# 12 SPRÁVA KORPORACE PŘI HROZBĚ ÚPADKU (SANAČNÍ SCHÉMATA A POSUNY STANDARDŮ PÉČE A LOAJALITY)[308]

**doc. JUDr. Bohumil Havel, Ph.D.**

## 12.1 Správa vlastního/cizího majetku

Ač se to léta v našich končinách často tvrdí, úvaha srovnávající povinnost správy s péčí řádného hospodáře s péčí, jakou by vynaložil sám vlastník při vlastní správě, je úvahou zjednodušující a při nepřesném dovysvětlení také chybnou. Vlastník každé věci, zde bráno v širokém pojetí věci hmotné i nehmotné, má neomezené panství nad svou vlastní věcí, tedy ji může zničit, nestarat se o ni apod., ledaže by tím zasahoval do konkrétního chráněného zájmu, včetně zájmů třetích osob. Ono individualistické „neomezené panství" určuje obsah a rozsah modalit vlastnického práva a rušit je lze jen tehdy, pokud je zde silnější zájem hodný právní ochrany. Ne však každý zájem je natolik dostatečný, aby byl vlastník věci nucen konat konkrétním způsobem, někdy jsou však jeho povinnosti modifikovány a práva omezena. Pořád je to ale on, kdo drží panství nad věcí, a proto je to primárně on, kdo rozhoduje, a to i když svou vlastní věc drží ekonomicky pro někoho jiného (např. zástava).

Můžeme samozřejmě fingovat, že onen „sám vlastník" má být řádným hospodářem, otcem rodiny, jak jsme se učívali, a tedy že i správa vlastních věcí musí být testována vnějším standardem. V takovém případě bychom si ale současně museli říci, v relaci k čemu takováto fikce má být činěna, protože pokud pouze vůči vlastníkovi samotnému, pak postrádá smysl. Každý si při správě vlastní věci může způsobovat škodu, proto má panství, a není právem nikoho mu v tom bránit (snad s výjimkou narušení svéprávnosti). Pokud bychom však chtěli chránit věřitele, kulturní statek nebo např. nezaopatřené děti, jistě nějaký standard do správy vložit můžeme

[308] Příspěvek byl zpracován v rámci projektu Grantové agentury ČR reg. č. 19-24949S „Srovnání českého korporačního práva s OECD principy Corporate Governance jakožto mezinárodního standardu a vybranými evropskými jurisdikcemi".

(a vkládáme), a také ho můžeme po vlastníkovi vyžadovat (a vyžadujeme). Nelze však říci, že toto je standard správy vlastního majetku. Je to spíše její modifikace způsobena externími okolnostmi (volními i nevolními).

Oproti tomu je správce cizího majetku v jiném postavení, protože spravuje cizí majetek ve prospěch někoho jiného, tedy je implicitně vždy v rozsahu dispozic a úvah omezen. Jinými slovy, správa cizího majetku je modifikována a určena standardem správy nikoliv z externích důvodů, ale již ze samotné podstaty věci, protože správce nemá panství nad věcí, nýbrž pouhou její správu (plnou či prostou). Správce cizího majetku nespravuje cizí věc, protože se mu bez dalšího chce, ale protože ho k tomu váže zákonná nebo smluvní povinnost. Správce cizího majetku musí ve svých rozhodnutích zohlednit nejen to, že je jen správce, tedy nemá všechny volby vlastníka věci, ale zejména účel správy, zájem beneficientů a pravidla platná pro tu kterou správu cizího majetku. Až již spravuje rodič majetek dítěte, insolvenční správce majetkovou podstatu, nájemce pronajmutou věc nebo statutární orgán majetek korporace, vždy se musí zkoumat titul správy, sledovat zákonná pravidla, která pro nájem nebo insolvenčního správce platí, což oproti vlastníkovi staví správce cizího majetku do předem narýsovaného světa. Tvrdím proto, a i to myslím vyvrací tezi o obdobě vlastní a cizí správy, že správa cizího majetku je přísnější a postrádá vlastnický voluntarismus. Samozřejmě i ve správě cizího majetku se objevuje subjektivní prvek, totiž prvek jednajícího, ale opět se nejedná o subjektivizaci celé struktury, ale pouze o zohlednění lidského faktoru, byť vždy v pozici „průměrného“ a objektivizovatelného pozorovatele.

Samozřejmě existují průlomy, které oba světy správy majetku v mnoha aspektech přibližují, nicméně to nemění nic na tom, že vlastnictví a správa cizího majetku se mohou překrývat, ale stále to jsou odlišné struktury a mají také odlišné předpoklady a standardy.

## 12.2 Správa korporace

Je zjevné, že správa majetku obchodní korporace je správou majetku, který tomu, kdo ho spravuje, nepatří. Ačkoliv statutární orgán jedná za korporaci, a jeho kroky jsou tedy přičitatelně její kroky, za správce jejího majetku se považuje právě statutární orgán, a nikoliv korporace sama. I když víme, že majetek korporace je objektem jejího vlastnictví, a ona by tak vlastně byla správcem vlastního majetku, statutární orgán[309] její majetek spravuje coby majetek cizí, na což reaguje řada pravidel, která jinak označujeme za *corporate governance*. Statutární orgán ví, ostatně obdobně s každou správou cizího majetku, že je vázán pravidly správy, a navíc má sledovat i zájem toho, kdo korporaci vytvořil či ji podporuje financemi nebo službami apod.

[309] Nejen on samozřejmě, ale pro potřeby zdejšího textu činím tuto zkratku.

Ačkoliv se v našem prostředí často jednostranně dovozuje, že statutární orgán korporace slouží jejím podílníkům – věřitelům *(stakeholder model)*, stále se domnívám, že tomu tak úplně není, protože korporační právo, na rozdíl od práva fundačního, stojí na primárním účelu dosahování užitku distribuovatelného mezi společníky nebo jimi určené osoby (nositele residuálního nároku), což vždy předpokládá korektní sanaci všech mezitímních pohledávek věřitelů a jiných podílníků. Proto i nadále vidím prostor spíše pro aplikaci modelu společnického, místy doplněného o možné projevy ochrany pracovní síly, životního prostředí či sociální odpovědnosti (*enlightened shareholder model*[310] s využitím *corporate social responsibilty*[311]).

Statutární orgán korporace tak vždy musí sledovat širší zájem a účel, než by mu určil vlastnický pohled na věc, nicméně není otrokem ekonomických či residuálních vlastníků korporace, má právo volby, což mu garantuje široký soubor fiduciárních povinností, vystavených v mnohém na otevřených a proměnných pravidlech proskriptivní povahy. Stranou zájmu zde ponechávám posuny při existenci koncernu a možných zásazích do obchodního vedení.

## 12.3 Loajalita (a péče)

Stěžejní význam mezi povinnostmi statutárního orgánu je zákonem předpokládaný minimální standard péče, který musí každý člen orgánu korporace vynakládat a naplňovat. Ruku v ruce s tímto standardem jde povinnost loajality, tedy povinnost, která má garantovat neutralitu a snižovat rizika morálního hazardu. Popsané povinnosti nalézáme napříč evropskými a dalšími jurisdikcemi a někdy jsou souhrnně označovány za péči řádného hospodáře. Není účelem těchto řádků tento pojem více vysvětlovat, budeme se věnovat spíše té z jeho složek, která předpokládá loajalitu, nicméně u řádné péče je třeba říci, že ta se svou podstatou v průběhu života korporace strukturálně nemění, pouze k ní přibývají nové či modifikované povinnosti.

Zatímco standard péče je nástrojem, který má být aplikován k tomu, aby statutární orgán chránil zájem beneficentů, loajalita sleduje riziko osobního selhání statutárního orgánu jakožto člověka. Jakýkoliv právní vztah, do kterého člověk s jinými vstupuje, vykazuje určitý stupeň loajality, i kdyby měl být realizován jen např. pouhou koupí. Každý, kdo spravuje záležitosti v zájmu třetích, je při svých rozhodováních vystavován riziku střetu různých zájmů, včetně zájmu vlastního. Loajalita

[310] Srov. např. SJÅFJELL, B. *Towards a Sustainable European Company Law*. New York: Wolters Kluwer, 2009, s. 88 a násl.

[311] Srov.např. srovnávací studie In GÜLER, A., CROWTHER, D. (eds.) *Global Perspectives on Corporate Governance and CSR*. Farnham: Gower, 2009, nebo SACCONI, L., BLAIR, M., FREEMAN, E., VERCELI, A. (eds.) Corporate Social Responsibility and Corporate Governance. *Palgrave Macmillan, IEA Conference*. Volume No. 149, 2011.

tak funguje v mnohém jako protektivní a subsidiární profylaxe,[312] která má snižovat negativní rizika možných selhání, která jsou člověku vlastní. Ostatně kdyby nebyla, žádných obdobných pravidel by nebylo potřeba.

Obsah a směr loajality statutárního orgánu korporace vždy úzce souvisí s tím, komu má model správy sloužit a čí zájem je či má být preferován. Korporace má svou hospodářskou situaci udržovat stabilní natolik, aby byla schopna plnit své povinnosti vůči třetím osobám, což ale neznamená, že nutně musí vykazovat kladný hospodářský výsledek. Ostatně v dnešní době je zejména ve světě start-upů běžné, že jsou dlouhodobě v červených číslech a jejich aktuální dluhy jsou hrazeny skrze akutní vstupy investorů. Ve vztahu k loajalitě nicméně platí, pokud korporace využívá pro své aktivity ve větší míře cizích zdrojů, více se aktivuje ta složka loajality jejího statutárního orgánu, která akcentuje sanaci splatných dluhů, resp. spolupráci s věřiteli coby ekonomickými vlastníky. Záporný vlastní kapitál však ještě neznamená, že nastal úpadek, uvidíme ostatně dále, že jak předlužení, tak do určité míry i platební neschopnost umožňují obranu proti soudnímu prohlášení úpadku.

Vidíme tedy, že loajalita není statickým jevem. Je to okolnost určující chování statutárního orgánu, která se mění nejen v závislosti na celkovém strukturálním nastavení korporace, ale také v reakci na zdroje financování. Loajalita je pohyblivou složkou péče řádného hospodáře, která má úzké propojení s tím, v jaké kondici sama korporace je. Pokud nastane problém s hospodářskou situací korporace, který je však výhledový a nepřináší okamžité riziko úpadku, je loajalita stále nasměrována ke společníkům a statutární orgán kapitálové společností má v rámci standardu péče povinnost nalézt, resp. nabídnout možné řešení, případně svolat valnou hromadu a svá řešení navrhnout tam. Je proto součástí jeho povinností, že v tuto (nevhodnou) dobu ze své funkce neodstoupí, ledaže k tomu má obhajitelné důvody.

## 12.4 Včasné varování o (možné) bouři

Loajalita je, obrazně řečeno, určité ohnisko, které se může v průběhu života korporace různě vyosovat, nicméně ruku v ruce s ním jdou posuny v obsahu požadované péče, což myslím vysvětluje, proč jsou obě povinnosti mnohdy vnímány jako součást jednoho celku. Je očekávatelné, že je-li korporace hospodářsky rozsáhlejší strukturou, měla by mít nastaven funkční model *compliance*, který bude mj. včas indikovat hospodářskou nedostatečnost, zejména tehdy, není-li při běžné správě možné, aby statutární orgán tuto informaci zachytil nebo vyhodnotil sám. Lze obecně již zde dovodit, že součástí péče řádného hospodáře je nejen schopnost možný budoucí úpadek zachytit a vyhodnotit, ale také mu předcházet, resp. ho odvracet, a to již i ve fázi, kdy ještě ani nehrozí, ale korporace vykazuje nedostatečnou kondici. Ostatně stejným směrem se vydal i zatím poslední počin evropského zákono-

[312] K této úvaze srov. např. CONAGLEN, M. *Fiduciary Loyalty. Protecting the Due Performance of Non-Fiduciary Duties*. Oxford: Hart Publ., 2011, s. 61 a násl.

dárce, když přijal směrnici Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/1023 ze dne 20. 6. 2019 o rámcích preventivní restrukturalizace, o oddlužení a zákazech činnosti a opatřeních ke zvýšení účinnosti postupů restrukturalizace, insolvence a oddlužení a o změně směrnice (EU) 2017/1132 (směrnice o restrukturalizaci a insolvenci), která mj. po členských státech vyžaduje, aby zabezpečily funkční systém včasného varování o hrozbě úpadku.[313]

Nesmíme zapomínat, že hrozba úpadku je jednou z těch hrozeb, které mívají fatální důsledky nejen pro korporaci a její společníky, ale zejména pro věřitele. Ač má statutární orgán povinnost nalézt řešení již v době zárodků hospodářských problémů, tak české studie např. ukazují, že valná většina korporací, které následně skončí v insolvenčním řízení, jsou v zóně bankrotu již nejméně 3 roky předtím.[314] Chceme-li analyzovat důvody pro tento stav, zpravidla zjistíme, že se jedná o případy osobního selhání vlastnického managementu, který není z různých důvodů schopen přiznat selhání či neúspěch.

Je proto vždy obsahem povinností statutárního orgánu mít nastavená schémata kontroly a zachycení hospodářských problémů tak, aby byla aplikovatelná a problém včas a účelně detekovala (*compliance*[315] je nicméně mnohem širší strukturou). Je samozřejmé, že konkrétní detail těchto systémů většinou neřeší statutární orgán, ale je využívána delegace s aplikací odpovědnosti za řádný výběr osob a systémů. Pokud takovýto systém existuje a včas zareaguje, vychyluje se loajalita směrem k zvýšené ochraně věřitelů, tedy i na možný úkor distribuovatelného užitku, a současně se aktivují povinnosti aktivního odvracení rizika úpadku.

## 12.5 Úpadek hrozící

Loajalita se směrem k věřitelům znatelně a nejpozději vychýlí tehdy, pokud nastane úpadek hrozící (hrozící platební neschopnost). V takovém případě je ze zákona dána povinnost valnou hromadu svolat a navrhnout řešení, jak již zmíněno (povinně se k reakci volá residuální vlastník). Loajalita se v této fázi života korporace vyosuje, protože hranice mezi úpadkem hrozícím a úpadkem může být velmi subtilní a statutární orgán již navíc může podat insolvenční návrh, a tím spustit kolektivní (formální) insolvenční řízení. Platí rovněž, že pohledávky společníků plynoucí z jejich residuálního vlastnictví se v insolvenčním řízení zpravidla subordinují, tedy byť ještě úpadek nenastal, hrozí, a statutární orgán toto musí ve svých úvahách akcentovat.

---

313 Dostupné z: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1577515491685&uri=CELEX:32019L1023

314 SCHÖNFELD, J., KUDĚJ, M., SMRČKA, L. Finanční charakteristiky podniků před vyhlášením moratoria. *Politická ekonomie* 2019, 67(5):490-510. Praha. Dostupné také z: https://polek.vse.cz/artkey/pol-201905-0003_financni-charakteristiky-podniku-pred-vyhlasenim-moratoria.php?back=/magno/pol/2019/mn5.php?secid=1 [cit. 27.12.2019].

315 Srov. např. široký pohled In SHENKOVÁ, K., LASÁK, J. a kol. *Compliance v podnikové praxi*. Praha: C. H. Beck, 2017.

Hrozící úpadek však není úpadkem a není tak založena povinnost podat insolvenční návrh, resp. jinak aktivovat insolvenční řízení. I nadále tak svou roli hraje nejen statutární orgán, ale také valná hromada, resp. společníci. I v této fázi života společnosti je to korporace, v širším smyslu, kdo rozhoduje o tom, jaké řešení a kdy bude použito, případně zda se korporace sama dobrovolně nevydá cestou insolvenčního řízení. Platí ale také, že věřitelé, zejména ti bankovní, jsou v této fázi v korporaci již aktivní a často aktivují různé smluvně předvídané procesy a kroky, včetně možné akcelerace dluhu apod. (přesun dlužníků do *work-out*). Svoboda korporace rozhodovat o dalším jejím jednání tak v mnohém naráží na očekávání investorů a zpravidla na problém nedostatečného *cash-flow*. Proto se v této době uzavírají různé formy dohod s klíčovými věřiteli a za účasti společníků (*standstill agreement, lock-up agreement* apod.), které jsou sice vždy výsledkem volního rozhodnutí korporace a jejích orgánů, nicméně manévrovací prostor se již velmi zužuje. Prakticky se v těchto časech nacházíme v neformálních restrukturalizacích, jak je předjímá zmíněná směrnice, tedy v procesech, které nenesou difamační rizika úpadku, ale vykazují již některé znaky insolvenčního řízení (tzv. *pre-pack approach* či *corporate rescue*, srov. také např. britskou regulaci *Scheme of Arrangement*[316] apod.). Samozřejmě, že tyto procesy jsou k využití pouze tehdy, pokud korporace má potenciál pro restrukturalizaci – životaschopnost (umístitelný výrok či službu, dostatek kapacit, nezastaralé prostředky apod.). Systémové selhání dlužníka takto zpravidla řešit nelze.

## 12.6 Mezera v krytí coby obrana proti formálnímu insolvenčnímu řízení

Po německém vzoru[317] se pro předběžné, resp. mezitímní fáze krize korporace do českého práva zakomponovala mezera v krytí. Do systému tak byla zavedena domněnka, prostřednictvím které lze vyvrátit jinak splněné předpoklady pro platební neschopnost. Slovy zákona: „Má se za to, že dlužník, který je podnikatelem a vede účetnictví, je schopen plnit své peněžité závazky, jestliže rozdíl mezi výší jeho splatných peněžitých závazků a výší jeho disponibilních prostředků (dále jen ‚mezera krytí‘) stanovený ve výkazu stavu likvidity podle prováděcího právního předpisu představuje méně než desetinu výše jeho splatných peněžitých závazků,

[316] V detailu srov. např. XIE, B. *Comparative Insolvency Law. The Pre-pack Approach in Corporate Rescue.* Cheltenham: Edward Elgar, 2016, s.23 a násl., nebo FINCH, V. *Corporate Insolvency Law*. Cambridge: CUP, 2002, s. 219 a násl.

[317] Srov. metodiku Institutu auditorů (Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland E.V. – IDW) pro posuzování existence důvodu pro zahájení insolvenčního řízení, (tzv. IDW S 11 – https://www.idw.de/idw/idw-aktuell/idw-s-11-zur-insolvenzreife-ergaenzt/99362) – viz také Entwurf eines IDW Standards: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW ES 11), https://www.hoeher-consulting.de/wp-content/uploads/2015/02/Entwurf-IDW-Standard-Insolvenzer%C3%B6ffnungsgr%C3%BCnde-ES11.pdf

anebo pokud výhled vývoje likvidity sestavený podle prováděcího právního předpisu osvědčuje, že mezera krytí klesne v období, na které se výhled vývoje likvidity sestavuje, pod jednu desetinu výše jeho splatných peněžitých závazků. Výkaz stavu likvidity anebo výhled vývoje likvidity musí být sestavené v souladu s požadavky, které stanoví prováděcí právní předpis, auditorem, znalcem nebo osobou, která se zabývá ekonomickým poradenstvím v oblasti insolvencí a restrukturalizací a splňuje požadavky stanovené prováděcím právním předpisem."

Z pohledu povinností statutárního orgánu je zjevné, že nová právní úprava přináší dvě základní změny. Předně je možné se bránit podanému insolvenčnímu návrhu věřitele, tedy reagovat na „nepřátelsky" aktivované insolvenční řízení. Lhůty pro tento způsob obrany jsou velmi krátké, do 30 dnů od podání insolvenčního návrhu, a praktická zkušenost s tímto krokem je zatím minimální, je-li vůbec nějaká. Daleko větší roli hraje proto nová právní úprava dovnitř korporace, protože statutární orgán, který zjistí splnění předpokladů pro platební neschopnost má povinnost podat insolvenční návrh, ledaže bude mít za prokázané a výkazem likvidity doložené, že je dána mezera v krytí. Prakticky se tento proces využívá více a je součástí standardu péče zvážit, zda korporace není v mezeře krytí, byť s tím, že prvotní úvahu si musí udělat statutární orgán, aby případně nedůvodně nesnižoval majetek korporace tím, že nechá vyhotovit zbytečný a nákladný výkaz stavu likvidity.

Podobnou roli může hrát rovněž pravidlo o druhotné platební neschopnosti, tedy o situaci, kdy je korporace v platební neschopnosti jen proto, že jí její dlužníci řádně a včas neplatí jejich dluhy. Je samozřejmě věcí právního řádu, zda tuto eventualitu obrany proti prohlášení úpadku zná, nicméně její součástí je rovněž úvaha statutárního orgánu o tom, zda je tento stav pouze přechodný a zda jsou schopnosti dlužníků plnit dluhy reálné. I zde se tak již zkoumá odlesk toho, co později v rámci testu předlužení označujeme za běžící podnik.

Právní řády rovněž nabízejí formálnější míru ochrany životaschopného dlužníka, např. moratorium, jak ho zná české právo. Takovéto mechanismy, ve zmíněné směrnici označované např. jako *stay*, stojí na předpokladu ochrany poctivého dlužníka proti negativním rizikům kolektivní akce věřitelů a jejich individuálních zájmů. Ochrana proti věřitelům tak může nabídnout silnou podporu restrukturalizace nebo následně insolvenční sanace při zachování provozu podniku. Optikou statutárního orgánu je třeba říci, že možnost požádání o ochranu proti věřitelům musí být vždy zvážena a současně, že v jejím průběhu je sice dlužník chráněn proti úpadku, ale statutární orgán musí sledovat zájem věřitelů a sanace v rozsahu plánu, který věřitelům předložil a který mu schválili. Jeho loajalita tak sice nesleduje přímo na věřitele, ale míří na sanační plán, který jejich zájem v mnohém sleduje (typicky navíc subordinuje společníky apod.).

Asi má smysl zdůraznit, že aktivní odvracení úpadku je, ač to není stanovováno výslovně, imanentní součástí standardů péče při správě cizího majetku, protože pasivita v reakci úpadek neodvrátí. Ostatně proto na selhání při předpokládaném odvracení úpadku reaguje cela řada navazujících pravidel, ať již z oblasti civilního deliktního práva, tak z oblasti práva trestního. Navíc, pokud nastane úpadek

samotného správce, zpravidla to vede k tomu, že jeho správa zaniká (tak např. v regulaci české správy cizího majetku).

## 12.7 Úpadek

Mnohdy je složité dojít k závěru, zda nastal úpadek, resp. od sebe odlišit hospodářské problémy, hrozící úpadek a úpadek.[318] Právní regulace nicméně zpravidla výslovně regulují test likvidity *(cash-flow)* a *balance sheet* test s tím, že tyto dvě formy úpadku se znatelně odlišují. Zatímco platební neschopnost (*cash flow* test) stojí na statickém zjištění aktuálního stavu splatných dluhů (s výjimkou pro mezeru v krytí), předlužení (*balance sheet* test) předpokládá nejen zohlednění i nesplatných dluhů, ale také požaduje, aby byla zjišťována hodnota běžícího podniku. Oba testy sice přepokládají na straně statutárního orgánu aktivní zjišťování, nicméně je patrno, že zjištění toho, zda je zde možný běžící životaschopný podnik, při jehož provozu se případné předlužení odvrátí, resp. ve skutečnosti nebude existovat, je mnohem složitější. Statutární orgán zde však musí aplikovat takový standard péče a stupeň loajality, aby bylo zřejmé, že rizika vidí a správně je vyhodnocuje. Pokud nebude schopen předpoklady úpadku vyvrátit, musí bez zbytečného odkladu podat insolvenční návrh nebo jinak zahájit formální insolvenční řízení.

Ačkoliv např. český insolvenční zákon odlišuje dosti jednoznačně úpadek pro platební neschopnost a úpadek pro předlužení, jejich judikatorní vymezení hranice mezi nimi částečně rozmazalo. Bylo zejména judikováno, že „… věřitel, jenž svou pohledávku vůči dlužníku může vzhledem k majetkovým poměrům dlužníka bez obtíží vydobýt výkonem rozhodnutí (exekucí), nemůže uspět s návrhem na prohlášení konkursu na majetek dlužníka. Je-li takový návrh přesto podán, musí být zamítnut.“[319] a později „Jestliže se […] odvolací soud odmítl zabývat námitkou dlužnice, která se bránila tvrzením, že její majetek postačuje k úhradě jejích splatných závazků, je jeho rozhodnutí v rozporu s výše označenou judikaturou Nejvyššího soudu, především s R 83/2012. Odvolací soud se mylně domnívá, že obrana dlužnice, která argumentuje hodnotou svého majetku, má své místo jen při posuzování úpadku ve formě předlužení (§ 3 odst. 3 insolvenčního zákona), přičemž však pomíjí, že tato obrana může být úspěšná i při posuzování úpadku ve formě platební neschopnosti…“.[320] Ač byly soudní závěry silně kritizovány,[321] osobně mám za to, že jsou obhajitelné, protože kladou důraz na upřednostnění individuálních nároků

[318] Např. zmíněná směrnice pro předúpadkovou situaci používá promiskuitně řadu pojmů – *financial difficulties, limiting unnecessary liquidation of viable enterprises, before default, likelihood of insolvency, preventing the insolvency / avoiding the insolvency*.

[319] Usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 29 Cdo 4462/2011 ze dne 26. 1. 2012.

[320] Usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 29 NSČR 119/2014 ze dne 15. 12. 2014.

[321] Zejména ALEXANDER, J. Kdo padá a kdo upadá – k posuzování úpadku dle insolvenčního zákona. *Právní rozhledy*. 2015, č. 12, s. 439 a násl., nebo RICHTER, T. Úpadek pro platební neschopnost v judikatuře Nejvyššího soudu – kritické zhodnocení. *Bulletin advokacie*. 2016, č. 10.

v exekuci tehdy, je-li zde distribuovatelný majetek – soud tedy uvažuje v rovině, která nespustí kolektivní řízení tehdy, je-li prostor pro individuální uspokojení. Tento přístup je podle mého názoru vhodný a snižuje transakční náklady jinak spojené s kolektivním řízením.

## 12.8 Řešení krize

V rámci možných řešení krize je třeba zkoumat, v jaké fázi krize se korporace nachází, protože to pak určuje nástroje řešení. Možná řešení jsou předběžná, restrukturalizační, konkurzní a sanační. Všechny obsahují řadu dalších modalit a čerpají zejména z práva smluvního a korporačního, v konečné fázi pak insolvenčního. Kromě výše zmíněných možných řešení lze uvažovat např. o snižování nákladů, prodeji nepotřebného majetku, restrukturalizaci výroby, o koncernové podpoře (včetně *letter of comfort*, záruk apod.), posílení vlastního kapitálu společníky apod. Samozřejmě vždy je při využívaných řešeních potřeba ctít zásadu *pari passu* zacházení s věřiteli a současně nesmí být nikdo nedůvodně zvýhodňován či poškozován. Mnohdy je klíčovou tezí podpory podpora koncernová, což nicméně přináší možná následná omezení např. při výkonu hlasovacího práva věřitelů v insolvenčním řízení. I zde hraje stěžejní roli stále statutární orgán, ale je logické, že koncernová sanace musí přinést také případnou ochranu statutárnímu orgánu, proto se využívají i koncernové pokyny apod.

Hranice možným dohodám s věřiteli, protože je logické, že bez nich žádná konsensuální sanace neproběhne, dává také právo korporační. Svého času bylo v českém právu dosti diskutováno, kde jsou hranice obhajitelného vlivu věřitele a kde již řízení, což následně částečně posunula i dikce zákona o obchodních korporacích.[322] Lze nicméně říci, že možnost, aby se věřitel dostal svým vlivem na dlužníka pod právní regulaci vlivných osob, dána je, a je třeba to mít na paměti. Tento limit pak ukazuje další možné posuny v loajalitě, protože pokud by statutární orgán příliš zohledňoval zájmy věřitele či věřitelů, může dojít nejen k tomu, že je bude zvýhodňovat, ale také k tomu, že schválí řešení, které bude nedůvodně na úkor korporace samé, resp. jejích společníků.

## 12.9 Závěrem

Z popsaných úvah myslím plyne, že korporace je živý organismus, který podléhá řadě externích a interních vlivů, což spoluurčuje pravidla pro správu cizího majetku. Statutární orgán korporace coby správce cizího majetku vždy musí své povinnost

[322] Srov. přehled názorů In HAVEL, B. Věřitel coby vlivná osoba (aneb vliv není totéž co být pod vlivem). In *XXIV. Karlovarské právnické dny*, 2016, s. 522 a násl.

plnit řádně a loajálně, což současně ale neříká, že vždy stejně. Standard péče je volatilní, obsahově se mění podle struktury samotné korporace a podle fáze jejího života – je proto součástí péče reagovat na hospodářské problémy, odvracet hrozící úpadek, navrhovat řešení a současně vytvořit takové mechanismy včasného varování, aby bylo možné krizi předejít nebo ji racionálně zvládnout.

Loajalita coby prevence proti morálnímu selhání není volatilní tolik co standard péče, byť i ona předpokládá „nezbytný", nikoliv absolutní stupeň. Kouzlo loajality ale není v jejím otevřeném obsahu, ale v jejím vychylování se podle toho, čí zájem má být sledován. Ačkoliv primárním účelem korporace je dosažení rozdělitelných užitků, cesta k dělení předpokládá kontinuální plnění průběžných povinností vůči věřitelům a dalším osobám. Statutární orgán stojí na úsečce, kdy se jeho loajalita k věřitelům zvyšuje, čím více se blíží k formálnímu úpadku, a naopak se vrací ke společníkům a korporaci, pokud vše probíhá, jak má.

Péče řádného hospodáře je otevřenou texturou. Známe její hranice, ale také víme, že její obsah není striktní, je tekutý a variabilní. Pokud však již úpadek nastane, nastupují pravidla insolvenčního řízení, společný zájem věřitelů a zpravidla insolvenční správce s povinnou odbornou péčí.