

DISKUSE

**KOMERCIALIZACE PRÁVNICKÝCH OSOB?
(k použitelnosti pravidla podnikatelského úsudku
nejen ve světě fundací)**

Bohumil Havel*

Abstrakt: České soukromé právo dnes nabízí leccos, veletrh možností. Přesto ale není od věci chápat, že variabilita nástrojů přináší nutnost noetické poctivosti a zohlednění sociálních důsledků možné volby. Svět práva obchodních korporací je historicky nejpropracovanější, nicméně vykazuje řadu specifíků, které do světa jiných právnických osob nepatří buď vůbec, nebo jen v omezené míře. Správa fundací (zejména nadací) má jistě co ze světa obchodních korporací čerpat, ale vždy musí být zachována funkční odlišnost mezi podnikatelem a nepodnikatelem. Riziko a jeho zohlednění je projevem práva obchodního a je-li cílem fundace filantropie, nemá mít při svém rozhodování postavení obchodní korporace, ledaže by to bylo korektně teleologicky obhajitelné.

Klíčová slova: právnícká osoba, korporace, nadace, péče řádného hospodáře, pravidlo podnikatelského úsudku, podnikání, teleologický výklad

PRELUDIUM

Zřejmě dnes nebude nikdo pochybovat o tom, že nová úprava občanského práva přinesla mnoho novinek, které bude právní veřejnost léta vstřebávat. Většinou se mluví o věcných právech, změnách v oblasti práva dědického a sem tam také o dílčích jevech práva rodinného či osobního statusu jednotlivce. Většinou jsou to změny, které významně zasahují do každodennosti našich životů, a tak jaksi stranou zájmu zůstávají ty změny, které sice náš život ovlivňují jen nepřímo, které jsou ale přesto strukturálně rovněž významné. Mám na mysli zejména novou úpravu právnických osob.

Jistě, každý si asi i díky nepřesné mediální zkratce všiml nové úpravy spolkového práva, respektive některých jeho projevů, a každý si asi také všiml nové úpravy obchodních korporací. Jistě kdekdo slyšel o ďábelskosti nové úpravy svěřenských fondů či o ústavech. Po četných diskusích, kterých jsem se zúčastnil, si však troufnu říci, že většina čtenářů si již nevšimla celkové koncepce a filosofie, kterou nový občanský zákoník do světa právnických osob nastavil, snad kromě pro život v mnohém nepodstatných a sofistikovaných diskusí o tom, zda má být právnícká osoba chápána jako fikce či jako realita. Nová úprava totiž nepřináší jen nová slova či staronové nástroje, ale přináší zejména odlišnou koncepci, která více akcentuje podstatu jednotlivostí, odlišuje jednotlivé právnícké osoby a nesnaží se tvrdit, že všechny jsou stejné. Stejně tak *občanský zákoník funkčně*

* Doc. JUDr. Bohumil Havel, Ph.D. Autor působí jako vědecký pracovník Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i. a jako *of counsel* PRK Partners Praha. Příspěvek vznikl s podporou na dlouhodobý koncepční rozvoj výzkumné organizace Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i., RVO: 68378122, je výsledkem vědeckého bádání autora a nesouvisí s jeho advokátní činností. E-mail: bohumil.havel@ilaw.cas.cz.

nekomercializuje právnické osoby, ač se to může vzhledem k přenosu některých pravidel ze světa obchodních korporací do jeho textu zdát. Navíc ani občanský zákoník není psaný rozum, jehož obsah můžeme zjistit jen exegezí, ale žije ve světě teorií, koncepcí a přístupů, které mu v řadě pravidel dávají širší obsah a určují jeho směr a světlo.

V dalším textu nechci být polemický s tím, co vyšlo či nevyšlo, přeci jen toho zatím v oblasti právnických osob mnoho není. Nehodlám se věnovat ani výkladu jednotlivostí, od toho jsou komentáře či články v prakticky zaměřených odborných časopisech. Pokusím se však načrtnout možnou koncepci odlišnost v chápání řízení a správy jednotlivých forem právnických osob, a to zejména při vědomí toho, že vývoj po roce 1991 šel cestou, kdy základní projevy správy právnických osob modelovala teorie i judikatura na podkladu obchodních korporací s tím, že tyto jediné právnické osoby soukromého práva mohly volně podnikat. Tento přístup nové právo rasantně mění a domnívám se, že tím mění také uživatelskou matici, kterou bychom měli používat.

1. PŘENOS STARÝCH ZNALOSTÍ?

Dobová pravidla obchodních společností byla upravena obchodním zákoníkem a jeho tvůrci se netajili tím, že zejména v úpravě akciového práva se významně inspirovali německým akciovým zákonem. Jiné právnické osoby byly upraveny zvláštními zákony s tím, že obecná úprava obsažená v občanském zákoníku byla lakonická, byť vymezila právnické osoby jako subjekty práva. České právo neodlišovalo právnické osoby na korporace a fundace, ale na korporace a nadace (a nadační fondy) s tím, že hybridní entity vykazovalo do zvláštních zákonů (obecně prospěšné společnosti, státní podniky, veřejné výzkumné instituce apod.). Je logické, že při absenci zastřešující právní úpravy byly jednotlivé úpravy dílčích právnických osob nekonsistentní, nenavazovaly na sebe a nebylo možné i přes snahu učebnic mluvit o nějakém rozumném a obhajitelném systému. Jistě, o právnických osobách vyšla po roce 1991 řada prací, ale až na výjimky buď mířily na praktické problémy, nebo se věnovaly teoriím právnických osob.¹

Nový občanský zákoník svým příklonem k savignyovské teorii fikce² mnohé z těchto úvah ztišil, aby současně nastolil jiné a nové. Zavedením obecné části upravující právnické osoby totiž občanský zákoník reartikuloval otázky, které si naše právo mnoho let nemuselo klást, totiž přenositelnost jednotlivých normativních schémat napříč druhy právnických osob. Dobová mainstreamová interpretace sledovala zejména výklad kapitálových společností a na jejich pozadí se tvořily obecné závěry o tom, co je to péče

¹ Srov. abecedně zejm. BERAN, K. *Právnické osoby veřejného práva*. Praha: Linde, 2006; BERAN, K. *Pojem osoby v právu*. Praha: Leges, 2012; Frinta, O. *Právnické osoby*. Praha: UK, 2008; HAVEL, B. *Obchodní korporace ve světle proměn*. Praha: Auditorium, 2010; HURDÍK, J. *Právnické osoby (obecná právní charakteristika)*. Brno: MU, 2000; HURDÍK, J. *Právnické osoby a jejich typologie*. Praha: C. H. Beck, 2003; KNAPP, V. O právnických osobách. *Právník*. 1995, č. 10–11; PELIKÁN, R. *Právní subjektivita*. Praha: Wolters Kluwer, 2012; RONOVSÁ, K. *Nové české nadační právo v evropském srovnání*. Praha: Wolters Kluwer, 2012.

² Byť osobně se spíše domnívám, že se jedná o teorii smíšenou, která kombinuje oba stěžejní teoretické proudy, což ostatně jen dokazuje, že se jedná o dva proudy stejné řeky – srov. např. HAVEL, B. In: F. Melzer – P. Tégli et al. *Občanský zákoník § 1–117. Velký komentář*. Praha: Leges, 2013, s. 270 an., nebo HURDÍK, J. Kogentnost a dispozitivnost ustanovení nového občanského zákoníku o právnických osobách. Ke vzájemné použitelnosti ustanovení o nadacích a nadačních fondech. *Právní rozhledy*. 2014, č. 7, s. 229 an.

řádného hospodáře, co je to korporální loajalita, zda naše právo zná tzv. *lootingu* (prodej podílu ve společnosti „bílému koni“ apod.), zda se hradí reflexní škoda, na jaké koncepci stojí odpovědnost členů statutárních orgánů apod. S řadou tehdejších závěrů můžeme souhlasit, s řadou ne, ale o to zde nejde – při uvědomění si nové koncepce a odlišení mezi jednotlivými právními osobami si totiž vždy v rámci nutného předporozumění musíme klást otázku, zda náš výkladový návyk, převzatý ze světa obchodních korporací, má fungovat a být přenesen i do světa např. nadací. Vlastně jsme nově vystaveni jakési mikrokomparaci a úvaze o právních transplantátech – může závěr učiněný *na margo* správy akciové společnosti fungovat stejně také při správě nadačního fondu, nebo ho musíme předělat či opustit? To jsou dílčí otázky, které musí být kladeny dříve, než začneme pravidla aplikovat. Další závěry a úvahy jsou činěny směrem k nadacím, jsou však podle mého názoru v zásadě použitelné i pro jiné účelově nepodnikající právní osoby soukromého práva.

A co že tak významného vlastně ve struktuře právnických osob občanský zákoník přinesl?

2. ODLIŠOVÁNÍ RŮZNÉHO

Občanský zákoník předně *odlišuje právní osoby soukromého a veřejného práva*, respektive dává jim odlišná pravidla. Není to sice nic až tak nového, ale zavedením omezené subsidiarity podle § 20 odst. 2 NOZ to nové je – i pro veřejnoprávní právní osoby tak platí, že na ně dopadne právní úprava právnických osob, ledaže by tomu bránila speciální úprava nebo povaha těchto osob. Ač jednoduché pravidlo, předpokládá dost složitou vstupní úvahu, která dá směr další aplikaci práva. Není-li speciálního zákona, zkoumejme povahu subjektu a teprve poté můžeme říci, zda se na něj obecná pravidla o právnických osobách použijí. Pokud je např. někdy dovozováno, že zastupitelstvo obce je volený orgán, tedy je orgánem podle § 152 odst. 2 NOZ, a proto na něj dopadá povinnost jednat s péčí řádného hospodáře podle § 159 NOZ, je to zjevně úvaha triviální a podle mého názoru chybná. Jistě, formálně se o volený orgán jedná, ale volba, kterou předpokládá občanský zákoník, není bez dalšího tou volbou, kterou předpokládá veřejnoprávní a ústavním pořádkem garantována regulace voleb do obecních zastupitelstev. Současně, výběr členů do řízení obce, coby korporace, nestojí na předpokladu znalostí, jak předvídá § 159 NOZ, ale na jiných očekáváních a předpokladech. Mohli bychom pokračovat a nutně bychom museli dojít k závěru, že tak jednoduché to není a že dopad povinnosti péče řádného hospodáře na jednotlivé členy zastupitelstva není tak jednoznačný, respektive podle mého názoru je nemístný (právě pro povahu obce a tohoto orgánu). Samozřejmě, že jiné úvahy platí např. pro starostu nebo primátora atd. Vidíme tak, že prvně musíme udělat úvahu o použitelnosti toho či onoho pravidla občanského zákoníku, a to jsme ještě neudělali úvahu o tom, zda při kladné odpovědi máme použít výklad, který byl dovozen v oblasti správy akciové společnosti.

Kromě tohoto odlišení občanský zákoník *odlišil korporace a fundace*, přičemž do fundací řadím pro potřeby tohoto článku i ústavy. Zatímco korporace, tedy zejména spolky, obchodní společnosti a družstva, v mnohém sledují úpravu obchodního zákoníku, respektive mají pravidla svou povahou nepřekvapivá, fundace jsou postaveny zcela nově. Občanský zákoník si v regulaci fundací vytknul heslo liberálnosti (důraz na autonomii

vůle) a variability a přiklonil se k evropským trendům,³ čímž zejména svět nadačního práva velmi otevřel. Zatímco korporace i nadále vykazují společnický prvek, tedy mají společníky, členy spolku, kteří sledují společný účel, fundace tento prvek postrádají a svou povahou jsou organizovaným majetkem s vymezeným účelem⁴; oba tyto druhy právnických osob jsou samozřejmě také především organizační nástroje, jak předvídá také § 20 odst. 1 NOZ. Klíčovým odlišujícím prvkem mezi korporacemi a fundacemi je tak spojení obou řečených znaků – tedy přítomnost/absence společnického prvku a účel. Při absenci společnického prvku, v korporacním světě nositele residuálního nároku, musí ultimativní kontrolu vykonávat někdo jiný, ať již jiný orgán fundace nebo soud,⁵ což nutně ovlivňuje úvahy o pravidlech správy fundace. Ačkoliv jak korporace, tak fundace sledují určený účel a naplňují ho dílčími činnostmi, účel u obchodní korporace je dán již její povahou, protože zásadně směřuje k dosahování a rozdělování (distribuci) zisku, u spolků a fundací je statutární účel odlišný a vždy nevýdělečný. Ač se okruh účelů, ke kterým může být fundace stěžejně ustavena, přijetím občanského zákoníku rozšířil, nemůže jím být nikdy dosažení (a rozdělení) zisku, ať již půjde o nadace s veřejně prospěšným nebo jiným účelem (tzv. *non-distribution constraint*). Mají-li korporace a fundace ve svých základech odlišné stavební kameny, není možné tvrdit, že jsou shodné a že také pravidla správy by měla být shodná.⁶ Odlišování je záměrné a důvodné⁷ a je třeba s ním opět v otázce onoho předporozumění pracovat.

Vedlejším, ale revolučním efektem liberálního chápání fundací je to, že fundace mohou podnikat, ledaže by to zakazoval zakladatel nebo by podnikání mělo být statutárním účelem fundace, nebo pokud by to mělo statutární účel narušit. Asi by to nic nerušilo, vždyť jsme v právu soukromém. Pro zdejší koncepční úvahu je ale významné, že tímto otevřením podnikání se zavádí regulatorní arbitráž mezi fundacemi a korporacemi, protože efektu, kterého dříve bylo dosahováno např. akciovou společností, může být nově dosaženo nadací či nadačním fondem. Ani to jistě není problém, nicméně musíme si uvědomit, že stále existuje ono odlišení v účelu a distribuci užitku, které odůvodňuje akcent na funkční odlišení fundace a korporace, zejména při správě a zohlednění rizik při řízení. Zkrátka, otevření regulatorní arbitráže mezi jednotlivými právníckými osobami *per se* nepředpokládá, že by nástroje pro jejich správu měly být v detailu shodné.

Odlišení, která občanský zákoník přinesl, nejsou nahodilá a ukazují na koncepční přístup tvůrců spočívající v tom, že právnícká osoba je sice vnímána jako fikce, norma-

³ Srov. např. RONOVSKÁ, K. *Nové české nadační právo v evropském srovnání*. Praha: Wolters Kluwer, 2012 nebo RONOVSKÁ, K. Nadační fond po rekodifikaci soukromého práva. Subsidiarita či analogie uvnitř nadačního práva?. *Právní rozhledy*. 2013, č. 13–14, s. 494 a v těchto dílech uvedenou literaturu.

⁴ Srov. např. HEYROVSKÝ, L. *Dějiny a systém soukromého práva římského*. 4. vydání. Praha: J. Otto, 1910, s. 171 an., respektive s. 177 an. nebo nejnověji např. RONOVSKÁ, K. et al. *Metamorfózy nadačního práva v Evropě a ČR na počátku 21. století*. Brno: MU, 2015, s. 34 an.

⁵ Jsem si plně vědom toho, že nositelem toho nároku mohou být věřitelé, jak je někdy dovozováno, nicméně této otázce jsem se věnoval jinde, a tedy jen odkáži – HAVEL, B. Povinnost poslušnosti jako složka fiduciární obligace. (Závaznost pokynů v koncernu). In: K. Hurýchová – D. Borsík (eds). *Corporate Governance*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, s. 116 an.

⁶ Srov. také RONOVSKÁ, K. Jsou fundace z Venuše a korporace z Marsu? Několik úvah nad pronikáním korporacních prvků do nadačního práva. *Právní obzor*. 2014, č. 4, s. 405 an.

⁷ A ve světovém diskursu o něm nikdo nepochybuje – srov. např. HOPT, K. J. – HIPPEL, T. von (eds). *Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

tivní struktura, které zákon přiřkl právní osobnost, nicméně to neříká, že všechny tyto fikce jsou shodné v detailu jejich následného života. Korporace i fundace jsou v základu fikcí nesměřující ke stejnému účelu, nemají stejné nástroje a nemohou být proto homogenizovány výkladem. To platí i přesto, že všechny právnické osoby soukromého práva ultimativně sledují lidský užitek a směnu služeb a zboží.

3. HERMENEUTICKÉ INTERMEZZO

Psal jsem o předporozumění, o pojmu filosofické i právní hermeneutiky, který má klíčový význam pro nalezení smyslu první normy. Odlišme ho od složky, která předporozumění předchází, totiž předvědění. Zatímco předvědění váže na obsah vědomí, předporozumění již na konkrétní postoj interpreta. Předvědění zohledňuje znalosti a vědomosti, včetně právních znalostí a znalostí právní metodologie, předporozumění již sleduje pochopení předmětu sdělení⁸ interpreta, a to samozřejmě i za použití předvědění. Pro interpreta je nutná existence obého, musí být schopen své předvědění použít tak, aby pochopil potřeby reálného světa a našel význam (smysl) právní normy, který této potřebě odpovídá (tedy nikoliv jen *ad hoc* „právní čistotě“). Předporozumění určuje konečné rozhodnutí, mají-li např. soudci předpokladatelně obdobné předvědění, jejich schopnost správně a spravedlivě rozhodnout určuje právě jejich předporozumění. Hraničním sousedem předporozumění a předvědění jsou samozřejmě předsudek či jev, který označujeme za *path dependence* (závislost na cestě). Jakkoliv se těmito okolnostem porozumění nevyhneme a mnohdy tvoří součást našeho hermeneutického kruhu, domnívám se, že pro správné nalezení smyslu právní normy jsou to jevy blokující či rušící.

Předpokládám funkčně shodné instrumentální předvědění u těch, kdo právní normy občanského zákoníku smysluplně vykládají a předpokládáme rovněž, že tito interpreti jsou prosti předsudků a možnou závislost na cestě vnímají jako riziko a vadu. U těchto interpretů je nutné pracovat právě s předporozuměním, které nejenže snižuje negativní efekty využívání zažitých modelů na nové právo a situace, ale současně dává prostor pro evoluční interpretaci, kterou musí naše soukromé právo projít. Ač nový občanský zákoník používá staré pojmy, např. péče řádného hospodáře, nepoužívá je v původním významu, protože je jednak zobecnil a jednak je položil nad normativní modely, které staré právo neznalo nebo je znalo v jiné podobě. Zastřešující obecné pojmy nejsou abstraktem toho, co bylo mnohdy dovozeno na půdě práva obchodního, ale jsou abstraktem obecného práva soukromého, jedno, že se nějaký (a krátký) čas používaly jako pojmy práva kapitálových společností.

4. ZOBECNĚNÍ JEDNOTLIVÉHO

Dostáváme se k dalšímu jevu nového občanského práva, které na jednu stranu odlišuje a rozdíl zdůrazňuje, na druhou stranu společně zobecňuje a vytváří všeobecný základ. Je to logické vyústění rozhodnutí tvůrců zákoníku, že bude mít nejen obecnou

⁸ WEINBERGER, O. *Norma a instituce*. Brno: MU, 1995, s. 157–158.

část, ale bude také upravovat spolky a fundace. Zavedení obecných pravidel pro právnické osoby nutně muselo přinést také obecný standard správy právnických osob, a to mj. zavedením obecné povinnosti jednat s péčí řádného hospodáře (§ 159 NOZ). Toto řešení navíc předpokládá použití péče řádného hospodáře i mimo sféru právnických osob (srov. např. odkazové užití ve správě svěřenského fondu podle § 1411 NOZ či správě jmění dítěte podle § 896 NOZ).

Občanský zákoník se tím nesnaží převzít obchodněprávní pojmové instrumentárium, ale systematicky se vrací k původnímu pojetí standardu péče, jak ho znalo právo římské (typicky péče řádného otce rodiny nebo kustodiální správa) a jak ho zná třeba inspirační zdroj, čl. 322 CCQ. Tuto skutečnost je třeba zdůraznit, protože péči řádného hospodáře není možné vykládat ve všech nuancích, jak je známe z obchodního práva, jedno, že obsahově se leckdy překrývají.

Péče řádného hospodáře je obsahově vymezena jako zákonná povinnost, která váže na vznik funkce člena orgánu s tím, že ten se zavazuje svou funkci vykonávat s nezbytnou loajalitou a potřebnými znalostmi a pečlivostí. Je zjevné, že se tím české právo drží v Evropě běžného konceptu, který kombinuje loajalitu (*duty of loyalty*) a pečlivost (*duty of care*) s tím, že navíc se předpokládá existence určitých znalostí, které jsou pro výkon funkce nezbytné a běžné. Celé pojetí tím navazuje na § 4 a § 5 NOZ, které předpokládají běžnou, respektive profesionální pečlivost, což se promítá mj. také do subjektivní stránky protiprávního činu (§ 2912 odst. 2 NOZ). Požadavek na znalosti nicméně není požadavkem na odbornost, ledaže by byla požadována zvláštním zákonem, dohodou stran nebo vyplynula z okolností případu. *Formulace obsahu péče řádného hospodáře je měkkou, tekutou formulací, jejíž obsah se hledá ad hoc, tedy funguje jako vymezení základního minima, nicméně její konkrétní obsah je nutné hledat. České pojetí není pojetím subjektivním, nevnímá standard péče řádného hospodáře odvislý od konkrétního jednajícího,⁹ ale není ani pojetím objektivním, které by stanovilo jeden tvrdý standard. Přístup obsažený v § 159 NOZ je přístupem objektivizujícím se, tedy přístupem, který dává základní matici povinností, nicméně zkoumá konkrétní případy podle toho, jak by se zachoval každý jiný obezřetný ve stejném čase, ve stejné situaci a ve stejné pozici (§ 52 odst. 1 ZOK). Je proto logické, že jiný standard najdeme u vedoucího malého spolku a jiný u předsedy představenstva velké akciové společnosti, byť formálně mají oba stejnou péči řádného hospodáře. Není to nicméně nic nového, obdobně, byť ve světě obchodních korporací, vnímala péči řádného hospodáře i dobová literatura a judikatura.¹⁰*

Není pochyb, že takto pojatá péče řádného hospodáře dopadá jak na soukromoprávní korporace, tak na soukromoprávní fundace bez dalšího; u těch veřejnoprávních to myslím tak jednoduché není a je třeba to vždy zkoumat prizmatem § 20 odst. 2 NOZ (viz výše). Zkoumat se tak u soukromých právnických osob nebude to, zda je či není založena péče řádného hospodáře, protože ta založena je, zkoumat se bude její obsah, a to opět v závislosti na určitý standard daný u toho kterého druhu právnické osoby.

⁹ Kromě situace, kdy člen orgánu vykazuje znalosti, které by měl při správě použít, i kdyby jinak požadovány nebyly – srov. rozhodnutí NS ČR sp. zn. 29 Odo 1662/2006 nebo sp. zn. 29 Cdo 1162/99.

¹⁰ Srov. přehled a literaturu in HAVEL, B. *Obchodní korporace ve světě proměn*. Praha: Auditorium, 2010, s. 154 an. nebo DĚDIČ, J. – LASÁK, J. *Právo kapitálových obchodních společností. Přehled judikatury s komentářem, 2. díl*. Praha: Linde, 2010, s. 1349 an.

5. RIZIKO V ROZHODOVÁNÍ

Vývoj obsahu péče řádného hospodáře není dnes dán jeho primárním obsahem, ale spíše jeho derivacemi, respektive odchylkami z něj. Nejen pod vlivem amerického práva se do světa správy obchodních korporací postupem času propracovalo pravidlo podnikatelského úsudku, tedy pravidlo, které při hodnocení jednání člena orgánu obchodní korporace zohledňuje proces jeho rozhodování, informovanost a míru zohlednění rizika (jednání *lege artis*). V českém právu je toto pravidlo obsažené v § 51 odst. 1 ZOK a navazuje inspiračně nejen na zahraniční modely,¹¹ ale také na hospodářské riziko regulované v dobové úpravě správy státních podniků.¹²

Podstatou a cílem pravidla podnikatelského úsudku je podpora rozumných rizikových jednání, tedy jednání, která zohledňují určitou míru neurčitosti v budoucnosti a odhadují možné důsledky – na rozdíl od hazardu, který je příčinou nebezpečí, je riziko pouze jeho možnou příčinou.¹³ Riziková rozhodnutí jsou taková, která potenciální nebezpečí zohlední, ale přesto jsou učiněna s tím, že proces tvorby tohoto rozhodování ukáže, že bylo činěno v dobré víře, informovaně a loajálně vůči korporaci.

Toto pravidlo je dnes sice v českém právu výslovně, nicméně dobová doktrína ho v zásadě uměla dovodit na bázi aplikace nevědomé nedbalosti, respektive využití pravidel vylučujících protiprávnost.¹⁴ Dovodil ho ostatně již za platnosti obchodního zákoníku také Nejvyšší soud ČR, a to jak výslovně¹⁵ nebo tím, že neuložil povinnost náhrady škody, bylo-li jednáno s péčí řádného hospodáře.¹⁶

Trend, který se dnes stal zákonem, je trendem ze světa obchodních korporací, ze světa, kde jak společníci, tak věřitelé vědí, že cílem obchodní korporace je dosahování a rozdělování zisku, tedy vždy se určitý stupeň rizika předpokládá. Tento poznatek se následně promítá do úvah stran ohledně možného neplnění druhou smluvní stranou, do úrokových sazeb či do volby aranžmá zajištění apod. Mění se však něco na závěrech judikatury při existenci výslovného pravidla pro obchodní korporace, při zobecnění pojmu péče řádného hospodáře pro všechny soukromoprávní právnické osoby a při funkčních odlišnostech fundací (zejména nadací) a obchodních korporací?

¹¹ Srov. nejnověji např. BROULÍK, J. Pravidlo podnikatelského úsudku a riziko. *Obchodněprávní revue*. 2012, č. 6, s. 161 an. nebo KOŽIAK, J. Pravidlo podnikatelského úsudku v návrhu zákona o obchodních korporacích (a zahraničních právních úpravách). *Obchodněprávní revue*. 2012, č. 4, s. 108 an.; BORSÍK, D. Péče řádného hospodáře a pravidlo podnikatelského úsudku bez legend. *Obchodněprávní revue*. 2015, č. 7–8, s. 193 an.

¹² HAJN, P. Hospodářské riziko a odpovědnost socialistických organizací za škodu. *Arbitrážní praxe*. 1977, č. 9, s. 295; HAJN, P. Riziko, jeho podoby a právní důsledky. *Právník*. 1990, č. 1, s. 412 an., když tento autor navazoval na svou dřívější studii – HAJN, P. *Riziko a odpovědnost v hospodářské praxi*. Praha: Svoboda, 1989 nebo ELIÁŠ, K. Hospodářské riziko a podnikatelská praxe. *Právník*. 1989, č. 1, s. 311 an.

¹³ KAPLAN, S. – GARRICK, J. B. On the Quantitative Definition of Risk. *Risk Analysis*. 1981, Vol. 1., issue 1, s. 12 an. Dostupné z: <<http://josiah.berkeley.edu>>.

¹⁴ Srov. např. ELIÁŠ, K. K některým otázkám odpovědnosti reprezentantů kapitálových společností. *Právník*. 1994, č. 4, s. 318 nebo BEJČEK, J. Principy odpovědnosti statutárních a dozorčích orgánů kapitálových společností. In: *Sborník z XVI. Karlovarských právnických dnů*. Praha: Linde, 2007, s. 42 nebo HAVEL, B. *Obchodní korporace ve světle proměn*, s. 169 an.

¹⁵ Srov. např. rozhodnutí sp. zn. 29 Cdo 2869/2011 nebo sp. zn. 29 Cdo 935/2012.

¹⁶ Srov. rozhodnutí sp. zn. 29 Cdo 2363/2011.

6. ZAHRANIČNÍ INTERMEZZO

Úvaha o možném zavedení pravidel *Corporate Governance* do sféry organizačního práva je úvahou, která byla a je předmětem diskusí v řadě států Evropy – ostatně právě na tento problém směřovala již citovaná studie z let 2005–2009 Institutu Maxe Plancka pro srovnávací a mezinárodní právo soukromé v Hamburku.¹⁷ Že to není téma uzavřené, ukazují nejen zdejší diskuse, ale také např. poslední *Non Profit Law Yearbook 2013/2014 z Bucerius Law School* v Hamburku, kde se rakouské úpravě *Corporate Governance* kodexu pro neziskové entity věnuje S. Kalss.¹⁸ Srovnání ukazují, že přístupy jsou různé, nicméně panuje shoda na tom, že *Foundation Governance* je obecný směr, kterým se budou národní úpravy vydávat, respektive se již vydaly.

Pro zde položenou otázku ohledně využitelnosti pravidla podnikatelského úsudku nebo jeho obdoby i pro fundace je však odpověď složitější. Začneme pohledem do státu, který nás v právní rovině silně ovlivňuje, a jehož úprava je té české i obsahově nejbližší, do Německa.¹⁹

Diskuse na toto téma byla otevřena v rámci reformy německého akciového práva (UMAG, 2005), kdy se zákonodárce filosoficky vyjádřil v tom smyslu, že pravidlo podnikatelského úsudku podle čl. 93 AktG, v duchu judikatury německého Nejvyššího soudu (ve věci ARAG/Garmenbeck), by mělo být použitelné i pro jiné právní formy než akciové společnosti, u kterých bylo toto pravidlo explicitně vyjádřeno. Z toho důvodu je použitelnost tohoto pravidla dovozována i pro společnosti s ručením omezeným. Aktuálně lze nicméně zaznamenat k tomuto tématu poměrně široké spektrum názorů.²⁰ Jako převládající se zatím jeví spíše rezervovanější přístup k dovození tohoto pravidla paušálně pro ostatní typy právnických osob. V zásadě se německá právní doktrína spíše kloní k řešení, že je možné toto „právo na čestný omyl“ využít pouze tehdy, je-li situace nadace srovnatelná s pozicí obchodní korporace, tj. v rámci rozhodování při podnikatelské činnosti.²¹ Vždy je však zdůrazňováno, že účelem nadace primárně není (a nemůže být) dosažení (a rozdělení) zisku, čímž chybí odůvodněnost podstupovat riziková podnikatelská rozhodnutí.

Vzhledem k funkci správní rady nadace, která musí loajálně a pečlivě („*Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters...*“) spravovat majetek nadace k naplnění nadačního účelu, se pravidlo podnikatelského úsudku nicméně nepoužije paušálně, a zřejmě se neuplatní při rozhodování správní rady nadace o tom, zda bude nadace vyvíjet podnikatelskou činnost, v jaké formě, v jakém oboru a za jakých podmínek. Rovněž tak se neuplatní při rozhodování o aktivitách směřujících k dosahování nadačního účelu a správě majetku (respektive pouze výjimečně). Ve věci správy majetku nadace (investování na kapitálovém a nemovitostním trhu atd.), která patří k pravidelným úkolům správní rady, je dosaženo shody, že je správní radě dán „určitý manévrovací prostor“

¹⁷ HOPT, K. J. – HIPPEL, T. von (eds), op. cit., v českém prostředí pak např. RONOVSKÁ, K. In: P. Lavický et al. *Občanský zákoník I. Obecná část. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1322 an.

¹⁸ *Der Österreichische Corporate Governance-Kodex für Non-Profit-Organisationen*, s. 125 an.

¹⁹ Autor děkuje Kateřině Ronovské z katedry občanského práva PF MU v Brně za pomoc při přípravě podkladů pro tuto kapitolu.

²⁰ Shrnuty in HIPPEL, T. von. Gilt die „Business Judgement rule“ auch im Stiftungsrecht?. In: H. Baum – A. M. Fleckner – A. Hellgardt – M. Roth. *Perspektiven des Wirtschaftsrechts*. Berlin: De Gruyter, 2008, s. 167 an., problematice se věnoval i JAKOB, D. *Schutz der Stiftung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, s. 210 an.

²¹ K problematice viz HIPPEL, T. von in K. J. Hopt – T. von Hippel, op. cit., s. 210.

(*gewisser Ermessenspielraum*). Otázkou však i zde zůstává, zda se tento prostor kryje s pravidlem podnikatelského úsudku nebo má jiný základ.²²

Německá praxe dobré správy je doplněna o *Grundsätze Guter Stiftung Praxis* (2006).

Švýcarská úprava nadací využívá analogickou úpravu spolkového práva. Otázku správy u veřejně-prospěšných nadací upravuje kodex dobré správy (*Swiss foundation code* 2009, ve verzi z 2014), který sice není závazný, ale požívá vysoké míry prestiže.²³ Přístup švýcarské doktríny je obdobný přístupu německému s tím rozdílem, že švýcarská úprava pro běžné nadace předpokládá obligatorní existenci kontrolního orgánu nadace (*Revisionstelle*), což celkové vyznění pravidel nadační správy posunuje.

Rakouské právo má pro agendu správy nadací vlastní podrobná pravidla v *Privatstiftungsgesetz* (1993), který stojí vedle pravidel korporálního práva, ledaže na ně odkazuje. Proto je v zákoně výslovně upravena povinnost jednat s péčí řádného hospodáře (§ 17 odst. 2) a také specifická ochrana věřitelů při výplatě příspěvku beneficentům. Pravidlo podnikatelského úsudku upraveno není a z úpravy obchodních korporací se nepřetahuje.

Nizozemský občanský zákoník obsahuje pravidla společná pro všechny právnické osoby – korporace, a to včetně možného využití pravidla, které je postavené na obdobné konstrukci jako pravidlo podnikatelského úsudku (nicméně není to totéž – srov. čl. 2:9, kniha druhá BW). Úpravu dobré správy dále doplňuje *Code voor goed bestuur vand Goede Doelen*, tzv. *Wiffels code* (2005).

Lichtenštejnsko problém řešilo výslovnou úpravou, a od 1. 1. 2009 pravidlo podnikatelského úsudku rozšířilo i mimo sféru obchodních korporací. Důvodem byla snaha o zvýšení důvěryhodnosti právnických osob a modernizaci nadačního práva.

7. ČESKÁ ZKUŠENOST

Můžeme pozorovat, že ačkoliv je pravidlo podnikatelského úsudku užíváno i ve sféře nadačního práva, není to zpravidla automatismus a současně k tomu jednotlivé národní jurisdikce došly vývojem a úvahami. Není proto možné si myslet, že v českém právu je vše jasné. Předně je třeba si uvědomit, že pravidlo podnikatelského úsudku váže nejen na to, že obchodní korporace jsou nástrojem rizikového dosahování zisku, ale také na to, že mají vlastníky – společníky. U fundací, nadací, toto zcela absentuje. I když nadace podniká, což ji § 307 NOZ zřetelně dovoluje, není to účel, pro který byla zřízena. Rizikovitost rozhodování není, respektive nemá být *per se* součástí úvahy členů správní rady nebo jiného statutárního orgánu fundace.

Ono to má totiž řadu konotací, které nesouvisí s úpravou pravidel správy a řízení. Předně, již sám občanský zákoník v § 338 až § 340 NOZ předpokládá, že majetek nadace, zejména nadační jistina, podléhá privilegovanému nakládání a není možné je dát všanc aktivitám nadace, potažmo věřitelů. Ačkoliv insolvenční právo neodlišuje úpadek korporace a nadace, věřitelé *ex ante* vždy mohou očekávat, že nadace nebude své kroky činit překvapivě rizikově či riskantně a vždy bude udržovat majetkovou esenci fundace. Připustit, že řízení nadace může být stejně rizikové, jako řízení kapitálové společnosti, znamená říci věřitelům, že se nejedná o „bezpečnou“ entitu, jejímž účelem je sledování

²² Viz HIPPEL, T. von. Gilt die „Business Judgement rule“ auch im Stiftungsrecht?, s. 179.

²³ SPRECHER, T. Foundation Governance in Switzerland. In: K. J. Hopt – T. von Hippel, op. cit., s. 825.

trvalé služby společensky nebo hospodářsky užitečnému účelu, ale že jde o běžný podnikatelský subjekt.

Systematicky je také zjevné, že předpokládá-li § 51 odst. 1 ZOK aplikovatelnost pravidla podnikatelského úsudku, který svým způsobem omezuje odpovědnost členů orgánů obchodní korporace, jen pro obchodní korporace, není možné bez dalšího říci, že to jejev obecný a derivující péči řádného hospodáře.²⁴ Je sledovatelné i z německé zkušenosti, že pokud se touto cestou hodláme vydat, musíme zkoumat situace, na které má pravidlo podnikatelského úsudku dopadnout. Paušální aplikovatelnost by byla v rozporu se samotnými základy právní metodologie.

Vnímejme současně, že i nadace může svou podnikatelskou aktivitu realizovat skrze své vlastní dceřiné společnosti, tedy založením obchodní korporace.²⁵ Toto řešení je ostatně daleko více blíží standardům nadační péče řádného hospodáře, protože se jím rizika podnikání alokují na konkrétní od nadace odlišný subjekt a její vlastní základní majetek tím není, respektive nemusí být vystavován riziku.

Domnívám se proto, že máme-li se obecně pokusit aplikovat pravidlo podnikatelského úsudku mimo svět obchodních korporací, musíme zohlednit důsledky této volby a aplikovat ho spíše omezeně tehdy, půjde-li skutečně o výsostně podnikatelské rozhodnutí (teleologická úvaha), které bude současně sledovat zachování statutárního účelu nadace. Fakticky to znamená, že při posouzení toho, zda byla splněna jedna z podmínek § 51 odst. 1 ZOK, tedy „obhajitelný zájem“, musíme vždy zkoumat nejen dílčí zájem (účel) konkrétního podnikatelského rozhodnutí, ale také celkový zájem zohledňující statutární účel nadace. Je pak zjevné, že konkrétní případ buď bude muset vždy také spadat do sféry činnosti, pro kterou se nadace bude považovat za podnikatele (§ 420 odst. 1 NOZ – „je považována se zřetelem k této činnosti za podnikatele“), nebo nebude-li a půjde-li o jednání v rámci ostatní činnosti nadace, musí jít o skutečné podnikatelské rozhodnutí – že druhá ze skupiny případů bude velmi malá až prázdná, je myslím nabíledni.

Využití pravidla podnikatelského úsudku není přímou aplikací derivátu péče řádného hospodáře, ale je projevem *analogie legis*, tedy postupu, který sice § 10 NOZ připouští, ale který by se neměl utkat s argumentem *a contrario* či *per eliminationem*. Musíme se vyrovnat s tím, že dikce § 51 odst. 1 ZOK tenduje k taxativnímu výčtu v tom smyslu, že jen pro obchodní korporace zavádí pravidlo podnikatelského úsudku, čímž současně říká, že jinde se nepoužije, protože jinde platí standard péče řádného hospodáře se všemi jeho důsledky. Využití analogie je zde složité, respektive možné jen při existenci silného teleologického důvodu,²⁶ protože rozhodnutí o tom, zda je zde právně relevantní podobnost, záleží na tom, zda na těchto podobnostech právně záleží.²⁷ Pouze pokud si korektně a obhajitelně teleologicky zdůvodníme, že analogii potřebujeme, můžeme k ní přistoupit – musíme mít tedy najisto postavené, že použití pravidla podnikatelského úsudku na konkrétní rozhodnutí správní rady nadace je nezbytné a odpovídá to *ratio legis*, aby se jinak solitérní úprava použila i na další příbuzné případy.²⁸ Osobně se domnívám, že situace, kdy toto budeme schopni korektně zdůvodnit, budou raritní.

²⁴ Shodně RONOVSÁ, K. in P. Lavický et al., op. cit., s. 1348.

²⁵ V detailu např. RONOVSÁ, K. in P. Lavický et al., op. cit., s. 1344 an.

²⁶ Srov. MELZER, F. *Metodologie nalézání práva*. Brno: Knihovnička, 2008, s. 189, později MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 245 an.

²⁷ SOBEK, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 189.

Zakáže-li zakladatel nadaci podnikat, což předpokládá § 307 odst. 1 NOZ, nepřichází aplikovatelnost pravidla podnikatelského úsudku vůbec v úvahu, protože by to bylo vždy v rozporu s účelem nadace a tím pádem i vůlí zřizovatele.

Zbývá se zamyslet nad tím, zda by se i při neaplikaci pravidla podnikatelského úsudku mělo předpokládat, že péče řádného hospodáře nestojí na odpovědnosti za výsledek, ale na odpovědnosti za řádný výkon funkce. Část této otázky je nově velmi snadno zodpověditelná, protože nový občanský zákoník staví koncepčně na tom, že odpovědnost je vždy vázána na řádné plnění povinnosti s tím, že porušení této povinnosti zakládá sekundární povinnost k náhradě škody. Aplikovali bychom citovanou judikaturu NS ČR v tom smyslu, že péče řádného hospodáře je vždy vystavěná na předpokladu procesu řádné správy, často nezávisle na výsledku, popřeme důvody a dikci § 51 odst. 1 ZOK. Domnívám se nicméně, že § 159 odst. 1 NOZ přesto nabízí řešení, které smysl dávat může.

Dovodil jsem, že pravidlo podnikatelského úsudku není aplikovatelné na všechna rozhodování orgánu nadací, přičemž v úvahu případně přichází tehdy, je-li konkrétní rozhodnutí činěno v rámci podnikatelské činnosti, kterou nadace provozuje, a současně se zohledněním statutárního účelu a vůle zakladatele. Tam, kde toto pravidlo použít nelze, nastupuje § 159 odst. 1 NOZ, který pro případ rizika porušení standardů péče řádného hospodáře předpokládá, že jednající z toho pro sebe vyvodí důsledky.

Ve spojení s § 2912 odst. 2 NOZ, protože stále předpokládám, že porušení povinnosti jednat s péčí řádného hospodáře je porušením zákona,²⁹ lze dovodit, že uplatnění zákonem požadované pečlivosti předpokládá, že je zde prostor pro závěr, že při jejím uplatnění není dána povinnost k náhradě škody, i kdyby škoda vznikla. Tato úvaha není shodná s pravidlem podnikatelského úsudku, protože zde se zkoumá pečlivost/znalosti a loajalita, kdežto při podnikatelském úsudku informovanost, zájem právnické osoby a loajalita. Uznávám nicméně, že hranice tohoto odlišení bude mnohdy efemérní. *Vrátíme-li se ke komparaci, české právo nabízí prostor pro shodný výklad, jako právo německé při zohlednění „určitého manévrovacího prostoru“ pro správní radu.*

Domnívám se, že ani českému právu nesluší paušalizace, a to mj. proto, že ji výslovná dikce soukromého práva v této věci nepřipouští – mělo-li být pravidlo podnikatelského úsudku vlastní všem podnikatelům, mělo být upraveno v občanském zákoníku buď v rámci správy právnické osoby (např. obdobně s úpravou nizozemského občanského zákoníku), nebo v části u podnikatele (§ 420 a násl. NOZ). Úvaha o využitelnosti pravidla podnikatelského úsudku ve světě nadačního práva je úvahou dílčí, drobnou, ale musíme ji činit se zohledněním systematiky soukromého práva a funkcionalit jednotlivých právnických osob. Arbitrabilita mezi nimi má totiž i velká rizika, nenabízí jen variabilitu, ale také může sklouznout k připodobňování a analogiím, což lidskou svobodu vždy omezuje.

Odlišování jednou odlišeného předpokládá stabilitu a schopnost předvídání, což indikuje jistotu v sociálních vztazích. Směšování je sice postmoderní, ale popírá důvody odlišení a činí svět méně přehledným.

²⁸ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace.*

²⁹ Srov. nejnověji HAVEL, B. Konflikt zájmů při správě obchodních korporací (vztah § 437 odst. 2 ObčZ a § 54 an. ZOK). *Právní rozhledy*. 2015, č. 8, s. 272 an.

Commercialisation of Legal Entities? (On the Applicability of Business Judgment, Not Only in the World of Foundations)

Bohumil Havel

Abstract: Czech private law offers a lot of things, a fair amount of opportunities. Nevertheless, it is useful to highlight that such variability of tools brings along a requirement of a noetic honesty and consideration of social implications of possible choices. Corporate Governance is historically the most elaborate system, however, covers a number of specificities that are in the world of other legal entities functional only to a limited extent. Foundation Governance reflects the world of business corporations, but functional difference between an entrepreneur and non-entrepreneur must always be preserved. Risk and its consideration is a manifestation of business law, and if the aim of foundation is philanthropy, it should not have in its decision making the positions of corporation, unless it is properly teleological defensible.

Key words: legal entity, corporation, foundation, fiduciary duties, business judgement rule, undertaking, teleological interpretation