

Věc: K možnosti uzavírání ovládacích smluv podle § 190b obchodního zákoníku investičními společnostmi a investičními fondy jako řízenými osobami

Účelem ovládací smlouvy, upravené v ustanoveních § 66a odst. 7 a § 190b až 190d zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“), je podřídit jednotnému řízení určitou osobu (resp. osoby) ze strany mateřské společnosti (resp. jiné ovládající osoby ve smyslu § 66a odst. 2 až 5 obchodního zákoníku) nebo ze strany takové společnosti, jež není s řízenou společností majetkově nebo personálně propojena. Ovládací smlouva tedy buď posiluje vazby mezi osobami tvořícími faktický koncern, nebo naopak sama zakládá právní důvod vzniku koncernového vztahu.

Uzavření smlouvy o ovládnání umožňuje nadřadit zájmy vůdce koncernu, koncernového seskupení jako celku nebo některého jeho článku nad zájmy osoby řízené a tyto zájmy prosazovat přímým řízením statutárního orgánu řízené osoby. Statutární orgán řídicí osoby je oprávněn udílet statutárnímu orgánu řízené osoby i takové pokyny, které mohou být pro řízenou osobu nevýhodné. Řízená osoba naproti tomu požívá ochrany v podobě kogentní úpravy povinnosti řídicí osoby k úhradě ztráty řízené osoby, jakož i povinnosti osob udílejících pokyny k náhradě škody vzniklé řízené společnosti porušením povinnosti jednat s péčí řádného hospodáře.

Absence specifické právní úpravy zakazující (event. modifikující) využití ovládacích smluv vůči investiční společnosti nebo investičnímu fondu otevírá otázku, v jaké míře zájem na transparentnosti chování subjektů kolektivního investování a na ochraně zájmů podílníků, resp. akcionářů investičních fondů představuje překážku využití institutu ovládacích smluv v oblasti kolektivního investování.

Vlastnická struktura investičních společností a investičních fondů nevylučuje jejich příslušnost k faktickému koncernu. Majoritním akcionářem investiční společnosti je v řadě případů banka, která mnohdy současně vykonává funkci depozitáře dceřiné společnosti.

Z pohledu nové obchodněprávní úpravy podnikatelských uskupení lze rozlišit tři situace:

- a) mezi bankou, popř. jinou osobou a investiční společností (investičním fondem) existuje vztah ovládnání, zúčastněné osoby však prokáží, že ovládaná osoba nepodléhá jednotnému řízení ovládající osoby,
- b) banka, popř. jiná osoba ovládá investiční společnost (investiční fond) a v důsledku tohoto vztahu je investiční společnost (investiční fond) podrobena jednotnému řízení ovládající osoby bez uzavření ovládací smlouvy,
- c) banka, popř. jiná osoba ovládá investiční společnost (investiční fond) a uplatňuje vůči ní jednotné řízení na základě ovládací smlouvy.

Ad a) Neexistence koncernu

Domněnku existence ovládnání mezi osobami, z nichž jedna disponuje alespoň čtyřiceti procenty hlasovacích práv na druhé osobě, lze vyvrátit poukazem na jinou osobu disponující stejným nebo vyšším množstvím hlasovacích práv (§ 66a odst. 5 obchodního zákoníku), popř. průkazem absence „rozhodujícího vlivu“ (srov. § 66a odst. 2 obchodního zákoníku a zvláštní stanovisko Komise k definici ovládnání, uveřejněné na webovských stránkách Komise). Domněnku existence koncernového vztahu mezi osobou ovládající a ovládanou lze vyvrátit prokázáním nedostatku jednotného řízení ovládané osoby osobou ovládající. Podrobnější úprava způsobu vyvrácení domněnky koncernového vztahu mezi ovládající a ovládanou osobou v zákoně chybí.

Požadavku transparentnosti činnosti investičních společností a investičních fondů by nejlépe odpovídal režim vyloučení koncernového vztahu mezi ovládající a ovládanou osobou. Na druhé straně je třeba vzít v úvahu ochranu, kterou ovládané osobě a jejím společníkům obchodní zákoník u presumovaného faktického koncernového vztahu poskytuje. I v případě úspěšného vyvrácení domněnky koncernu nelze vyloučit pozdější tendence ovládající osoby prosazovat prvky jednotného řízení vůči ovládané osobě.

Ad b) Faktický koncern

Ustanovení § 66a odst. 8 až 15 obchodního zákoníku upravuje důsledky podrobení ovládané osoby jednotnému řízení v těch případech, v nichž nedošlo k uzavření ovládací smlouvy. Ochrana řízené osoby je zajištěna řadou institutů, zejména

- a) zákazem uloženým ovládající osobě využít svého vlivu k prosazení opatření či uzavření smluv způsobilých přivodit ovládané osobě újmu,
- b) povinností nahradit škodu vzniklou ovládané osobě, jejím společníkům a členům v případě nesplnění povinnosti nahradit újmu utrpěnou ovládanou osobou,
- c) ručením členů statutárního orgánu ovládající osoby za splnění závazků k náhradě škody a
- d) povinností zpracovávat písemné zprávy o vztazích mezi ovládající a ovládanou osobou, podléhající podle okolností přezkumu dozorčího orgánu, ověření auditorem a znaleckému přezkoumání.

Ochrana ekonomických zájmů podílníků podílových fondů a zejména ostatních (tzv. mimo stojících) akcionářů investičních fondů se ve smyslu shora popsanych institutů jeví jako dostatečná. V praxi ovšem často dochází k takovému zhuštění vlivu ovládající osoby, který teorie označuje za tzv. kvalifikovaný faktický koncern. V takovém případě již nelze jednotlivé zásahy ovládající společnosti izolovat, čímž dochází k ohrožení nároku na úhradu újmy způsobené těmito zásahy. Potom se jako účelnější jeví ochrana v podobě generální povinnosti k úhradě ztráty ovládané osoby řízené řídicí osobou v rámci ovládací smlouvy podle § 190c odst. 5 obchodního zákoníku.

Z hlediska požadavku důvěryhodnosti kolektivního investování a požadavku zajištění odborné péče je dále nutné zabývat se formou výkonu jednotného řízení, které představuje pojmový znak zákonné úpravy koncernu. Zatímco v případě ovládací smlouvy obchodní zákoník výslovně opravňuje statutární orgán řídicí osoby k udělení pokynů statutárnímu orgánu řízené osoby (§ 190b odst. 2) a rozšiřuje povinnost péče řádného hospodáře i na osoby, které jménem řídicí osoby udělují pokyny statutárnímu orgánu osoby řízené, v případě faktického koncernu (§ 66a odst. 7) není pojem jednotného řízení podrobněji rozveden.

Použití systematického výkladu vede k závěru, že faktický koncern neumožňuje přímou ingerenci statutárního orgánu a dalších osob ovládající osoby do řízení podniku ovládané osoby. Ovládající osoba tedy prosazuje svou vůli pouze pomocí nástrojů založených na většinové majetkové účasti. V takovém případě nejsou zájmy kolektivního investování, chráněné příslušnými ustanoveními zákona o investičních společnostech a investičních fondech (tj. např. dozoru Komise podléhající předpoklady k výkonu funkce člena představenstva a dozorčí rady, odbornost péče vynakládaná osobami jednajícími jménem investiční společnosti a investičního fondu, zákaz obchodů mezi personálně propojenými osobami) ohroženy v té míře, jak je tomu v případě koncernového vztahu podpořeného ovládací smlouvou.

Ad c) Přípustnost ovládacích smluv

Ustanovení § 5a odst. 3 zákona č. 248/1992 Sb., o investičních společnostech a investičních fondech ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o investičních společnostech a investičních fondech“), ukládá investiční společnosti povinnost dávat přednost zájmům podílníků a investičních fondů, jejichž majetek obhospodařuje, před svými vlastními zájmy a zájmy svých společníků. Ovládací smlouvou si naopak ovládající osoba zřizuje právo nadřazovat své zájmy nad zájmy osoby ovládané.

Právním důsledkem uzavření ovládací smlouvy je povinnost ovládající osoby poskytnout odškodnění těm akcionářům, kteří využijí svého práva ukončit účast v ovládané společnosti. V případě investičních fondů by však tento ochranný mechanismus zároveň představoval určité popření smyslu účasti drobných investorů na kolektivním investování.

Transparentnost a ochrana kolektivního investování je zajišťována řadou institutů státního dozoru, svěřeného Komisi. Komise před udělením souhlasu s volbou/jmenováním členů představenstva a dozorčí rady investičních společností a investičních fondů zkoumá existenci dobré pověsti, potřebných zkušeností a kvalifikace těchto osob. V zájmu zajištění ochrany podílníků a akcionářů investičního fondu Komise schvaluje nabývání akcií investiční společnosti a investičního fondu v rozsahu nad 10% základního kapitálu (hlasovacích práv). Účinky ovládací smlouvy relativizují garance důvěryhodnosti a transparentnosti kolektivního investování, jež jinak shora popsané prvky státního dozoru představují.

Povolení ke vzniku investiční společnosti a investičního fondu vydává Komise mj. rovněž na základě posouzení stanov těchto subjektů (srov. § 8 odst. 5 zákona o investičních společnostech a investičních fondech). V důsledku uzavření ovládací smlouvy dochází ke změně vnitřního fungování řízené společnosti v rozsahu, který by jinak byl myslitelný pouze cestou změny stanov.

Prísne kritérium odborné péče kladené zákonem o investičních společnostech a investičních fondech na osoby jednající jménem investiční společnosti a investičního fondu (§ 5a odst. 2, § 7 odst. 4, § 17a odst. 2) by ve světle ovládací smlouvy ztratilo účelnost, protože nedopadá na osoby, které jménem řídicí osoby udělují pokyny statutárnímu orgánu řízené osoby.

Měla-li by ovládací smlouvu uzavírat banka, s níž má investiční společnost/investiční fond uzavřenu depozitářskou smlouvu, došlo by ke konfliktu funkce kontrolní (uložené v § 32 zákona o investičních společnostech a investičních fondech) s funkcí řídicí, výslovně založenou smlouvou ovládací. V rozporu s článkem 10. směrnice Rady ES č. 85/611/EHS o

organismech kolektivního investování do převoditelných cenných papírů by také v určitém smyslu došlo ke sloučení funkce depozitáře a „manažerské společnosti“. Tentýž článek požaduje, aby „manažerská společnost“ a depozitář jednali nezávisle a výhradně v zájmu držitelů cenných papírů emitovaných jednotkou kolektivního investování.

I v případě, že banka není depozitářem, představuje ovládací smlouva z pohledu zákona č. 21/1992 Sb., o bankách ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o bankách“), diskutabilní vazbu, neboť důsledkem uzavření ovládací smlouvy je neomezená povinnost hradit ztrátu ovládané osoby (§ 190c odst. 5 obchodního zákoníku.). V kontextu § 12 zákona o bankách by tato smlouva mohla být zpochybněna jako smlouva zavazující banku k hospodářsky neodůvodněnému plnění (viz též pravidlo obezřetného bankovního podnikání).

Závěrem

S ohledem na uvedenou analýzu považuje Komise za odporující normám zákona o investičních společnostech a investičních fondech, jakož i zásadám, na kterých tento zákon stojí, aby investiční společnost nebo investiční fond uzavíraly jako osoby řízené ovládací smlouvu.

Na druhou stranu se za určitých podmínek jeví jako přijatelné, aby se investiční společnost nebo investiční fond staly při dodržení veškerých pravidel stanovených obchodním zákoníkem a zákonem o investičních společnostech a investičních fondech jako osoby řízené součástí tzv. faktického koncernu. Komise ovšem v takovém případě bude bedlivě sledovat, zda investiční společnost a investiční fond dodržují všechny povinnosti stanovené zákonem o investičních společnostech a investičních fondech, zejména povinnost upřednostnit zájem investorů před zájmem svým a zájmem řídicí osoby, a zda důsledně využívá nástroje ochrany společnosti, jejích věřitelů a mimo stojících akcionářů, stanovené obchodním zákoníkem (srov. § 66a odst. 8 až 15 obchodního zákoníku – viz výše).

U investičních fondů je třeba na uvedené povinnosti trvat se vši rozhodností, zejména pokud jde o ochranu mimo stojících akcionářů – investorů. Rovněž u investiční společnosti však bude uvedena ochrana vzhledem k nutnosti její hospodářské i finanční rovnováhy zásadní. Odborná péče orgánů investiční společnosti vůči podílníkům či investičním fondům, jejichž majetek obhospodařuje, by měla zahrnovat též zajištění nezbytné stability subjektu, jehož jménem jednají a který služby kolektivního investování účastníkům kapitálového trhu poskytuje.

Jednotné řízení v rámci faktického koncernu tedy v žádném případě nesmí prolomit povinnosti vyplývající ze zákona o investičních společnostech a investičních fondech, popř. z dalších předpisů, zejména povinnost odborné péče vůči investorům v celé její šíři.

Za velmi nežádoucí považuje Komise koncernový vztah mezi investiční společností a investičním fondem a jejich depozitářem, a to z důvodu porušení zásady nezávislého jednání obou subjektů v zájmu důsledné ochrany investorů.

Za plně vyhovující zákonu o investičních společnostech a investičních fondech se s ohledem na uvedené vazby jeví stav, kdy ovládající osoba nenadřadí zájem svůj, podnikatelského seskupení či jeho části nad zájem ovládané investiční společnosti nebo investičního fondu, nepodrobí ovládanou investiční společnost či investiční fond svému řízení a tuto skutečnost prokáže, čímž vyloučí aplikaci domněnky koncernového vztahu podle § 66a odst. 7 obchodního zákoníku.

K zamýšlené míře angažovanosti ovládající osoby v investiční společnosti či investičním fondu z hlediska koncernového práva hodlá Komise napříště přihlížet při udělování předchozího souhlasu s nabytím podílu na základním kapitálu nebo hlasovacích právech investiční společnosti nebo investičního fondu (§ 24b zákona o investičních společnostech a investičních fondech). De lege ferenda doporučuje Komise v připravovaném novém zákonu o kolektivním investování zakázat koncernový vztah mezi správcovskou či investiční společností a jiným subjektem, a to oběma směry.

Prezídium Komise schválilo dne 22. června 2001.

Kontaktní osoba: Markéta Tomášová, 21096410.