tehdy však nebude postačovat pouhé porušení dobré víry na straně členů správního orgánu, ale bude třeba, aby tito členové majetek zcela nezodpovědným způsobem prodali pod cenou nebo jej darovali (HEIN von, Jan, 2008 op. cit., s. 918-919).

³¹ HEIN von, Jan, 2008 op. cit., s. 919.

³² BT-Drucks. 15/5092.

³³ HEIN von, Jan, 2008 op. cit., s. 921-922.

cepci amerického pravidla podnikatelského úsudku upravil stěžejní otázku, tedy rozložení důkazního břemene, odlišně.

Variantu, že se jedná o nepochopení důkazního břemene ze strany německého zákonodárce, *von Hein* odmítá.³⁴ Jeden z důvodů však podle něj může souviset s tzv. *Gleichgewichtstheorie*, tedy teorií rovnováhy, podle níž mělo být zakotvení pravidla podnikatelského úsudku do akciového zákona protiváhou posílení práva akciové menšiny uplatňovat nárok na náhradu škody vůči členům orgánů akciové společnosti v roce 2005. Přestože bylo uplatňování nároků na náhradu škody vůči členům orgánů ze strany menšinových akcionářů zjednodušeno a přiblížilo se tak americké *derivative suit*, nejsou členové orgánů v Německu z důvodu odlišných procenění podmínek vystaveni takovému riziku ručení, jako je tomu v USA. Z tohoto důvodu nebylo nutné poskytovat členům německých orgánů tak široký prostor, v jehož rámci je nestíhá povinnost ručení, jako je tomu v americkém právu.³⁵

Dalším důvodem dle *von Heina* může být odlišná procesně právní úprava, kdy americké právo nabízí ve formě *pre-trial discovery* žalobci efektivní prostředek, jak donutit žalovaného nebo společnost k vydání dokumentů nebo jiných důkazních prostředků, zatímco německé právo takovou možnost neposkytuje.³⁶

Jako další možný důvod pro rozdílné rozložení důkazního břemene zvažuje *von Hein* i skutečnost, že je v německém právu favorizována vyšší averze vůči riziku, než jak je tomu v právu americkém. Jednání představenstva v Německu má podle většinového názoru ctít zájem společnosti ve smyslu *stakeholder theory*. Pokud pod zájmy společnosti v souladu s uvedenou teorií podřadíme i zájmy zaměstnanců společnosti, je výsledkem preference nižší tolerance k riziku než je tomu v případě orientace jednání představenstva na *shareholder value*, neboť zaměstnanci, na rozdíl od akcionářů, nemohou ve vztahu ke společnosti diverzifikovat riziko. Přísnější úprava ručení managementu podle německého pravidla podnikatelského úsudku a s tím související vyšší averze managementu vůči riziku jsou tak odrazem celkového postoje německého akciového práva k jednání představenstva. Chápání zájmu společnosti ve smyslu pluralitní *stakeholder theory* rozšiřuje prostor pro uvážení představenstva a zvyšuje tak riziko, že členové představenstva využijí svůj široký prostor pro uvážení takovým způsobem, který povede ke znevýhodnění akcionářů. Vyšší intenzita soudní kontroly tak dle *von Heina* představuje jistou kompenzaci, které v americkém právu, jež staví

při rozhodování členů správního orgánu do popředí principiálně zájmy akcionářů, není třeba.³⁷

Jako další možný důvod přísnější úpravy ručení členů představenstva v německém právu zvažuje *von Hein* i skutečnost, že německý kapitálový trh i přes pokroky, kterých bylo v posledních letech dosaženo, ještě stále není efektivním kontrolním prostředkem v takové míře, jako je tomu v USA. Vyšší míru soudní kontroly lze tak z tohoto pohledu chápat jako kompenzaci nedostatků, jež ve srovnání s americkým právem vykazuje oblast německé externí *corporate governance*.³⁸

Na základě shora uvedených úvah dochází *von Hein* k závěru, že odlišná úprava důkazního břemene v § 93 odst. 1 větě druhé AktG musí být posuzována jako asimilace *business judgment rule* na odlišné procesní, právní, hospodářské a politické podmínky v Německu.³⁹

I v české právní úpravě leží důkazní břemeno na straně členů představenstva, když § 52 odst. 2 ZOK stanoví: „*Je-li v řízení před soudem posuzováno, zda člen orgánu obchodní korporace jednal s péčí řádného hospodáře, nese důkazní břemeno tento člen*“. Zákon o obchodních korporacích však dále stanoví, že člen orgánu důkazní břemeno nese, pokud soud rozhodne, že to po něm nelze spravedlivě požadovat.⁴⁰ Důvodová zpráva k zákonu o obchodních korporacích se této problematice blíže nevěnuje, pouze uvádí, že obrácené pojetí důkazního břemene je převzato z předchozí právní úpravy.⁴¹ Pravidlo, že důkazní břemeno nese člen orgánu, považují za správné řešení, jelikož pro žalobce by bylo získávání důkazních prostředků obtížné.

Předpoklady aplikace pravidla podnikatelského úsudku

Pravidlo podnikatelského úsudku ve smyslu § 93 odst. 1 věty druhé AktG vykazuje dle důvodové zprávy pět znaků, jež jsou předpokladem jeho aplikace, a to: podnikatelské rozhodnutí, jednání v dobré víře, jednání bez zvláštních zájmů a cizích vlivů, jednání

³⁷ HEIN von, Jan, 2008 op. cit., s. 924-925.

³⁸ HEIN von, Jan, 2008 op. cit., s. 925.

³⁹ HEIN von, Jan, 2008 op. cit., s. 925.

⁴⁰ Taková situace nastane například, přestal-li člen orgánu vykonávat svoji funkci a prokazatelně nemá přístup k potřebným dokumentům a informacím (ŠTENGLOVÁ, Ivana; HAVEL, Bohumil. Komentář k § 51 ZOK. In ŠTENGLOVÁ, Ivana; HAVEL, Bohumil; CILEČEK, Filip; KUHN, Petr; ŠUK, Petr. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 140).

⁴¹ HAVEL 2012 op. cit., s. 53.

³⁴ HEIN von, Jan, 2008 op. cit., s. 922-923.

³⁵ HEIN von, Jan, 2008 op. cit., s. 923.

³⁶ HEIN von, Jan, 2008 op. cit., s. 923-924.

pro dobro společnosti a jednání na základě přiměřené informace.⁴²

Podnikatelské rozhodnutí

Pojem podnikatelské rozhodnutí patří do skupiny neurčitých právních pojmů. Důvodová zpráva⁴³ poskytuje v tomto smyslu vodítko, když uvádí, že podnikatelská rozhodnutí jsou s ohledem na svoji vazbu na budoucnost určována prognózami a neprávními hodnoceními.⁴⁴ Jedná se o rozhodnutí, jež jsou přijímána podle podnikatelských hledisek účelnosti.⁴⁵ To je odlišuje od plnění povinností stanovených zákonem, stanovami nebo v rámci zaměstnanec-kého poměru, s nimiž není spojen prostor pro úvahu a „právo na omyl“.⁴⁶ Doktrína si klade otázku, do které skupiny patří smluvní povinnosti společnosti vůči třetím osobám. Většina autorů⁴⁷ zastává názor, že porušení smluvních povinností je podnikatelským rozhodnutím s tím, že možná rizika je v tomto případě třeba zvážit obzvlášť důkladně.

Podnikatelská rozhodnutí jsou rozhodnutí, se kterými je spojeno určité riziko, neboť jsou přijímána téměř vždy v nejistotě a často pod časovým tlakem.⁴⁸ Jde nejen o rozhodnutí jednat, ale i o rozhodnutí zůstat nečinný - statutární orgán například nevyužije obchodní příležitost, protože ji považuje za příliš riskantní.⁴⁹ Podnikatelské rozhodnutí musí být vždy vědomé. Opatření, která nejsou založena na vědomém rozhodnutí, do působnosti § 93 odst. 1 věty druhé AktG nespádají. Nechá-li si představenstvo z nebalosti nevědomě ujít obchodní příležitost, nejedná se o podnikatelské rozhodnutí (na rozdíl od shora uvedené situace, kdy se vědomě rozhodne této ob-

chodní příležitosti nevyužít).⁵⁰ Prostor pro podnikatelské rozhodnutí přichází v úvahu pouze tehdy, když je k dispozici více variant jednání, z nichž jsou alespoň dvě v souladu s právem.⁵¹

Literatura uvádí příklady podnikatelských rozhodnutí. Řadí sem například rozhodnutí investovat do nových technologií nebo rozhodnutí, zda má předmět věcného vkladu do základního kapitálu společnosti s ohledem na svou vhodnost a kvalitu skutečně předpokládanou hodnotu.⁵² Doposud však není zcela jasná odpověď na otázku, do jaké míry lze podle pravidla podnikatelského úsudku posuzovat plnění organizačních, plánovacích⁵³ a dozorových povinností představenstva. Nejen *Fleischer*⁵⁴ dochází k závěru, že je nesporná povinnost představenstva řádně plnit shora uvedené úkoly. Pokud však jde o způsob plnění těchto povinností, přiznává představenstvu prostor pro podnikatelské uvážení.

Jednání bez zvláštních zájmů a cizích vlivů

Ačkoliv to není v § 93 odst. 1 větě druhé AktG výslovně stanoveno, nesmí být jednání člena představenstva ovlivněno konflikty zájmů, cizími vlivy a nesmí jím být sledován vlastní užitek. Člen představenstva musí být nezaujatý a nezávislý. Zvláštní zájmy stojící mimo zájem podniku (*Unternehmensinteresse*), což je jednoznačně případ jednání pro vlastní užitek nebo jednání k užítku osob blízkých, nesmí rozhodnutí ovlivnit. Za legitimní považuje důvodová zpráva jednání ve vlastním zájmu jen tehdy, vyloučí-li užitek pro člena představenstva pouze nepřímo z užítku společnosti,⁵⁵ tzn. pokud se zájem člena představenstva kryje se zájmem společnosti. Jako příklad lze uvést poskytnutí tantiém ze zisku.⁵⁶

⁴² BT-Drucks. 15/5092, s. 11.

⁴³ Důvodová zpráva k návrhu zákona Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts - UMAG. Dostupné z: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/15/050/1505092.pdf> (citováno 10. 1. 2014).

⁴⁴ BT-Drucks. 15/5092, s. 11.

⁴⁵ KRIEGER, Gerd; SAILER-COCEANI, Viola. Komentář k § 93 AktG. In SCHMIDT, Karsten; LUTTER, Markus (eds.). *Aktiengesetz. Kommentar. 1. Band. § 1-149*. 2. vydání. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2010, s. 1266.

⁴⁶ BT-Drucks. 15/5092, s. 11.

⁴⁷ Např. FLEISCHER, Holger. Komentář k § 93 AktG. In SPINDLER/STILZ 2010 op. cit., s. 1084; BÜRGERS, Tobias; ISRAEL, Alexander. Komentář k § 93 AktG. In BÜRGERS/KÖRBER 2011 op. cit., s. 763-764; KRIEGER, Gerd; SAILER-COCEANI, Viola. Komentář k § 93 AktG. In SCHMIDT/LUTTER 2010 op. cit., s. 1266.

⁴⁸ FLEISCHER, Holger. Komentář k § 93 AktG. In SPINDLER/STILZ 2010 op. cit., s. 1091.

⁴⁹ SPINDLER, Gerald. Komentář k § 93 AktG. In GOETTE/HABERSACK 2008 op. cit., s. 558.

⁵⁰ SPINDLER, Gerald. Komentář k § 93 AktG. In GOETTE/HABERSACK 2008 op. cit., s. 557.

⁵¹ LANDWEHRMANN, Friedrich. Komentář k § 93 AktG. In HEIDEL, Thomas (eds.). *Aktienrecht und Kapitalmarktrecht*. 3. vydání. Baden-Baden: Nomos, 2011, s. 526.

⁵² FLEISCHER, Holger. Komentář k § 93 AktG. In SPINDLER/STILZ 2010 op. cit., s. 1094.

⁵³ Sem lze ve smyslu § 90 odst. 1 věta první AktG zařadit finanční, investiční a personální plánování, a dále podle konkrétních okolností též plánování výroby, odbytu, zásobování, nákladů a další (FLEISCHER, Holger. Komentář k § 93 AktG. In SPINDLER/STILZ 2010 op. cit., s. 1089).

⁵⁴ FLEISCHER, Holger. Komentář k § 93 AktG. In SPINDLER/STILZ 2010 op. cit., s. 1094; dále např. BÜRGERS, Tobias; ISRAEL, Alexander. Komentář k § 93 AktG. In BÜRGERS/KÖRBER 2011 op. cit., s. 764.

⁵⁵ BT-Drucks. 15/5092, s. 11.

⁵⁶ FLEISCHER, Holger. Komentář k § 93 AktG. In SPINDLER/STILZ 2010 op. cit., s. 1095.

Zákonodárce nepovažoval za nutné shora uvedený předpoklad v textu zákona výslovně uvádět, protože je podle důvodové zprávy v pravidle podnikatelského úsudku implicitně formulován. Předpokládá, že jedná pro dobro společnosti, může zpravidla pouze ta osoba, která není zatížena žádnými shora uvedenými vlivy. Podmínkou toho, aby člen představenstva mohl předpokládat, že jedná pro dobro korporace, je totiž rovněž dobrá víra. Odchylně může být podle důvodové zprávy situace výjimečně posouzena pouze v případě, kdy člen představenstva na konflikt zájmů, v němž se nachází, předem upozorní, a pokud se za těchto okolností jeví jeho předpoklad, že zároveň jedná pro dobro společnosti, jako rozumný a přijatelný.⁵⁷

Někteří autoři⁵⁸ ovšem se shora uvedeným závěrem polemizují. Podle nich může pro dobro společnosti jednat i ten, kdo je dotčen konfliktem zájmů, pokud protikladné zájmy při svém rozhodnutí potlačí. Podle těchto autorů by bylo chybou odejmout v takových situacích členovi představenstva prostor pro podnikatelské uvážení, protože by to potom byl rozhodující soudce, kdo by musel namísto k tomu příslušného člena představenstva rozhodnout, které rozhodnutí by bylo podnikatelsky správné. Dotčení autoři však uznávají, že je nutné, aby vzal soudce existenci konfliktu zájmů v potaz a zkoumal, jestli člen představenstva i přes existující konflikt zájmů mohl rozumně předpokládat, že jedná pro dobro společnosti.

Sporné je, zda se konflikt zájmů týkající se jednoho člena kolektivního orgánu přenáší i na jeho ostatní členy. Někteří autoři dovozují, že nikoliv, jiní dochází k závěru, že tento konflikt zájmů „infikuje“ i ostatní členy kolektivního orgánu a žádný z nich tedy nemůže využít dobrodiní pravidla podnikatelského úsudku. Z tohoto důvodu doktrína z opatrnosti doporučuje, aby se dotčený člen samotného rozhodování ani předchozí porady a diskuze neúčastnil, eventuálně aby bylo rozhodnutí představenstva předloženo ke schválení dozorčí radě.⁵⁹

Jednání v dobré víře

Dalším předpokladem aplikace pravidla podnikatelského úsudku je jednání v dobré víře. Člen představenstva musí být v okamžiku rozhodnutí přesvědčen,

že neporušuje žádnou povinnost a jedná správně.⁶⁰ Pokud jednající sám nevěří, že je jeho rozhodnutí správné, ochrana mu nepřísluší.⁶¹ K tomu však uvádí *Spindler*, že pokud bylo opatření učiněno v zájmu společnosti, zlá víra nezakládá porušení povinnosti.⁶²

Jednání pro dobro společnosti

Dalším předpokladem pravidla podnikatelského úsudku je, že člen představenstva mohl rozumně předpokládat, že jedná pro dobro společnosti. Důvodová zpráva poukazuje na změnu perspektivy, když se předpoklady rozhodování posuzují z pohledu orgánu společnosti. Toto subjektivní hledisko je však objektivizováno tím, že zákon nepovažuje za rozhodné, co člen orgánu *předpokládal*, ale co *mohl rozumně předpokládat*. Existence tohoto předpokladu tak není dána především tehdy, bylo-li riziko spojené s podnikatelským rozhodnutím naprosto nezodpovědným způsobem nesprávně posouzeno.⁶³ Jde o případ evidentně chybného jednání, kdy rizika obchodní transakce přesahují šanci na úspěch tak očividně, že podstoupení těchto rizik není obhajitelné.⁶⁴

Jednání je třeba chápat široce. Zahrnuje jak předmětné rozhodnutí, tak i jeho realizaci. Přitom není podstatné, jestli se rozhodnutí projeví ve formě právního úkonu nebo jako faktické jednání.⁶⁵ Totéž musí platit i pro zdržení se jednání, je-li výsledkem vědomého výběru mezi více možnostmi.⁶⁶ Není rozhodné, zda rozhodnutí skutečně posloužilo dobru společnosti, nýbrž postačí, když to člen představenstva mohl rozumně předpokládat.⁶⁷ Člen představenstva může rozumně předpokládat, že jedná v zájmu společnosti, pouze tehdy, pokud každému jeho rozhodnutí předcházelo uvážení možných rizik.⁶⁸

⁶⁰ BÜRGERS, Tobias; ISRAEL, Alexander. Komentář k § 93 AktG. In BÜRGERS/KÖRBER 2011 op. cit., s. 765.

⁶¹ FLEISCHER, Holger. Komentář k § 93 AktG. In SPINDLER/STILZ 2010 op. cit., s. 1095.

⁶² SPINDLER, Gerald. Komentář k § 93 AktG. In GOETTE/HABERSACK 2008 op. cit., s. 563.

⁶³ BT-Drucks. 15/5092, s. 11. Důvodová zpráva zde odkazuje na výše citované rozhodnutí ARAG/Garmenbeck.

⁶⁴ LANDWEHRMANN, Friedrich. Komentář k § 93 AktG. In HEIDEL 2011 op. cit., s. 527.

⁶⁵ BT-Drucks. 15/5092, s. 11.

⁶⁶ FLEISCHER, Holger. Komentář k § 93 AktG. In SPINDLER/STILZ 2010 op. cit., s. 1094.

⁶⁷ KRIEGER, Gerd; SAILER-COCEANI, Viola. Komentář k § 93 AktG. In SCHMIDT/LUTTER 2010 op. cit., s. 1267-1268. Pokud jde o *rozumný předpoklad*, obsahuje česká právní úprava shodný koncept.

⁶⁸ LANDWEHRMANN, Friedrich. Komentář k § 93 AktG. In HEIDEL 2011 op. cit., s. 527.

⁵⁷ BT-Drucks. 15/5092, s. 11.

⁵⁸ KRIEGER, Gerd; SAILER-COCEANI, Viola. Komentář k § 93 AktG. In SCHMIDT/LUTTER 2010 op. cit., s. 1268.

⁵⁹ FLEISCHER, Holger. Komentář k § 93 AktG. In SPINDLER/STILZ 2010 op. cit., s. 1095; BÜRGERS, Tobias; ISRAEL, Alexander. Komentář k § 93 AktG. In BÜRGERS/KÖRBER 2011 op. cit., s. 765.

Podnikatelské rozhodnutí je učiněno pro dobro společnosti každopádně tehdy, pokud slouží dlouhodobému zvýšení výnosů a konkurenceschopnosti podniku, jeho produktů a služeb.⁶⁹ Nejde přitom o *ex post* zjištěné dobro společnosti, neboť v těchto případech se teprve později ukáže, že opatření bylo chybné a společnosti uškodilo. Musí jít tedy o dobro společnosti, o něž v dobré víře usiluje člen představenstva *ex ante*.⁷⁰ V zájmu dlouhodobých perspektiv a budoucích obchodních příležitostí může být v jednotlivém případě odůvodněné zřít se krátkodobého dosažení zisku nebo převzít určité náklady.⁷¹

*Krieger/Sailer-Coceani*⁷² poukazují na názor zastávaný částí doktríny, podle něž rozhodnutí, s nimiž je spojeno příliš velké (*übergroßes*) riziko, neslouží zájmu společnosti a tím pádem nejsou kryta pravidlem podnikatelského úsudku. Tomuto názoru dávají shora uvedení autoři za pravdu pouze v tom smyslu, že rozhodnutí, jež mohou vést k ohrožení existence společnosti, mohou být v jednotlivém případě neobhajitelná a tím pádem se netěší ochraně § 93 odst. 1 věty druhé AktG. Dodávají však, že shora uvedené neplatí *a priori*, ale může platit pouze v jednotlivém případě s ohledem na konkrétní okolnosti. Upozorňují na skutečnost, že všechna rizika, jež mohou vést k ohrožení existence společnosti, nemohou být *per se* označena jako „příliš velká“ ve shora popsaném smyslu. To platí především tehdy, kdy podstupování rizik patří k předmětu podnikání společnosti (pojišťovny, banky) nebo pokud budoucí existence společnosti může být zajištěna pouze prostřednictvím opatření, které v případě nezdaru může ohrozit její samotnou existenci (například změna technologií). V konkrétním případě bude tedy vždy záležet na tom, jestli se podstoupení rizika jeví při posuzování *ex ante* ještě jako obhajitelné, dále jak velká je pravděpodobnost neúspěchu a jestli byla rizika podstoupena na základě pečlivého uvážení a při zajištění, jež je v daném oboru obvyklé.⁷³

Německá právní úprava hovoří o jednání *pro dobro*, resp. *blaho společnosti* („zum Wohle der Gesellschaft“), česká právní úprava o *obhajitelném zájmu obchodní korporace*, zahraniční právní úpravy častěji vyžadují jednání *v nejlepším zájmu společnosti*

(„in the best interests of the company“)⁷⁴. Je otázkou, zda shora uvedené neurčité právní pojmy představují různou míru prospěchu pro společnost. Domnívám se, že pojem *nejlepší zájem společnosti* vyjadřuje vyšší míru prospěchu pro společnost než *obhajitelný zájem* nebo *dobro společnosti*. Souhlasím s názorem *J. Kožiaka*⁷⁵, že pojem *nejlepší zájem společnosti* vytváří další interpretační problém spočívající v otázce, co přesně je nejlepší zájem korporace a která varianta jednání člena orgánu mu nejlépe odpovídá. Mezi pojmy *zájem* a *dobro*, resp. *blaho* společnosti, obsahový rozdíl nevidím.

Jednání na základě přiměřené informace

Člen představenstva musí dále rozumně předpokládat, že jedná na základě přiměřené informace. Důvodová zpráva uvádí, že tímto nemá být podnikatelské rozhodnutí objektivizováno, neboť se často zakládá na instinktu, zkušenosti, fantazii, citu pro budoucí vývoj a citu pro trhy a pro reakci odběratelů a konkurentů. Tyto prvky nelze zcela nahradit objektivními informacemi. Zákonodárce neměl v úmyslu odradit členy představenstva od podstupování podnikatelského rizika, nicméně nechtěl podporovat nerozvážnost a lehkomyšlnost na účet investorů a zaměstnanců.⁷⁶

Požadavek (rozsahem a kvalitou⁷⁷) přiměřených informací odráží skutečnost, že především v případě rozhodnutí, jež jsou přijímána pod velkým a nikoliv vlastní vinou způsobeným časovým tlakem, může být rozsáhlá příprava na samotné rozhodnutí těžká, ne-li nemožná. Rozhodné jsou informace, které člen představenstva rozumně pokládá za přiměřené a na jejichž základě a na základě jejichž volného posouzení potom přijme podnikatelské rozhodnutí. Členu představenstva je tak v mezích jeho povinností péče přiznán značný prostor, aby zvážil potřebnost informací a tyto informace si vyhodnotil. Jaká intenzita obstarání informací je ve smyslu zákona „přiměřená“, je nutné rozhodnout podle konkrétních okolností.⁷⁸

Zákon nestanoví obecnou povinnost obstarat si všechny myslitelné informace, nýbrž povinnost důkladné přípravy konkrétního rozhodnutí, jež závisí

⁶⁹ Dobro společnosti zahrnuje též dobro dceřiných společností a koncernu (BT-Drucks. 15/5092, s. 11).

⁷⁰ BT-Drucks. 15/5092, s. 11.

⁷¹ FLEISCHER, Holger. Komentář k § 93 AktG. In SPINDLER/STILZ 2010 op. cit., s. 1094 - 1095.

⁷² KRIEGER, Gerd; SAILER-COCEANI, Viola. Komentář k § 93 AktG. In SCHMIDT/LUTTER 2010 op. cit., s. 1267.

⁷³ KRIEGER, Gerd; SAILER-COCEANI, Viola. Komentář k § 93 AktG. In SCHMIDT/LUTTER 2010 op. cit., s. 1267.

⁷⁴ Viz shora citovaný rozsudek *Aronson proti Lewis* (473 A.2d 805, Del 1984).

⁷⁵ KOŽIAK, Jaromír. Pravidlo podnikatelského úsudku v návrhu zákona o obchodních korporacích (a zahraničních právních úpravách). *Obchodněprávní revue*. 2012, č. 4, s. 108 a násl.

⁷⁶ BT-Drucks. 15/5092, s. 11-12.

⁷⁷ BÜRGERS, Tobias; ISRAEL, Alexander. Komentář k § 93 AktG. In BÜRGERS/KÖRBER 2011 op. cit., s. 764.

⁷⁸ BT-Drucks. 15/5092, s. 11-12.

na okolnostech, jako jsou časový tlak, význam a druh rozhodnutí, faktické a právní možnosti přístupu k informacím a vztah nákladů na obstarání informací vůči předpokládanému užítku z těchto informací.⁷⁹ Čím významnější rozhodnutí bude, tím větší množství informací bude zpravidla zapotřebí, takže při přijímání strategických rozhodnutí bude zpravidla vyžadován široký informační základ.⁸⁰ Přiměřenost informací se hodnotí z *ex ante* pohledu člena představenstva.⁸¹ Tím je rozšířena ochrana člena představenstva do té míry, že je porušení povinností vyloučeno i tehdy, když tento sice objektivně neměl při přijetí chybného podnikatelského rozhodnutí k dispozici dostatečný informační podklad, mohl však rozumně předpokládat, že jedná na základě přiměřených informací.⁸² Není tím však založena úplná subjektivizace, protože měřítkem není to, co člen představenstva předpokládal, nýbrž to, co mohl v okamžiku rozhodování rozumně předpokládat. Jde tedy spíše o objektivní standard k *ex ante* okamžiku.⁸³

Jak výslovně uvádí důvodová zpráva, cílem zákona v žádném případě není, aby si člen představenstva rutinním způsobem obstarával znalecké posudky, vyjádření odborníků nebo externí analýzy trhu, a tím si opatřoval čistě formální zajištění pro případ následného neúspěchu. Otázku, jestli a v jakém rozsahu si má obstarat externí posudky, si musí člen představenstva zodpovědět při zvážení jejich hospodářské nutnosti a možností společnosti.⁸⁴ Pokud však člena představenstva chybí vlastní odborná způsobilost k posouzení daného rozhodnutí, může se spolehnout na radu nezávislého a kvalifikovaného odborníka, poté, co tohoto odborníka řádně informuje o všech okolnostech podstatných pro posouzení dané záležitosti a vykoná vlastní kontrolu hodnověrnosti předloženého posouzení. Riziko zneužití shora uvedené možnosti je vyvažováno přísnými požadavky na výběr příslušného odborníka a kontrolu hodnověrnosti předložené informace.⁸⁵

⁷⁹ FLEISCHER, Holger. Komentář k § 93 AktG. In SPINDLER/STILZ 2010 op. cit., s. 1095.

⁸⁰ SPINDLER, Gerald. Komentář k § 93 AktG. In GOETTE/HABERSACK 2008 op. cit., s. 560.

⁸¹ BÜRGERS, Tobias; ISRAEL, Alexander. Komentář k § 93 AktG. In BÜRGERS/KÖRBER 2011 op. cit., s. 764.

⁸² LANDWEHRMANN, Friedrich. Komentář k § 93 AktG. In HEIDEL 2011 op. cit., s. 528.

⁸³ BÜRGERS, Tobias; ISRAEL, Alexander. Komentář k § 93 AktG. In BÜRGERS/KÖRBER 2011 op. cit., s. 764.

⁸⁴ BT-Drucks. 15/5092, s. 12.

⁸⁵ BGH NJW 2007, 2118, 2119; BGH DSr 2007, 1641 (FLEISCHER, Holger. Komentář k § 93 AktG. In SPINDLER/STILZ 2010 op. cit., s. 1096, 1126). V souvislosti s tzv. finanční krizí je často diskutováno, zda ratingy externích ratingových agentur jako jediné kritérium pro in-

Pravidlo podnikatelského úsudku ve společnosti s ručením omezeným

Jak plyne z důvodové zprávy, myšlenka prostoru pro uvážení člena statutárního orgánu v oblasti podnikatelských rozhodnutí není omezena pouze na odpovědnost podle § 93 AktG a akciové společnosti, ale nachází se i bez výslovné pozitivně právní úpravy ve všech formách podnikatelské činnosti. Vzor právní úpravy, jenž je obsažen v § 93 AktG, a související literatura a judikatura mohou sloužit jako styčný a výchozí bod pro další právní vývoj.⁸⁶

V německém zákoně o společnostech s ručením omezeným (GmbHG)⁸⁷ není pravidlo podnikatelského úsudku výslovně zakotveno. Podle § 43 odst. 1 GmbHG mají jednatelé v záležitostech společnosti povinnost vynakládat péči řádného obchodníka.⁸⁸ Podle zcela převládajícího názoru⁸⁹ je pravidlo podnikatelského úsudku analogicky použitelné i na společnosti s ručením omezeným. Společnost s ručením omezeným však oproti akciové společnosti vykazuje jistá specifika. Jednatel společnosti s ručením omezeným je totiž mnohem silněji vázán na důvěru společníků, je povinen dodržovat jejich pokyny a je v mnohem větší míře povinen vyžádat si v případech složitých rozhodnutí stanovisko společníků.⁹⁰

vestiční rozhodnutí představují přiměřený informační podklad ve smyslu § 93 odst. 1 věty druhé AktG (BÜRGERS, Tobias; ISRAEL, Alexander. Komentář k § 93 AktG. In BÜRGERS/KÖRBER 2011 op. cit., s. 764, 767-768).

⁸⁶ BT-Drucks. 15/5092, s. 12.

⁸⁷ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 15 des Gesetzes vom 24. April 2015 (BGBl. I S. 642).

⁸⁸ „Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden.“

⁸⁹ Např. FLEISCHER, Holger. Komentář k § 43 GmbHG. In FLEISCHER, Holger; GOETTE, Wulf (eds.). *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung - GmbH. Band 2. § 35-52.* München: C. H. Beck, 2012, s. 445; HAAS, Ulrich; ZIEMONS, Hildegard. Komentář k § 43 GmbHG. In MICHALSKI, Lutz (eds.). *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz). Band II. § 35-85 GmbHG, § 1-4 EGGmbHG.* 1. vydání. München: C. H. Beck, 2010, s. 511; KOPPENSTEINER, Hans Georg; GRUBER, Michael. Komentář k § 43 GmbHG. In SCHMIDT-LEITHOFF, Christian (eds.). *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Kommentar.* 5. vydání. München: Franz Vahlen, 2013, s. 1499.

⁹⁰ FLEISCHER, Holger. Komentář k § 93 AktG. In FLEISCHER/GOETTE 2012 op. cit., s. 445.

V této souvislosti lze zmínit především § 37 odst. 1 GmbHG, podle něhož jsou jednatele povinni dodržovat omezení, která jsou pro rozsah jejich jednatelského oprávnění stanovena společenskou smlouvou nebo, pokud tato nestanoví něco jiného, usneseními společníků (toto omezení však není účinné vůči třetím osobám). Společníci tak mohou jednatelům určité jednání nejen zakázat, ale i přikázat. Jednatel v takovém případě nemá možnost uvážení a uposlechne-li pokynu společníků, jedná v souladu s právem, aniž by záleželo na tom, zda jsou splněny předpoklady pravidla podnikatelského úsudku.⁹¹

Další omezení podnikatelského uvážení jednatele plyne z § 49 odst. 2 GmbHG, podle kterého musí jednatel svolat valnou hromadu, jeví-li se to potřebné v zájmu společnosti. Sem spadá i situace, kdy lze očekávat, že by společníci s určitým opatřením nesouhlasili. Společníci společností s ručením omezeným totiž často vnášejí do společnosti velkou část svého majetku a mají zpravidla obavy z rizikového jednání. Proto nebude výjimkou, že se mezi několika investičními projekty rozhodnou pro ten, který je nejméně riskantní a neohrozí existenci společnosti, ačkoliv z něj nelze očekávat nejvyšší výnos.⁹²

Závěr

S účinností od 1. 11. 2005 bylo do § 93 odst. 1 německého akciového zákona zakotveno pravidlo podnikatelského úsudku. V návaznosti na obecnou povinnost péče, podle níž musí členové představenstva při vedení společnosti vynakládat péči řádného a svědomitého obchodního vedoucího, stanoví zákon, že k porušení povinnosti nedošlo, pokud člen představenstva mohl při podnikatelském rozhodnutí rozumně předpokládat, že jedná na základě přiměřené informace pro dobro společnosti. Pokud jsou splněny zákonné předpoklady pravidla podnikatelského úsudku, člen statutárního orgánu neodpovídá za chyby v rámci prostoru pro vlastní podnikatelské uvážení. Důkazní břemeno o tom, že jsou tyto předpoklady naplněny, nese dotčený člen statutárního orgánu. Regulace pravidla podnikatelského úsudku má zabránit tomu, aby rozhodující soudce se znalostí důsledků daného podnikatelského rozhodnutí, jež však v době přijetí rozhodnutí nebyly známy, kladl zpětně na povinnost péče nepřiměřené požadavky. Regulace pravidla podnikatelského úsudku má tak předejít situaci, kdy budou členové statutárního orgánu z obavy z osobní odpovědnosti za případný neúspěch odmítat podstupovat rizika s podnikáním spojená. Přestože není pravidlo podnikatelského úsudku

výslovně upraveno v německém zákoně o společnostech s ručením omezeným, na společnosti s ručením omezeným se, byť s jistými specifiky, rovněž uplatní.

Pravidlo podnikatelského úsudku má svůj původ v americkém právu. Německý zákonodárce je převzal s jistými specifiky, obdobně učinil i český zákonodárce. Německé a české pojetí pravidla podnikatelského úsudku jsou si velmi podobná. V české i německé právní úpravě je pravidlo podnikatelského úsudku pojato jako *standard of conduct*, tedy pravidlo chování. Jedná se o domněnku, že byla splněna povinnost péče, pokud jsou splněny stanovené podmínky. Toto pojetí pravidla podnikatelského úsudku se liší od pojetí původního, jak je zná například právní řád státu Delaware. Tam má pravidlo podnikatelského úsudku podobu *standard of review*, tedy standardu soudního přezkumu, kdy je stanoveno, za jakých podmínek soud nebude přezkoumávat podnikatelská rozhodnutí členů orgánu společnosti.

Další významnou podobností je, že jak v českém, tak v německém pojetí pravidla podnikatelského úsudku dochází k obrácení důkazního břemene a důkazní břemeno leží na straně členů představenstva. Tím se obě právní úpravy liší od amerického *business judgment rule*, které představuje vyvratitelnou právní domněnku ve prospěch členů správního orgánu. Předpokládá se, že členové orgánu při podnikatelském rozhodnutí jednali na základě dostatečných informací a v dobré víře o tom, že jimi učiněná volba slouží nejlepším zájmům společnosti, a je na žalobci, aby prokázal opak.

Textace německé a české právní úpravy se od sebe liší. Německý akciový zákon stanoví, že *“k porušení povinnosti nedošlo, pokud člen představenstva mohl při podnikatelském rozhodnutí rozumně předpokládat, že jedná na základě přiměřené informace pro dobro společnosti”*. Český zákon o obchodních korporacích stanoví, že *“pečlivě a s potřebnými znalostmi jedná ten, kdo mohl při podnikatelském rozhodování v dobré víře rozumně předpokládat, že jedná informovaně a v obhajitelném zájmu obchodní korporace”*. Konstrukce pravidla podnikatelského úsudku je však v obou právních řádech shodná. Rozdíly jsou patrné například ve slovních spojeních *“jedná na základě přiměřené informace”* a *“jedná informovaně”* nebo *“pro dobro společnosti”* a *“v obhajitelném zájmu obchodní korporace”*. Jsem však toho názoru, že byť se formulace liší, mají shora uvedené neurčité právní pojmy podobný obsah. Z tohoto důvodu mám za to, že německá doktrína a rozhodovací praxe mohou adresátům českého zákona o obchodních korporacích při výkladu pravidla podnikatelského úsudku sloužit jako významné vodítko.

⁹¹ FLEISCHER, Holger. Komentář k § 93 AktG. In FLEISCHER/GOETTE 2012 op. cit., s. 445.

⁹² FLEISCHER, Holger. Komentář k § 93 AktG. In FLEISCHER/GOETTE 2012 op. cit., s. 443, 446.

Summary

The legal regulation of the so called business judgment rule has been stipulated in the Czech Law since February 1, 2014. This rule enables the board member to approve that he had respected the established

procedure while making a decision and that he bears therefore no liability for a possible loss caused to the company due to his decision. This article is dealing with the business judgment rule in neighboring Germany as a possible source of inspiration for the Czech legal system.

Kvóty pro imigranty – právní pohled a analýza čl. 78 SFEU

David Sehnálek*

Úvod

Současný zvýšený příliv imigrantů¹ pocházejících ze třetích zemí, kteří různými cestami, mnohdy i nelegálně vstupují na území členských států Evropské unie, způsobuje řadu problémů. Tímto fenoménem jsou přímo dotčeny zájmy evropských států ve sféře ekonomické, politické a bezpečnostní. V neposlední řadě se vynořují též otázky právní. Ukazuje se totiž, že pravidla, která byla na úrovni práva Evropské unie přijata za účelem regulace přistěhovalectví a ochrany imigrantů, byla formulována do určité míry nejasně a neurčitě. Zcela konkrétním problémem je pak otázka možného rozhodnutí přijatého Evropskou unií, které by závazně stanovilo počty imigrantů, které musí být jednotlivými členskými státy přijaty, čímž by toto rozhodnutí rozdělovalo odchylně od stávající úpravy zátěž spojenou se současnou imigrační vlnou. Diskutabilní je existence pravomoci Evropské unie takovou úpravu přijmout, mechanismus rozhodování v orgánech Evropské unie a volba nástroje, v němž by takové opatření mělo být obsaženo. Na tyto otázky se pokusíme v této stati nalézt odpovědi. Vycházeno bude zejména z analýzy relevantních ustanovení Smlouvy o Evropské unie (dále též jen „SEU“) a Smlouvy o fungování Evropské unie (dále též jen „SFEU“). Zkoumaná problematika je totiž natolik specifická a tak úzce vymezená, že odborná litera-

tura, ať už zahraniční či tuzemská k jejímu řešení chybí.^{2,3}

² Skutečně podrobnou analýzu jsem našel jen v publikacích Peerse. Komplexně tuto problematiku rozebírá v této obsáhlé monografii: PEERS, Steve. EU Justice and Home Affairs Law. 3. vydání. Oxford: Oxford EU Law Library. 2012. 983 s. ISBN 978-0-19-965997-5 (pbk.) a dále též v elektronické publikaci v European Journal of Migration and Law dostupné na internetu PEERS, Steve. Legislative Update: EU Immigration and Asylum Competence and Decision-Making in the Treaty of Lisbon Dostupné z: https://www.pravo.unizg.hr/images/50006643/Peers_Legislative_Update-EU_Immigration_and_Asylum_Competence_and_Decision-Making_in_the_Treaty_of_Lisbon.pdf [cit. 28. 6. 2015]. Velmi dobře je naproti tomu zpracována problematika azylu a uprchlictví z pohledu vnitrostátního práva a práva mezinárodního veřejného. Z českých autorů a děl lze připomenout zejména následující: ČEPELKA, Čestmír, JÍLEK, Dalibor, ŠTURMA, Pavel. Azyl a uprchlictví v mezinárodním právu. vyd. 1. Brno : Masarykova univerzita, 1997; JÍLEK, Dalibor, Odpověď mezinárodního práva na hromadné uprchlictví. Brno : Masarykova univerzita, 1996.; JÍLEK, D.; KLEČKOVÁ, R., Společný evropský azylový systém: procedurální směrnice. Brno : Masarykova univerzita, 2006; JÍLEK, Dalibor. Považba práva cizince na azyl podle Listiny základních práv a svobod. Časopis pro právní vědu a praxi, 2001, č. 4, s. 348 a násl.; JÍLEK, D. a kolektiv., Společný evropský azylový systém: právní pojem pronásledování. Brno : Masarykova univerzita, 2005; JURNÍKOVÁ, Jana. Vývoj institutu azylu nejen v právním řádu České republiky. In Kadečka. Pocta Petru Průchovi. 2009. Praha : VŠAP, 2009. s. 367-374; ŠTURMA, Pavel, HONUSKOVÁ, Věra, (eds.) a kol. Teorie a praxe azylu a uprchlictví. 2. dopl. vyd. 2012. Praha : Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, ediční středisko v nakl. Eva Rozkotová; ŠTURMA, Pavel, HONUSKOVÁ, Věra, ČEPELKA, Čestmír a kol. Teorie a praxe azylu a uprchlictví. Univerzita Karlova v Praze, 2006.

³ Dlužno dodat, že i existující komentářová literatura se problému nevěnuje v dostatečné hloubce a nedává tak odpovědi na související otázky - viz. Pohl, M., Pejchalová, V. Článek 78 In: SYLLOVÁ, J., PÍTROVÁ,

* JUDr. David Sehnálek, Ph.D., Katedra mezinárodního a evropského práva, Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Brno.

¹ Unijní právo používá na tomto místě označení „vy sídlené osoby ze třetích zemí“. Z ryze praktických důvodů bylo v článku použito označení „imigrant“. Doufáme, že je (snad dosud) rovněž hodnotově neutrální. Především je ale kratší.