

Zákaz konkurence členů představenstva akciové společnosti: „uvolněné“ mravy zákona o obchodních korporacích?

Jan Dědič*, Jan Lasák**

I Úvod

Zatímco profesor Petr Hajn se již dlouhou dobu profiluje v oboru práva nekalé soutěže, zaměřujeme naši odbornou aktivitu na problematiku práva obchodních korporací. Přemýšleli jsme proto o tématu, u kterého by bylo možné přeci jen určitou styčnou plochu mezi právem nekalé soutěže a právem obchodních korporací shledat. Jeden z autorů je přitom bývalým studentem profesora Hajna na Právnické fakultě Masarykovy univerzity, na které jeho přednášky a semináře zaměřené na problematiku nekalé soutěže patřily k tomu nejlepšímu, co studenti brněnské právnické fakulty mohli vyposlechnout. Některé myšlenky musely utkvět v paměti každého studenta, který přednášky profesora Hajna navštěvoval. Mezi nejpopulárnější přitom patřilo zkoumání „perverzní lidské tvořivosti“.

Ekvivalent „perverzní lidské tvořivosti“ lze samozřejmě spatřovat napříč právním řádem, a to (nepřekvapivě) i v podmínkách práva obchodních korporací, kde „je zpravidla spojována s vnitřním řízením a správou korporace. Pouze má v kontextu řízení a správy (především) kapitálových společností poněkud jiné označení (například „tunelování společností“, „odklánění peněžních prostředků“).

Rekodifikace soukromého práva, která nabyla účinnosti dne 1. ledna 2014, přitom přináší na poli vnitřního řízení a správy obchodních korporací hned několik zcela revolučních novinek. Vedle citlivého tématu opuštění požadavku na zaměstnaneckou participaci v českých akciových společnostech, která byla inspirována německou respektive rakouskou „*codeterminaci*“, a možností podnikatelů volit v rámci své vnitřní korporáční organizace (akciové společnosti) mezi známým (a dříve jedině přípustným) dualistickým systémem a systémem monistickým¹, patří mezi významné změny právní úpravy volených orgánů akciové společnosti též

„uvolnění“ pravidel pro zákaz konkurence, které za určitých podmínek poprvé umožňují (dříve „tvrdý“) zákaz konkurence prolomit. Vzniká tak otázka, zda členové představenstva mohou skutečně „své“ akciové společnosti konkurovat. Nako-lik mohou být v této souvislosti, slovy profesora Hajna, „perverzně tvořiví“?

II Obecně k zákazu konkurence

V rámci korporáční struktury akciové společnosti přicházejí členové představenstva při výkonu své funkce (členů statutárního orgánu) do styku s velkým množstvím informací podnikatelského (obchodního) charakteru (obchodním tajemstvím) a naskýtají se jim během výkonu funkce různé obchodní příležitosti. Úkolem členů představenstva je nepochybně veškeré tyto citlivé (obchodní) informace využívat výhradně ku prospěchu společnosti, a nikoli ku prospěchu svému či ku prospěchu jiných osob. Podnikatelská příležitost je nicméně v podmínkách kapitálové společnosti nevlastní sestrou nepoctivosti. Zájmy společnosti a člena představenstva se mohou v realitě všedního dne rozcházet a (lze-li usuzovat z historické zkušenosti) často se i významně rozcházejí (často se v této souvislosti vzosně hovoří o tzv. problému zmocnění či zastoupení)². Podnikatelská příležitost je pak

** JUDr. Jan Lasák, LL.M. (Columbia) je Lawrence A. Wien Fellow (Columbia Law School) a advokátem v advokátní kanceláři Kocián Šolc Balaščík, advokátní kancelář, s. r. o. Příspěvek je součástí řešení projektu č. APVV-0809-12.

¹ K monistickému systému akciové společnosti v podmínkách zákona o obchodních korporacích viz například Dědič, J., Lasák, J. Monistický systém řízení akciové společnosti: výkladové otázky (1. a 2. část). Obchodněprávní revue, 2013, č. 3 a 4.

² K problému zmocnění / zastoupení srov. např. Jensen, M., Meckling, W. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Control. Journal of Financial Economics 1976, č. 3, s. 305 a násled., Gelter, M., Dark Side of Shareholder Influence: Managerial

* Prof. JUDr. Jan Dědič je advokátem a společníkem v advokátní kanceláři Kocián Šolc Balaščík, advokátní kancelář, s. r. o. a vysokoškolským pedagogem.

při vědomí vsudy přítomné informační asymetrie mezi akcionáři a členy představenstva nutně jedním z ohnisek tohoto přirozeného střetu v rámci korporačního aranžmá.

Existence protichůdných zájmů mezi společností a členy jejího statutárního orgánu samozřejmě není „kopernikovským“ objevem. Ostatně i z tohoto důvodu právo buduje určité mantinely, kterými potenciálně nepoctivému a neloajálnímu chování osob zastávajících funkci členů orgánů společnosti brání. Vedle obecné povinnosti loajality³ představující dílčí segment obecného standardu péče řádného hospodáře [§ 159 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku (dále jen „NOZ“)], je tímto svébytným mantinelem obecný zákaz členů představenstva (ale i členů orgánů jiných obchodních korporací) konkurovat společnosti. Zákaz konkurence lze přitom označit za tradiční soukromoprávní institut, který má chránit společnost před konkurenčním jednáním členů orgánů na úkor kapitálové společnosti. Tento zákaz má silnou tradici především v zemích kontinentálního práva, jako je Francie⁴, Španělsko⁵ či Německo⁶. Není-li přitom zákaz konkurence v právních rádech vyjádřen explicitně, je zpravidla vnímán jako sou-

část obecné povinnosti loajality členů orgánů vůči společnosti.⁷

Samostatná právní regulace zákazu konkurence však (stejně jako obecná povinnost loajality) sleduje dílčí napřímení výše naznačeného „problému zastoupení / zmocnění“, který vzniká mezi společností a členem jejího statutárního orgánu, neboť omezuje možnosti, jakými člen představenstva může „odklánět“ podnikatelské příležitosti společnosti pro sebe, či (častěji) pro „spřízněné“ osoby. Optikou řešení problému zastoupení / zmocnění proto právní regulace zákazu konkurence sleduje v zásadě stejné cíle jako právní úprava konfliktu zájmů [viz § 54 a násl. zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech – zákona o obchodních korporacích (dále jen „ZOK“)]⁸. S ohledem na úzkou propojenost právní úpravy konfliktu zájmů a zákazu konkurence je dokonce otázkou, proč mají oba právní režimy sledující fakticky též cíl vlastní regulaci. Uskutečňování konkurenční činnosti nepochybně vzbuzuje otázku potenciálního konfliktu zájmů (ostatně ne náhodou se o právní úpravě obsažené v § 54 ZOK hovoří jako o doktríně „podnikatelské příležitosti“).

III Rozsah zákazu konkurence v podmínkách zákona o obchodních korporacích

Na rozdíl od obecného standardu jednání (péče řádného hospodáře a povinnosti loajality jako její dílčí výseče) či obecně vymezeného konfliktu zájmů (§ 54 a násl. ZOK) jsou ustanovení o zákazu konkurence formulována kazuisticky⁹, a to v minimálním rozsahu (rozsah zákazu konkurence však lze rozšířit úpravou ve stanovách nebo rozhodnutím valné hromady - viz § 442 odst. 3 ZOK).¹⁰

⁷ Srov. např. *Viandier A.* L'obligation de non-concurrence pesant sur les dirigeants et associés de sociétés commerciales, Bull. Joly, 1982, s. 213.

⁸ I z uvedeného důvodu se zřejmě zákonodárce vydal z hlediska právní úpravy stejnou cestou, jako v případě ustanovení o konfliktu zájmů a staví oba právní instituty na notificační povinnosti členů volených orgánů. K nové právní úpravě konfliktu zájmů viz *Dědič, J.* Úprava konfliktů zájmů v zákoně o obchodních korporacích ve vazbě na nový občanský zákoník. Právní rozhledy, 2014, č. 15-16, s. 524 a násl.

⁹ Další omezení mohou vyplývat ze zvláštních zákonů, lze například jmenovat: § 8 odst. 2 zák. o bankách, § 19 zák. o obalech, § 10 odst. 1 zák. o pojišťovnictví, § 7 odst. 2 zák. o penzijním připojištění.

¹⁰ Rozsah zákazu konkurence předepsaný pro členy představenstva v § 441 ZOK je minimální. To vyplývá

Autonomy and Stakeholder Orientation in Comparative Corporate Governance. 50 Harv. Int'l J. L. 129, 2009, s. 135, *Berle, Adolf A., Means, Gardiner C.* The Modern Corporation & Property. New Jersey: Transaction Publishers, 2009. Tenth Printing, s. 113, *Greenfield, K.* The Failure of Corporate Law. Chicago: The University of Chicago Press, 2006, s. 50, *McCahery, Joseph A., Vermeulen, Erik P.* Corporate Governance of Non-listed Companies. New York: Oxford University Press, 2008, s. 16, 100.

³ Obecně k povinnosti loajality viz např. *Josková, L.* Povinnost loajality v akciové společnosti. Obchodněprávní revue, 2011, č. 9, s. 259 a násl., *Dědič, J., Štengllová, I., Kříž, R., Čech, P.* Akciové společnosti. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 355 a násl., *Čech, P.* Péče řádného hospodáře a povinnost loajality. Právní rádece, 2007, č. 3, s. 4 a násl. a další.

⁴ Ve Francii sice není zákaz konkurence v obchodním zákoníku (Code de commerce) výslovně upraven, avšak již od šedesátých let minulého století tamní judikatura jeho existenci potvrzuje a porušení sankcionuje. Srov. např. Cass. Com., 11 février 1964, bulletin civil n°67; Cass. Com., 24 février 1998, n°96-12-638; Cass. Com., 12 février 2002, n°00-11602.

⁵ Článek 230 zákona o kapitálových obchodních společnostech (Ley de Sociedades de Capital).

⁶ Ustanovení § 112-113 obchodního zákoníku (Handelsgesetzbuch) či § 88 akciového zákona (Aktien-gesetz).

Kazuistické vymezení zákazu konkurence platilo již v podmínkách dřívějšího zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku (dále jen „**ObchZ**“), který věcný rozsah zákazu konkurence vymezoval takřka shodně (srov. § 196 ObchZ). Členovi představenstva se i nadále zakazuje podnikání v předmětu činnosti společnosti,¹¹ respektive zprostředkovávat obchody společnosti pro jiného.¹² Stejně jako v podmínkách obchodního zákoníku i nadále mezi zakázaná jednání dopadající na člena představenstva patří členství ve statutárním orgánu v jiné právnické osobě se stejným nebo obdobným předmětem činnosti nebo zastávání obdobného postavení v takové právnické osobě, nepůjde-li o koncern.¹³

Zákon vylučuje ze zákazu konkurence členství ve statutárním orgánu jiné „koncernové“ společnosti, neboť z hlediska soutěžního tvoří koncernové společnosti zpravidla jediného soutěžitele.¹⁴ Jed-

z dikce tohoto ustanovení, které normuje, že oběma způsoby lze „určit další omezení.“ *A contrario* z toho současně plyne, že rozsah zákazu konkurence, který je předsán zákonem, není možné zúžit.

¹¹ Za předmět činnosti společnosti je třeba s ohledem na účel tohoto zákazu považovat činnost společnosti, kterou společnost skutečně vykonává. Předmět činnosti a předmět podnikání společnosti musí být obsažen ve stanovách společnosti [viz § 250 odst. 2 písm. a) ZOK] a jde o údaj zapisovaný do obchodního rejstříku (viz § 25 odst. 1 písm. b) zák. o veř. rejstřících). Při posuzování konkrétního jednání člena představenstva nelze proto postupovat tak, že se bude porovnávat označení předmětu činnosti společnosti s označením podnikatelského oprávnění člena představenstva, nýbrž bude třeba posoudit, zda při výkonu faktické podnikatelské činnosti člena představenstva nedochází k využívání obchodních příležitostí, které by jinak náležely do předmětu činnosti společnosti.

¹² Obchodem společnosti bude třeba rozumět jakoukoli obchodní příležitost společnosti, která by mohla být uzavřena mezi společnostmi a třetí osobou. Jestliže člen představenstva bude jednat tak, že zprostředkuje uzavření takové obchodní příležitosti (obchodu) pro jiného, namísto aby ji mohla uzavřít sama společnost, půjde o jednání v rozporu s tímto zákonným zákazem. V takovém případě totiž dochází ke zneužití informací a znalostí obchodních partnerů, s nimiž člen představenstva disponuje a je povinen je využívat ve prospěch společnosti.

¹³ V předešlé úpravě byl tento zákaz v obdobné podobě obsažen v § 196 odst. 1 pod písm. d) ObchZ.

¹⁴ Ostatně i soutěžní právo vychází z toho, že formální oddělení (samostatnost) více společností pramenící z jejich oddělené právní subjektivity není pro závěr o existenci jednoho či více soutěžitelů určující. Rozhodující je naopak jednota jejich tržního chování, respek-

notliví účastníci koncernu plní v rámci příslušného podnikatelského seskupení určité úlohy ve jménu jednotného řízení. Nelze tak obecně vzato říci, že by jeden z účastníků koncernu „konkuroval“ jinému účastníku koncernu, neboť koncernové společnosti zpravidla realizují svou podnikatelskou činnost pod patronátem řídicí osoby (tj. plní úkoly, které jim „zastřešující“ řídicí osoba určí).¹⁵

tive absence reálné autonomie jejich tržního chování, jež vychází z uplatňování rozhodujícího vlivu ze strany „nadřazeného subjektu“ z hlediska hierarchie korporátní struktury určitého koncernového uspořádání. Viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 10. 2007, sp. zn. 5 As 61/2005, ve kterém soud uvedl, že: „pro zjištění, zda dceřiné společnosti nemohou skutečně autonomně určovat své jednání na trhu, nýbrž musí následovat pokyny mateřské společnosti, která je kontroluje, tedy zda více subjektů tvoří jedinou hospodářskou jednotku, nepostačuje pouhá příslušnost k podnikatelské skupině. Rozhodující je způsob uspořádání vztahů mezi subjekty ve skupině. Důležitými kritérii jsou mj., zda mateřská společnost skutečně určuje (formou pokynů) soutěžní jednání dceřiné společnosti, zda dceřiná společnost tyto pokyny respektuje a opravdu uskutečňuje. K příslušnosti k jediné hospodářské jednotce však postačuje, když mateřská společnost má skutečnou možnost udílet dceřiné společnosti pokyny a reálně tyto pokyny realizovat. Důležitým kritériem je, zda mateřská společnost kontroluje dceřinou společnost sama nebo společně s jinými podniky, zda ji kontroluje zcela nebo zčásti.“ V kontextu unijní judikatury pak viz např. rozhodnutí SDEU ze dne 23. dubna 1991, C-41/90 (*Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH*), bod 21 odůvodnění: „It must be observed, in the context of competition law, first that the concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed and, secondly, that employment procurement is an economic activity.“, nebo rozhodnutí SDEU ze dne 1. 7. 2010, C-407/08 (*Knauf Gips KG proti Evropské komisi*), bod 64 a 65 odůvodnění: „Co se týče otázky existence hospodářské jednotky, je třeba připomenout, že podle ustálené judikatury se právo Unie v oblasti hospodářské soutěže vztahuje na činnost podniků a že pojem „podnik“ zahrnuje jakoukoli jednotku vykonávající hospodářskou činnost nezávisle na právním postavení této jednotky a způsobu jejího financování. Pojem podnik musí být v této souvislosti chápán tak, že označuje hospodářskou jednotku, třebaže z právního hlediska se tato hospodářská jednotka skládá z několika fyzických nebo právnických osob... Existenci hospodářské jednotky lze takto dovodit ze souboru shodujících se okolností, třebaže žádná z těchto okolností sama o sobě nepostačuje k prokázání existence takovéto jednotky.“

¹⁵ Srov. Filip, V., Lasák, J. in Lasák, J., Pokorná, J., Čáp, Z., Doležil, T. a kol. Zákon o obchodních korporac-

Nová právní úprava dále zapovídá dva druhy účasti v jiných subjektech (podílení se na činnosti jiného subjektu v postavení společníka). Členovi představenstva není dovolena účast na podnikání v jiné obchodní korporaci jako společník s neomezeným ručením a účast jako ovládající osoba jiné osoby se stejným nebo obdobným předmětem činnosti.¹⁶ Konečně je členovi představenstva výslovně zapovězeno dostat se do postavení ovládající osoby v jakékoli jiné osobě se stejným nebo obdobným předmětem činnosti.

Z předešlé úpravy nebyla naopak převzata formulace zákazu člena představenstva vstupovat do obchodních vztahů se společností. Tato formulace byla nicméně poněkud problematická, neboť samotné angažování člena statutárního orgánu do jeho funkce zakládá obchodní vztah mezi ním a společností.¹⁷ Zejména však byla regulace vstupování do obchodních vztahů se společností na úrovni zákona o obchodních korporacích nahrazena povinnostmi při konfliktu zájmů podle § 54 a násl. ZOK. Bude-li tak chtít člen představenstva „vstupovat se společností do obchodních vztahů“ mimo rámec běžného obchodního styku, budou se na něj aplikovat pravidla o konfliktu zájmů (zejména podle § 55 ZOK).

Stanovenému zákazu konkurence se musí podřídit každý člen představenstva od okamžiku svého ustavení do funkce bez ohledu na způsob, kterým k tomu došlo (volbou, kooptací, nástupem náhradníka či jmenování soudem).¹⁸ Zákaz dopadá stejně

cích. Komentář. 2. díl. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 2064.

¹⁶ Jde o obdobu zákazu uvedeného v § 196 odst. 1 pod písm. c) ObchZ.

¹⁷ Navíc tento zákaz byl prolomen poněkud nejasným ustanovením § 196 odst. 3 ObchZ, podle něhož platilo, že pokud člen představenstva vykonává pro společnost práci na základě pracovní smlouvy či jiné smlouvy tuto nahrazující, nepovažuje se takový vztah za obchodní. Blíže viz Filip, V., Lasák, J. In Lasák, J., Pokorná, J., Čáp, Z., Doležil, T. a kol. Zákon o obchodních korporacích. Komentář. 2. díl. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 2063.

¹⁸ Zákaz konkurenčního jednání však není konstruován jako další zákonný předpoklad pro výkon funkce člena představenstva. Bude-li kandidát na funkci člena představenstva zastávat určité funkce i v jiných společnostech nebo bude vykonávat zakázané činnosti, má podle nové právní úpravy dvě možnosti. Bude-li se domnívat, že jeho jiné funkce či jiné činnosti nejsou pro společnost škodlivé, může postupovat podle § 442 odst. 1 ZOK a upozornit valnou hromadu, resp. dozorčí radu na jejich existenci. Druhou možností je ukončení konkurenční činnosti či výkonu funkcí v jiných subjektech. Následné

na každou osobu, která bude vykonávat funkci člena představenstva, ať již půjde o právnickou osobu nebo fyzickou osobu. Zákonný zákaz konkurence však dopadá na člena představenstva pouze po dobu výkonu jeho funkce. Jakmile přestane tuto funkci ve společnosti vykonávat, zákaz na něj přestane působit. Nic nebrání rozšíření zákazu konkurence i na určitou dobu po skončení výkonu funkce člena představenstva. Jelikož člen představenstva již není po skončení funkce v právním vztahu se společností, a nemůže proto být i nadále vázán stanovami společnosti, je nejvhodnější formou ujednání zákazu konkurence smlouva o výkonu funkce, která jej bude zavazovat i po stanovenou dobu po skončení výkonu funkce.¹⁹

IV Prostředky nápravy

Do právní úpravy zákazu konkurence obsažené v zákoně o obchodních korporacích byly převzaty sankční (nápravné) mechanismy za porušení zákazu konkurence, které byly původně obsaženy v § 65 ObchZ - ty jsou nyní zakotveny v obecné části (§ 5 ZOK).²⁰ Přestože zástupcem akciové společnosti je podle nové koncepce i člen představenstva, soudíme, že § 432 NOZ (upravující mj. prostředky obrany podnikatele proti konkurenčnímu jednání jeho zástupce) se na členy představenstva (jiné členy statutárního orgánu obchodní korporace) nevztahuje. Členy představenstva akciové společnosti totiž nelze podle našeho názoru považovat za osoby, které „vystupují jako podnikatelův zástupce při provozu obchodního závodu“ ve smyslu § 430 odst. 1 NOZ, na které § 432 odst. 1 NOZ

porušení zákazu konkurence nemá za následek zánik funkce v orgánu společnosti, ale může mít pro dotčenou osobu odpovědnostní důsledky.

¹⁹ Blíže viz Filip, V., Lasák, J. In Lasák, J., Pokorná, J., Čáp, Z., Doležil, T. a kol. Zákon o obchodních korporacích. Komentář. 2. díl. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 2070.

²⁰ Společnost může na základě § 5 ZOK požadovat, aby jí osoba, která zákaz konkurenčního jednání porušila: (i) vydala prospěch, který v důsledku toho získala, anebo (ii) aby na ni byla převedena z toho vzniklá práva, ledaže to vylučuje povaha získaných práv; to platí obdobně pro každého jiného nabyvatele tohoto prospěchu nebo práva, ledaže tento nabyvatel jednal v dobré víře. Tato práva podléhají prekluzivní lhůtě, v níž musí být uplatněna. Podle § 5 odst. 2 ZOK je společnost musí u povinné osoby uplatnit do 3 měsíců ode dne, kdy se o porušení tohoto zákazu dozvěděla (subjektivní lhůta), nejpozději však do 1 roku od porušení (objektivní lhůta). K později uplatněnému právu se nepřihlíží.

zřetelně navazuje. Z uvedeného důvodu se domníváme, že § 432 NOZ se na členy představenstva nepoužije vůbec.²¹

Společnost se však může vůči členovi představenstva domáhat i dalších práv (nad rámec § 5 ZOK), pokud to bude umožňovat jejich povaha. V obecné rovině totiž platí, že každý má právo domáhat se u soudu ochrany práva, které bylo ohroženo nebo porušeno. I nadále se tudíž uplatní závěr, k němuž dospěla dosavadní judikatura (NS 29 Cdo 1744/2008), že výčet práv vztahujících se k zákazu konkurence (uvedený dnes v § 5 ZOK) společnosti nebrání uplatnit v případě porušení zákazu konkurence jiná než v tomto ustanovení vypočtená práva. Do úvahy přichází například (i) právo na náhradu škodu způsobené konkurenčním jednáním podle § 2910 NOZ při porušení zákonného zákazu konkurence, a podle § 2913 NOZ při porušení smluvního zákazu konkurence, nebo (ii) právo domáhat se splnění povinnosti vyplývající ze zákona a stanov podle § 80 písm. b) OSŘ (např. uplatnění zdržovacího nároku, aby osoba porušující zákaz konkurence se zdržela jednání, jímž zákaz konkurence porušuje).²² Tato obecná práva nepodléhají prekluzivní lhůtě uvedené v § 5 odst. 2 ZOK, v níž by je musela společnost uplatnit. To samozřejmě neplatí pro uplatnění zdržovacího nároku.²³

V Notifikační pravidla

V klíčovém ustanovení § 442 ZOK zákon konstituuje nový princip – oznámení konkurenčního jednání, kterým lze prolomit zákaz konkurenčních jednání (notifikační povinnost). K prolomení zákazu konkurence dle zákonného textu dojde, pokud člen představenstva upozorní orgán oprávněný k jeho volbě, tj. valnou hromadu, příp. dozorčí radu (a při zakládání společnosti její zakladatele) a nedostane na toto své oznámení o záměru uskutečňovat konkurenční činnost negativní odpověď (zákaz). V takovém případě zákon předpokládá, že orgán odpovědný za ustavení členů představenstva do funkce je náležitě obeznámen s potenciálně konkurenčním jednáním členů představenstva a s ohledem na absenci jiného projevu vůle nemá příslušný orgán s realizací konkurenční činnosti členem představenstva námitek.

K prolomení zákazu tedy dojde za předpokladu, že člen představenstva upozorní (notifikuje) orgán oprávněný k jeho volbě, nebo při zakládání společnosti zakladatele společnosti, na existenci činnosti naplňující znaky zakázaného konkurenčního jednání a tento orgán, resp. zakladatelé společnosti s tím nevysloví nesouhlas do jednoho měsíce. Z uvedeného plyne, že výjimka se aktivuje po splnění těchto podmínek:

K prolomení zákazu tedy dojde za předpokladu, že člen představenstva upozorní (notifikuje) orgán oprávněný k jeho volbě, nebo při zakládání společnosti zakladatele společnosti, na existenci činnosti naplňující znaky zakázaného konkurenčního jednání a tento orgán, resp. zakladatelé společnosti s tím nevysloví nesouhlas do jednoho měsíce. Z uvedeného plyne, že výjimka se aktivuje po splnění těchto podmínek:

- člen představenstva notifikuje (upozorní) orgán oprávněný k jeho volbě nebo zakladatele při založení společnosti;
- tento orgán, resp. zakladatelé společnosti nevysloví nesouhlas ve lhůtě jednoho měsíce ode dne, kdy byli upozorněni, popřípadě
- tento orgán, resp. zakladatelé společnosti vyjádří svůj souhlas s tím, aby člen představenstva avizovanou konkurenční činnost uskutečňoval.

Příjemcem notifikace jsou buď zakladatelé společnosti, nebo orgán oprávněný k volbě členů představenstva. Zakladatelé společnosti jsou příjemcem pouze na počátku existence společnosti, kdy dochází k jejímu založení, tj. v době sepsání stanov společnosti, v nichž zakladatelé určují členy představenstva společnosti [viz § 250 odst. 3 písm. f) ZOK]. Jakmile akciová společnost již vznikne, je orgánem oprávněným k volbě členů představenstva (a tedy k přijímání oznámení podle § 442 ZOK) primárně valná hromada společnosti.²⁴ Bude-li volba členů představenstva ve společnosti náležet dozorčí radě podle § 438 ZOK (německý model akciové společnosti), bude posouzení zamýšlené činnosti členů představenstva náležet tomuto orgánu.

Ze zákona nepřímo plyne, aby upozornění bylo učiněno v písemné formě. Písemná forma upozornění plní ovšem pouze funkci důkazní. Nedodržení této formy nemůže podle našeho názoru vést k závěru, že člen představenstva oznámení neučinil, prokáže-li se v rámci dokazování, že člen před-

²¹ Shodně *Lasák, J.* In *Lasák, J., Pokorná, J., Čáp, Z., Doležil, T. a kol.* Zákon o obchodních korporacích. Komentář. 1. díl. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 103 nebo *Štenglová, I.* in *Štenglová, I.; Havel, B.; Cileček, F.; Kuhn, P.; Šuk, P.* Zákon o obchodních korporacích. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 702. Opačně pak *Havel, B.* In *Štenglová, I.; Havel, B.; Cileček, F.; Kuhn, P.; Šuk, P.* Zákon o obchodních korporacích. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 13.

²² Porušení zákazu konkurence může mít i trestněprávní důsledky. Některá jednání, které jsou porušením zákazu konkurence, mohou také naplňovat skutkovou podstatu trestného činu podle § 255 tr. zákoníku o zneužití informace a postavení v obchodním styku.

²³ *Filip, V., Lasák, J.* In *Lasák, J., Pokorná, J., Čáp, Z., Doležil, T. a kol.* Zákon o obchodních korporacích. Komentář. 2. díl. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 2061.

²⁴ Bude-li mít společnost jediného akcionáře, může jím být tento akcionář, neboť vykonává působnost valné hromady (viz § 12 odst. 1 ZOK).

stavenstva oznámení o konkurenčním jednání uskutečnil v jiné formě (např. ústně na jednání dozorčí rady). K obsahu upozornění zákon nestanoví žádné náležitosti. Vzhledem k tomu, že na základě tohoto upozornění může být člen představenstva osvobozen od zákazu ve vztahu ke konkurenční činnosti, kterou chce vykonávat, právě popis činnosti v tomto oznámení bude rozhodující pro zajištění příslušné výjimky. Nebude-li tato činnost popsána ve svém úplném rozsahu, v jakém ji bude chtít člen představenstva vykonávat, nebude se mu příslušného osvobození dostávat a jeho jednání může být posouzeno jako rozporné s daným zákazem; ostatně v takovém případě člen představenstva ani nebude jednat poctivě a loajálně (§ 159 odst. 1 NOZ).

Bude-li oznámení adresováno valné hromadě společnosti, musí být upozornění, které činí člen představenstva, uvedeno v pozvánce na valnou hromadu společnosti a současně musí být na pořad jednání zařazeno hlasování o případném nesouhlasu podle § 442 odst. 1 ZOK. Zákon tímto doplňuje rozsah povinných náležitostí pozvánky na valnou hromadu podle § 407 ZOK. Příprava pozvánky a sestavení pořadu jednání valné hromady spočívá v rukou svolavatele valné hromady (viz § 406 odst. 1 ZOK); představenstvo je přitom zákonem předvídaný primární svolavatel valné hromady (viz § 402 odst. 1 a 2 ZOK) a bude tak na něm, aby při sestavování pořadu valné hromady zařadilo tuto záležitost na program valné hromady a současně v pozvánce uvedlo text upozornění příslušného člena představenstva obsahující popis konkurenční činnosti.

V kontextu svolání valné hromady akciové společnosti však může být předmětem sporu, zda může člen představenstva vyžadovat svolání valné hromady pouze za účelem notifikace zakázané činnosti. Valnou hromadu lze nepochybně svolat kdykoli, pokud bude svolavatelem vyžadováno projednání záležitosti, která náleží do její působnosti. Tento závěr lze jistě učinit i ve vztahu k projednání upozornění podle tohoto ustanovení, neboť i tuto záležitost zákon svěřuje do působnosti valné hromady. Na druhou stranu půjde-li o společnost s velkým množstvím akcionářů (s velkým rozptylem akcionářské struktury), pro niž je organizace valné hromady vždy finančně nákladnou záležitostí, měl by člen představenstva takový požadavek pečlivě uvážit, a to již s ohledem na jeho povinnost jednat s péčí řádného hospodáře, zvláště pokud by bylo možné s projednáním této záležitosti počkat na „řádnou“ valnou hromadu společnosti.

Výkladovým problémem je v této souvislosti otázka, jak posuzovat jednoměsíční lhůtu pro vyslo-

vení nesouhlasu s činností člena představenstva v situaci, kdy je jeho upozornění součástí pozvánky na valnou hromadu podle tohoto odstavce. Začne jednoměsíční lhůta plynout od okamžiku uveřejnění, resp. zaslání pozvánky, nebo tato lhůta začíná běžet až ode dne konání valné hromady, resp. neuskuteční-li se valná hromada, od dne kdy se měla konat? Pokud by běh jednoměsíční lhůty započal již od okamžiku uveřejnění/zaslání pozvánky, mohla by uplynout již v den konání svolávané valné hromady (při odlišném počínání lhůt určeném podle dnů by konec lhůty mohl být jiný), neboť ta se svolává v minimálně třicetidenní svolávací lhůtě (viz § 406 odst. 1 ZOK). Uvedený výklad počátku běhu jednoměsíční lhůty by vedl k absurdnímu závěru, že v den konání valné hromady by již žádající člen představenstva mohl být od zákazu osvobozen, což by bylo proti smyslu této úpravy. Jednoměsíční lhůta proto nepochybně začíná běžet teprve ode dne konání valné hromady, případně náhradní valné hromady. Pro tento závěr svědčí i argument, že z dikce zákona plyne povinnost upozornit orgán oprávněný k volbě člena představenstva. Valná hromada je jako orgán ustavena v den jejího konání. Jednoměsíční lhůtu nelze tudíž začít počítat již od okamžiku uveřejnění či zaslání pozvánky, v níž je upozornění na zamýšlené konkurenční jednání člena představenstva obsaženo.

Vznik osvobození od zákazu konkurence je konstruován jako vyvratitelná právní domněnka. K tomu slouží i jednoměsíční lhůta, která je stanovena v § 442 odst. 1 ZOK pro odpověď na upozornění člena představenstva. Ovšem, i když bude člen představenstva od zákazu konkurence osvobozen (ať už z toho důvodu, že mu zakladatelé či příslušný orgán výkon konkurenční činnosti nezakázali, nebo z důvodu marného uplynutí stanovené jednoměsíční lhůty), nemůže být člen představenstva nikdy zbaven povinnosti loajality (§ 159 odst. 1 NOZ).²⁵

Povinnost loajality člena představenstva pak podle našeho názoru ukládá členovi představenstva, aby v případě, kdy jedná (z důvodu osvobození) konkurenčním způsobem (v rozsahu zákazu konkurence), musí vždy upřednostňovat zájmy společnosti. To je ovšem problematické, neboť porušování stanoveného zákazu konkurence (z důvodu existujícího osvobození) v zásadě automaticky znamená značné

²⁵ Obecně k povinnosti loajality viz např. *Josková, L.* Povinnost loajality v akciové společnosti. *Obchodněprávní revue*, 2011, č. 9, s. 259 a násl., *Dědič, J., Štengllová, I., Kříž, R., Čech, P.* Akciové společnosti. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 355 a násl., *Čech, P.* Péče řádného hospodáře a povinnost loajality. *Právní rádce*, 2007, č. 3, s. 4 a násl. a další.

riziko, že člen představenstva (v určitém rozsahu) upřednostňuje zájem někoho jiného (výkonem konkurenční činnosti), než je zájem dotčené akciové společnosti a nejedná proto vůči společnosti „s nezbytnou loajalitou“.²⁶

Ostatně, tento problém se dále zesiluje ve vztahu k ustanovení § 54 odst. 3 ZOK. Jde o to, že úprava konfliktu zájmů v § 54 ZOK a úprava zákazu konkurence se do určité míry věcně i osobně překrývají. Vzniká tak otázka, zda jedna úprava vylučuje druhou, či zda se mají aplikovat obě úpravy vedle sebe. Například zákaz konkurence dopadá na podnikání v předmětu činnosti obchodní korporace. Zákon o obchodních korporacích umožňuje, aby za podmínek v něm stanovených byl zákaz konkurence prolomen a členovi orgánu obchodní korporace bylo umožněno podnikat i v předmětu podnikání obchodní korporace (být jejím konkurentem na trhu). Bude-li členovi představenstva umožněno podnikat i v předmětu podnikání akciové společnosti, bude se při vlastním podnikání dostávat do permanentního konfliktu zájmů podle § 54 ZOK. Podle § 54 odst. 3 ZOK je však člen orgánu, který je v konfliktu zájmů, povinen jednat v zájmu obchodní korporace. Jak tedy bude moci podnikat ve stejném oboru podnikání? Prolomení zákazu konkurence proto do značné míry brání § 54 odst. 3 ZOK, ledaže by převládl názor, že úprava je dispozitivní. Pak by ale úprava konfliktu zájmů nedávala velký smysl, protože by ji bylo možno zakladatelským právním jednáním vyloučit či modifikovat. Příkláníme se proto k názoru, že § 54 odst. 3 ZOK je kogentní povahy, neboť se podle našeho názoru jedná o projev veřejného pořádku, ne-li dokonce o statusovou otázku podle § 1 odst. 2 NOZ; ostatně soudíme, že § 54 odst. 3 ZOK je ustanovením, které

²⁶ Úzkou vazbu zákazu konkurence na obecnou povinnost loajality vůči společnosti dokazuje ostatně i komparativní příklad Velké Británie, jejíž právo obchodních společností konkurenční činnost člena orgánu obchodní společnosti vůči ní samé dle zastaralé rozhodovací praxe dovoluje [v rozhodnutí *London and Mashonaland Exploration Co v. New Mashonaland Exploration Co* (1891) soud konstatoval, že nic nebrání tomu, aby se ředitel jedné společnosti stal v průběhu své funkce ředitelem jiné konkurenční společnosti. Podle rozhodnutí *Bell v. Lever Bros* (1932) pak dokonce může ředitel „své“ společnosti i osobně konkurovat]; taková praxe je nicméně tamní právní naukou dlouhodobě kritizována pro zřejmý rozpor s podstatou fiduciárních povinností (tj. povinností loajality) - srov. čl. 172 zákona o obchodních společnostech (*Companies Act 2006*), ke kterým je člen orgánu společnosti jinak povinen (blíže viz např. *Christie M. The Director's Fiduciary Duty not to Compete, The Modern Law Review*, Vol. 55, č. 4, s. 506).

chrání nejen společnost a její společníky, nýbrž i její věřitele. Prolomení § 54 odst. 3 ZOK by proto zasahovalo i do práv třetích osob (věřitelů společnosti), což není podle našeho názoru přípustné.

Člen představenstva přitom zásadně nemůže být loajálním sluhou dvou (konkurujících si) pánů. Existují však výjimky. Dovedeme si například představit situaci, kdy je člen představenstva současně členem statutárního orgánu společnosti patřící do téhož podnikatelského seskupení (podnikající současně v témže oboru) založené na bázi ovládnání (nikoliv koncernu – příslušná koncernová výjimka se proto nepoužije), přičemž jednotlivé společnosti si fakticky nemohou konkurovat (například s ohledem na jejich infrastrukturu – typicky vodárny). Jinými slovy, racionální zákonodárce podle našeho názoru vychází z filosofie, že není důvodu, aby každá činnost člena představenstva byla zakázána, i když bude po formální stránce naplňovat znaky konkurenčního jednání, jestliže fakticky nemusí být vůči společnosti škodlivá.²⁷

S problémem „sluhy dvou pánů“ souvisí otázka, jaký důsledek bude mít vyslovení pozdějšího nesouhlasu po uplynutí vyvratitelné právní domněnky, případně otázka, zda příslušný orgán může svůj souhlas s výkonem konkurenční činnosti členem představenstva společnosti dodatečně revokovat. Lze si představit situaci, kdy člen představenstva záměr uskutečňovat konkurenční činnost (při vědomí povinnosti loajality) řádně notifikuje, přičemž ve stanovené jednoměsíční lhůtě mu bude daná konkurenční činnost příslušným orgánem povolena. Po uplynutí určité lhůty by nicméně příslušný orgán chtěl udělený souhlas revokovat. V takovém případě proti sobě stojí dvě pozice. První je pozice společnosti, která může být pokračujícím konkurenčním jednáním ze strany člena představenstva poškozována, druhá je pozice člena představenstva, který do konkurenční činnosti mohl investovat značné náklady, má uzavřené určité smlouvy apod. Může tak být otázkou, zda je možné jednou udělený souhlas revokovat, resp. výkon konkurenční činnosti po uplynutí stanovené jednoměsíční lhůty členovi představenstva zakázat.

Závěr o propadné jednoměsíční lhůtě (viz *Štenglová in Štenglová, I., Havel, B., Čileček, F., Kuhn, P., Šuk, P. Zákon o obchodních korporacích, Velký komentář. C.H.Beck. 2013, s. 703*) jde na úkor společnosti, závěr o možnosti kdykoliv výkon konkurenční činnosti zakázat jde k tíži člena předsta-

²⁷ Srov. *Filip, V., Lasák, J.* In *Lasák, J., Pokorná, J., Čáp, Z., Doležil, T. a kol. Zákon o obchodních korporacích. Komentář. 2. díl. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 2066.*

venstva. Přednost bude zřejmě nutné dát zájmům společnosti. To je ostatně projevem povinnosti loajality (viz § 159 odst. 1 NOZ). Situace, kdy si musí člen představenstva vybrat mezi tím, zda bude dále pokračovat ve výkonu konkurenční činnosti (a v takovém případě na funkci člena představenstva rezignuje) anebo výkon konkurenční činnosti ukončí je podobný situaci při vzniku funkce člena představenstva, kdy se také člen představenstva musí rozhodnout, jestli bude pokračovat ve výkonu činnosti konkurenční povahy anebo její výkon ukončí, aby přijal funkci člena představenstva. Společnost tak patrně bude moci svůj souhlas s výkonem konkurenční činnosti ze strany člena představenstva revokovat. Tomu ostatně nasvědčuje i zákonem stanovená vyvatitelná domněnka.

VI Závěr

Rekodifikace soukromého práva přinesla podnikatelské praxi celou řadu výkladových otázek, z nichž řada se týká též struktury vnitřního řízení a správy. Předkládaný příspěvek se zaměřil na některé problematické aspekty, které jsou s právní úpravou zákazu konkurence v podmínkách akciové společnosti spojeny, byť závěry uvedené v tomto článku jsou v zásadě přenositelné i v na podmínky společnosti s ručením omezeným. Obecně lze však shrnout, že právní úprava regulující zákaz konkurence členů orgánů kapitálových společností skrývá celou řadu problematických aspektů, a to především ve vazbě na možnost jeho „prolomení“. Vzniká tak otázka, zda se skutečně mravy zákona o obchodních korporacích „uvolnily“ do té míry, že člen představenstva může v takovém případě „beztrestně“ vykonávat činnost konkurenční povahy a společnost tím poškozovat. Podle názoru autorů příspěvku nikoliv. Soudíme totiž, že žádné „prolomení“ zákazu konkurence nemůže zbavit člena představenstva jeho povinnosti loajality. Tím by došlo ke zbourání jednoho ze základních pilířů, na nichž je právní úprava moderních korporací postavena.

Summary

This article analyzes the duty of non-competition as concerns directors in a Czech joint-stock company. The relevance of this issue has become more evident following the adoption of the new Business Corporations Act (No. 90/2012 Coll.), which eases the burden by allowing the duty to be breached, provided the director informs the joint-stock com-

pany and does not receive an explicit instruction to refrain from the competing activity. However, the liberal approach taken by Czech lawmakers raises some very serious questions, such as it conforms to the mandatory rules governing the fiduciary duties of directors, most importantly the obligation of loyalty. Throughout this article, legal analyses of the Czech legislation in force are enriched by the comparative approach of the authors, who support their arguments by giving examples of similar issues in Great Britain, France, Spain and Germany. The conclusion aims to synthesise the problem and argues that even a legally permitted breach of a duty of non-competition cannot free directors from their fiduciary duties, which represent the cornerstone of modern corporation law.