

POVINNOST PÉČE V KONTEXTU OECD PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE

FILIP REJLEK

Právnická fakulta MU, katedra obchodního práva

Abstract in original language

Povinnost péče je v českém právním řádu definována toliko souslovím "péče řádného hospodáře". Při posuzování konkrétních případů je proto zapotřebí vykládat tento pojem. Kodexy Corporate Governance jsou typickým příkladem soft law. Tuzemský kodex vychází z OECD Principles of Corporate Governance. Příspěvek se zabývá otázkou zda a v popřípadě jak je možno využít tento kodex v konkrétních případech.

Key words in original language

Kodexy Corporate Governance; povinnost péče.

Abstract

Duty of care is in Czech law defined as "care of dutiful manager (householder)". While judging concrete cases it is necessary to interpret this term. Codexes of Corporate Governance are representative examples of soft law. Czech codex is base on OECD Principles of Corporate Governance. This contribution is focussed on the question if and how to use this codex in concrete cases.

Key words

Codexes of Corporate Governance; duty of care.

Povinnost péče je jedním z nejdůležitějších nástrojů ochrany akcionářů. Prikazuje členům statutárního orgánu jak se mají chovat při správě majetku akcionářů. Ač neprávem praxí poněkud opomíjena, nabízí povinnost péče zajímavé a účinné metody, jak docílit toho, že představenstvo společnosti nebude preferovat svoje zájmy na úkor zájmů akcionářů.

Pro akciovou společnost je povinnost péče zakotvena v ustanovení § 194 odst. 5 obchodního zákoníku, a to slovy "členové představenstva jsou povinni vykonávat svou působnost s péčí řádného hospodáře". Toto ustanovení je poměrně hodně obecné. Důvodem je, že není možné vyčerpávajícím způsobem popsat veškeré varianty nežádoucího chování představenstva. Rozmanitost, kterou s sebou život obchodní společnosti nese, vyžaduje značné zobecnění. Množství kombinací, které mohou nastat, je nekonečné.

Čeští právníci nejsou zvyklí pracovat s obecnými pojmy v právní úpravě; je-li to alespoň trochu možné, snaží se jim vyhnout. Je to pochopitelné - o úspěchu či neúspěchu rozhoduje často jen diskreční právo rozhodujícího

orgánu a rozhodnutí tedy může být velice subjektivní. To se týká zejména těch případů, kdy neexistuje dostatek relevantní judikatury, kterou lze při aplikaci použít jako berličku místo vlastní invence. A právě zde se kruh uzavírá: Pokud je možno vyhnout se aplikaci neurčitých pojmů, snažíme se jim vyhnout. Vzhledem k tomu judikatura, která by obecné pojmy alespoň částečně vyplňovala, vzniká jen velmi pomalu.

Není-li k dispozici jasná právní úprava ani relevantní judikatura, je na místě sáhnout do oblasti formálně nezávazných pramenů. Jedním z pramenů, které se těší mimořádné vážnosti, jsou kodexy Corporate Governance. V našich podmínkách se jedná zejména o český kodex, jehož autorem je Komise pro cenné papíry. Jak deklaruje už ve svém podtitulu, zakládá se na principech kodexu OECD Principles of Corporate Governance.

Základní principy obsažené v kodexu OECD¹ zdůrazňují co možná největší efektivitu podnikání při současném zachování jeho transparency a odpovědnosti vůči akcionářům a třetím osobám. Cílem mého příspěvku je poukázat na možnosti aplikace principů obsažených přímo v (originálním) kodexu OECD na povinnost péče obsaženou v tuzemském obchodním právu. Dvě hlavní východiska, která kodex obsahuje, jsou (1) transparency a (2) povinnosti představenstva.

Transparence

Jak bude uvedeno dále, kodex vyžaduje po společnostech, potažmo představenstvu v oblasti transparency průběžné plnění mnoha povinností. K tomu, abychom v konkrétním případě zjistili, zda můžeme v rámci tuzemské právní úpravy do povinnosti péče tyto požadavky kodexu včlenit, je zapotřebí hodnotit dvě kritéria. Jedná se o (a) velikost společnosti a charakter jejího zaměření a (b) počet akcionářů a stabilitu vlastnické struktury. Tato kritéria směřují k tomu, aby použití kodexu nebylo šikanózní a kodex byl aplikován tehdy, kdy je to odůvodnitelné. Zcela jednoduše řečeno - musí být koho chránit, aby kodex mohl být opodstatněně použit pro specifikaci povinnosti péče.

Proto, aby mohl být kodex aplikován, musí být společnost střední až větší velikosti. Kodex není možno aplikovat na takové společnosti, jejichž charakter činnosti je velmi konzervativní (například správa majetku). Počet akcionářů a stabilita vlastnické struktury je rovněž důležitým kritériem. Není možné aplikovat kodex tam, kde je jen jediný nebo několik málo akcionářů, jejichž struktura se dlouhodobě nemění.

¹ Wiggers, J. H. W., *International Commerce Law. Source Materials*. 2. vydání. Alphen aan den Rijn: 2007, s. 465 - 483

Transparence podle kodexu je tvořena zejména zveřejňováním všech podstatných informací týkajících se společnosti, zejména pak informací o finanční situaci společnosti, efektivity produkce, struktury vlastnictví a způsobu řízení společnosti. Tyto údaje by měly být zveřejňovány minimálně jednou ročně.

Nároky, které klade kodex na zveřejňování informací, se mohou jevit jako neúměrně vysoké. Na druhou stranu je zapotřebí si uvědomit smysl existence akciové společnosti jako typu právnické osoby. Ta směřuje zpravidla k velkým projektům, a proto, jsou-li splněna kritéria aplikace transparence, nebude problém splnění těchto požadavků. Bude však zapotřebí posuzovat každý jednotlivý případ s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem. Tak například u akciové společnosti, jejíž hlavní činností je pouhá správa majetku a která má všeho všudy deset zaměstnanců a prakticky neměnnou strukturu akcionářů, nebude možno s odkazem na kodex vyžadovat splnění všech kritérií. Naopak vyžadovat zveřejnění údajů nad rámec výslovně zákonem vyžadovaných informací by vedlo k neúměrnému administrativnímu zatížení společnosti. V případě společností velkých a s často se měnící až nepřehlednou strukturou akcionářů je tato administrativní zátěž zcela zanedbatelná proti přínosu, který s sebou nese. Je to zejména vyšší poptávka potenciálních investorů po akciích a mnohem vyšší ochrana investic akcionářů stávajících. V tom případě je tedy taková péče žádoucí, a proto je možno ji po členech představenstva vyžadovat s odkazem na kodex.

Pokud chce představenstvo akciové společnosti zachovat povinnost péče, musí se zasadit o zveřejňování těchto údajů v co možná nejvěrnější podobě. Vedle obecně závazné úpravy, která zveřejnění části těchto informací na roční bázi výslovně vyžaduje, může být součástí povinnosti péče i zveřejňování dalších, rozšiřujících údajů. Vede to k vyšší jistotě potenciálních investorů (akcionářů) a zvyšuje tak šance společnosti na získání dalšího kapitálu. Naplňuje se tím jedna ze základních funkcí akciové společnosti, kterou je shromažďování velkého kapitálu². Platí to v případech, kdy s přihlédnutím ke všem okolnostem, které vzhledem k povinnosti péče členové představenstva znali nebo měli znát, jim muselo být zřejmé, že společnost bude muset oslovit potenciální investory, kteří přinesou do společnosti nové zdroje. Stejně v situaci, kdy je počet akcionářů vysoký, a proto je zapotřebí dbát zvýšené jejich zvýšené ochrany. Naopak v případě společností, u nichž se nedá předpokládat vzhledem k jejich stabilní vlastnické struktuře a hospodářským výsledkům (typicky například společnosti dlouhodobě vlastněné jediným akcionářem), lze tolerovat i zveřejňování pouze těch informací, které jsou zákonem výslovně vyžadovány.

² Eliáš, K., Bartošiková, M., Pokorná, J. a kol. Kurs obchodního práva. Právnické osoby jako podnikatelé. 5. vydání. Praha : C. H. Beck, 2005, s. 264

Obsah zveřejňovaných informací by podle kodexu měl být tvořen informacemi o finančním výsledku hospodaření (typicky výsledovka, výkaz zisků a ztrát, cash-flow - to vše s doplňujícím komentářem), cílech společnosti, údajích o majoritních akcionářích, informacích o představenstvu a vedení společnosti, a to včetně jejich odměňování a konkrétního personálního obsazení, informace o transakcích s propojenými subjekty, upozornění na předvídatelná rizika, informace o problémech s personální politikou a strukturu vedení společnosti, stejně jako důležité vnitřní předpisy. Společnost by minimálně jednou ročně měla projít auditem, který provede nezávislý auditor. Navíc by měla zveřejňovat i výsledky různých analýz poradenských společností, které si představenstvo objednalo a které jsou relevantní pro případné investory. Zveřejňované informace by měly být veřejně dostupné způsobem, který to efektivně umožňuje³.

Povinnosti členů představenstva

Kodex OECD obsahuje vymezení dalších klíčových povinností pro členy představenstva, která lze použít při naplnění obsahu povinnosti péče dle české právní úpravy. V případě povinností představenstva není pojem nijak rámcově definován, a proto není na místě uplatňovat je jen na některé případy nesplňující kritéria naznačená u transparency.

Členové představenstva by měli vždy činit jednotlivé úkony na základě dobré víry, dostatku informací, s dostatečnou péčí a v zájmu akcionářů společnosti. To vyžaduje od představenstva a jednotlivých jeho členů aktivní přístup; nepostačí pasivně příkyvující představenstvo, třebaže plně profesionálů s vysokou odborností⁴.

Představenstvo se musí chovat rovněž ke všem skupinám akcionářů, nesmí některou upřednostňovat na úkor jiné⁵. I přesto může dojít k situaci, kdy jedno rozhodnutí představenstva povede k tomu, že vyvolá rozdílně příznivé důsledky pro jednotlivé skupiny akcionářů. V takovém případě, nelze-li

³ V době masového rozšíření internetu se toto médium samozřejmě samo nabízí, protože dokáže zprostředkovat přístup k těmto informacím bez omezení za prakticky nulových nákladů.

⁴ To ostatně koresponduje s objektivním modelem pojetí odpovědnosti představenstva.

⁵ Může se jednat o rozdíly právní - například o akcionáře, kteří mají akcie různých druhů, se kterými se pojí odlišná práva (prioritní nebo tzv. zlaté akcie), ale stejně tak i o faktické rozdíly – např. může být určitá skupina zahraničních akcionářů fakticky znevýhodněna konáním valné hromady na pro ně obtížně dostupném místě a (při zachování minimálních zákonných požadavků) zároveň v krátkém časovém intervalu, čímž dojde k faktickému znemožnění výkonu hlasovacích práv.

docílit rovného zacházení, je nezbytné, aby takové rozhodnutí bylo řádně odůvodnitelné a v souladu s dobrými mravy.

Představenstvo podle kodexu musí postupovat za použití vysokých etických standardů. V případě naší právní úpravy se upřednostní korektiv dobrých mravů, popř. zásad poctivého obchodního styku. Takové pojetí je našemu právnímu řádu přirozené, a proto není důvod na tom něco měnit. V tomto bodě se tedy kodex nepoužije.

Představenstvo by se dle kodexu mělo minimálně podílet na: (i) nastavení a kontrole obchodní strategie (ii) vyhodnocování rizik (iii) výročních zprávách a rozpočtu (iv) dohledu nad zásadními transakcemi. Dále by mělo sledovat (v) efektivitu správy společnosti a přijímat potřebná opatření (vi) personální politiku klíčových vedoucích pozic (vii) zajišťovat transparentní proces volby představenstva (viii) hledat případné vzniknuvší konflikty zájmů (ix) dohlížet nad finančními výkazy (x) dohlížet jako celek na to, aby všichni členové představenstva měli vždy dostatečně předem relevantní a pravdivé informace potřebné k plnění svých úkolů. To v zásadě odpovídá představám tuzemské právní úpravy, když ta například ve svém ustanovení § 192 odst. 1 obchodního zákoníku svěřuje do rukou představenstva obchodní vedení společnosti, řádné vedení účetnictví, předkládání účetních závěrek valné hromadě a další.

Za konkretizaci v oblasti obchodního vedení lze považovat požadavek na nastavení a kontrolu obchodní strategie. Je samozřejmé, že představenstvo může pro společnost najmout celou řadu odborníků, kteří budou obchodní strategii uvádět do praxe, avšak představenstvo se nemůže vzhledem ke své povinnosti péče zprostit účasti na její tvorbě (což odpovídá požadavku na nastavení obchodní strategie) a zároveň odpovědnosti za její dodržování (odpovídá požadavku kontroly).

V oblasti vyhodnocování rizik se jedná o rizika strategického významu a opět platí, že i tuto činnost může představenstvo částečně delegovat, avšak odpovědnost mu zůstává zachována. Vyjádřením povinnosti péče v tomto případě je opět aktivita, avšak nikoliv vyčerpávající. Představenstvo se tak musí o proces vyhodnocování rizik aktivně zajímat, avšak nemusí jej nutně vytvářet od začátku až do konce.

Požadavek na zveřejňování výročních zpráv je v našich podmínkách již konkretizován dříve citovaným ustanovením, a proto ani v tomto případě není zapotřebí jej dále rozvádět nad rámec zákonné úpravy.

Zbývající je konkretizací obchodního vedení společnosti. Představenstvo by tedy mělo projevovat aktivní zájem o zásadní transakce, které mají zásadní význam pro společnost. Povinnost péče pochopitelně zahrnuje i neustálou (aktivní) kontrolu efektivitu správy společnosti - ta je efektivní tehdy, když prostředky na správu jsou vynakládány účelně - parafrází tuzemské právní úpravy tak, jak by je vynaložil řádný hospodář. Představenstvo se rovněž

musí zajímat o obsazení klíčových pozic ve vedení společnosti. Je to logický průnik požadavků na informovaně učiněná rozhodnutí zásadního charakteru.

Závěrem

Kodexy Corporate Governance jako zástupce soft-law mohou být cenným pomocníkem zejména tehdy, je-li třeba vyložit obecnou právní normu z aplikace na konkrétní případ. Druhou situací, kdy mohou dobře posloužit, je stanovení obecných mantinelů široce formulované právní úpravy, které vedou k definici jejího účelu a podpoří tak teleologický výklad.

Nic nebrání tomu, aby byly použity rozhodujícím orgánem v rámci sporného řízení jako součást odůvodnění rozhodnutí. Je jisté, že v hraničních případech samy o sobě nebudou stačit, zde bude zapotřebí argumentaci doplnit. V českých podmínkách je pak velmi dobře využitelný kodex OECD, anebo přímo český kodex, který se na něm zakládá.

Literature:

- Wiggers, J. H. W., International Commerce Law. Source Materials. 2. vydání. Alphen aan den Rijn: 2007

Contact – email

filip.rejlek@centrum.cz