

**Legal Due diligence**

**I. Vývoj ekonomiky**

Akvizice a převzetí mění kulturu podnikání nejen v Evropě, ale v celém světě – nepřátelské, ale i chtěné fúze jsou symbolem doby. Během roku 1999 došlo k významným změnám v řadě průmyslových oborů, které jsou charakteristickým rysem konsolidace nejenom na starém kontinentu. Počátkem roku 1999 byly firmy Deutsche Telekom a France Telekom partnery. Telecom Italia právě získal nového šéfa a britský Vodafone pracoval s německým konkurentem, firmou Mannesmann, na vytvoření společného podniku, který měl působit ve Spolkové republice Německo. Po uplynutí 12 měsíců skončil Deutsche Telekom se svým bývalým francouzským partnerem u obchodního soudu. Telecom Italia byl převzat mnohem menším rivalem, firmou Olivetti. Vodafone vstoupil do nepřátelského boje o Mannesmann. Bitva o strategické pozice na evropském trhu stále trvá. Rok 1999 se pro Evropu stal historicky nejrušnějším obdobím z pohledu nevyžádaných převzetí. Nepřátelských útoků bylo podle údajů zveřejněných Thomson Financial Securities celkem 49, přičemž celková hodnota nabídek dosáhla rekordních 469,6 miliardy dolarů. Rapidní nárůst byl způsoben hlavně zavedením jednotné evropské měny. Evropa tak dohání vlnu konsolidace a globalizace, která začala v USA. Předběžné údaje všech fúzí v loňském roce včetně přátelských spojení hovoří o částce přes jeden bilión dolarů. Situace je taková, že i velmi významný hráč se může stát cílem útoku.

Ale i v ryzě českých poměrech bez dotčení zahraničního kapitálu dochází k fúzím. Pravomocným rozhodnutím povolil v první polovině února 2000 Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (ÚOHS) spojení podniků Hamé, a.s. Babice s uherskohradištskou firmou OTMA-SLOKO, s.r.o. a kunovickou a.s. OTMA-Slovácká Fruta. Spojované podniky dodávají své výrobky na území celé ČR a kolem čtvrtiny produkce exportují.

**II. Právo omezení soutěže v České republice**

Pramenem úpravy v České republice je zákon č. 63/1991 Sb., o ochranně hospodářské soutěže, ve znění jeho pozdějších předpisů, který je ovlivněn právem Evropských společenství. Právo proti omezením soutěže směřuje především proti tomu, aby některý soutěžitel sám nebo někteří soutěžitelé společně ovládli trh nebo jeho část, aby zneužívali své dominantní postavení na trhu nebo aby uzavírali dohody nebo činili jiné úkony směřující k vyloučení nebo omezení hospodářské soutěže. Omezení soutěže má také často za následek její zkrácení. Právo zde tedy uměle brání účastníkům soutěže v růstu jejich hospodářské síly nebo ve využívání této síly, uměle brání společnému postupu soutěžitelů, protože chrání zachování funkce hospodářské soutěže. Nepochybně prokázání škodlivosti monopolního (a to nejen ekonomického) mělo za následek přesun aktivity moderního státu právě k cílevědomé ochraně hospodářské soutěže.

**K vlastnímu pojmu si dovoluji poznamenat následující:**

Co je to akvizice nám říká Slovník cizích slov, který akvizici charakterizuje v obchodním smyslu buď jako získávání nových zákazníků osobním vyhledáváním (např. u pojišťovny) nebo jako novou věc nebo osobu; přírůstek.

Akvírovat naproti tomu je něco získávat či získat a to ve smyslu dokonavém i nedokonavém.

Co předchází podnikatelskému záměru fúze, co je podkladem pro stanovení ceny, jaká rizika sebou celá transakce přináší, jaké společensko-právní, pracovněprávní a správní změny tato akce sleduje, proč dochází ke spojení. Jaký typ spojení zvolit, co je nejlepší právní forma po fúzi. Tyto a řada jiných otázek vyplouvají na povrch v souvislosti s těmito podnikatelskými záměry.

### III. Pojem Due diligence

Rozhodnutí o vstupu do obchodních vztahů a uzavírání smluv je poznamenáno nedostatečnými a neúplnými informacemi. Neúplnost informací se na jedné straně vztahuje na asymetrické rozdělení informací mezi smluvními stranami a na straně druhé na nejistotu týkající se budoucího vývoje. Právě stav neúplných informací vyvolává informační aktivity. V případě, že jdou tyto iniciativy ze strany nabídky, tzn. zprostředkování kvality nabídky či schopnosti plnění předmětu smlouvy, jedná se o přenos stávajících informací (signaling). Na druhé straně jedná-li se o zpracování stávajících informací a obstarávání dalších informací o předmětu smlouvy, jde o (screening). V tomto případě se kupující snaží o snížení neúplnosti informací o předmětu smlouvy. V tomto smyslu může vést provedení Due diligence ke kombinovanému nasazení obou výše uvedených směrů. Přenosu informací ze strany prodávajícího a zpracování a doplnění informací ze strany kupujícího. Důvodem k provedení vlastního Due diligence je potencionální možnost vzniku smluvního vztahu mezi dvěma a více smluvními stranami. Za smluvní vztah se přitom považuje podílení se na podniku koupí akcií, poskytnutí úvěru ze strany banky nebo koupě obchodních podílů společnosti či jen koupě podniku nebo jeho části.

Pojem Due diligence pochází z USA a tamní praxi uzavírání smluv. V překladu můžeme hovořit o „pečlivém naplnění v obchodním styku potřebné péče“ a definuje tak určité měřítko řádné péče při uzavírání obchodních transakcí. Velmi důležitá oblast užití celého procesu Due diligence je příprava podnikatelských akvizicí.

#### **Z řady definic je možné shrnout následující:**

Při Due diligence se jedná o analýzu a přezkoumání, které slouží jako informace pro přípravu a plánování zamýšlené obchodní transakce – většinou koupě podniku, která je potom rozhodující pro závěrečné rozhodnutí.

Due diligence obsahuje aktivity při získávání informací ke zvýšení kvality rozhodování tím, že pojmenovává šance a rizika na hospodářské a právní úrovni.

Na rozdíl od angloamerického pojetí, které chápe tento proces hlavně jako jakési zproštění důkazní povinnosti, bývá v Evropě Due diligence chápáno jako kontrola před vlastním převzetím nebo koupí.

Due diligence se objevuje všude tam, kde dvě a více strany zamýšlejí uzavřít smluvní vztah, ve kterém nejsou rovnoměrně rozděleny informace o aktuálním stavu a možných rizicích. S podobným procesem kontroly se setkáváme také u auditorů nebo při kontrole bonity klienta, který žádá o poskytnutí úvěru. Podle předpokládaného záměru a druhu investice se proto setkáváme s řadou různých prověrek nebo specificky zaměřených kontrol, které se potom dle obsahu kontrolovaného materiálu dělí na různá odvětví:

- *financial due diligence,*
- *legal due diligence,*
- *management due diligence,*
- *human resources due diligence,*
- *market due diligence,*

- *environmetal due diligence,*
- *insurance due diligence.*

Vedle obecné informace o podniku, jeho historickém vývoji, řídicí složce a všeobecných datech (obrat, roční uzávěrky či plán na příští období) je třeba vědět, jakým směrem se má od počátku kontrola ubírat, a kde má být základ vlastního zkoumání.

#### **IV. Důvody a druhy akvizic**

Při strukturování koupě resp. prodeje podniku se národně i mezinárodně rozlišuje mezi Share Deal (koupě obchodního podílu) a Asset Deal (koupě jednotlivých věcí a práv).

##### **1. Share Deal**

V případě tohoto způsobu se jedná o zcizení podniku cestou převodu obchodního podílu nositele práv a povinností. Převod aktiv a pasiv zvláště zde není na místě, neboť se zde nejedná o žádné právní nástupnictví a nositelem zůstává společnost.

Smlouva o převodu obchodního podílu je zvláštním smluvním typem a o převodu obchodního podílu tedy nelze uzavřít ani kupní smlouvu, ani smlouvu darovací; použít nelze ani smlouvu nepojmenovanou dle § 269 odst. 2 obchodního zákoníku. Z ustanovení § 115 odst. 1 a 2 obchodního zákoníku vyplývá, že smlouvu o převodu obchodního podílu lze použít jak k převodu mezi společníky, tak k převodu na třetí osobu.

##### **2. Asset Deal**

Zde se jedná o zcizení podniku jako celku, a to jako souboru vymezených práv a povinností. Podnik je v tomto případě oddělen od původního nositele a novým nositelem práv a povinností se stává nabyvatel.

Úprava smlouvy o prodeji podniku je v mnoha směrech významnou složkou obchodního zákoníku. Jednak je důležitou návazností na § 5 obchodního zákoníku definující pojem podniku po roce 1989 zcela nově a odlišně, jednak souvisí velmi úzce, jakkoli na to neukazuje její systematické zařazení, s právem obchodních společností a zejména s úpravou jejich transformací - sloučení, splynutí, rozdělení, změn právní formy. Stejného ekonomického cíle je totiž možno často dosáhnout např. prodejem akcií společnosti nebo prodejem podniku.

To vede až k důsledku, že se můžeme v zahraničních příručkách setkat se zjednodušením určeným praktickým podnikatelům, uvádějícím jako ekvivalentní prostředek prodej podniku pro individuální podniky a prodej akcií nebo podílů pro obchodní společnost. Potvrzuje to i skutečnost, že německý transformační zákon, upravující sloučení, splynutí, rozdělení a přeměny právní formy společností, upravuje rovněž operaci, která odpovídá našemu prodeji podniku. Lze proto předpokládat, že i u nás se právní úprava prodeje podniku postupně přiblíží úpravě sloučení obchodních společností.

Smlouva o prodeji podniku má určité specifické vlastnosti, které si vynucují zvláštnosti právní úpravy.

#### **V. Cíl a účel provedení due diligence**

Základním účelem je celého procesu je nejdříve překonat výše zmíněnou asymetrii informací mezi prodávajícím a kupujícím. Poskytnutí informací oběma stranám je důležité nejen pro hospodářsko-ekonomické posouzení celého podnikatelského subjektu a zamýšlené transakce, ale i pro vlastní právní vypracování smlouvy – včetně stanovení obsahu a objemu záruk a zajištění. Hlavní důraz na získání informací je samozřejmě na kupujícím a

prodávající má zájem diferencovaný. Prodávající si uvědomuje, že zveřejnění tajných nebo utajovaných skutečností může vést k jeho poškození a přerušení celého kontraktačního procesu. Na druhé straně dojde-li ovšem k uzavření smlouvy je třeba vidět jasnou spojnici mezi cenou a poskytnutými garancemi ze zjištěných skutečností.

Pro zkoumání a prověřování výše uvedených specifik se upravují i tzv. Checklisten. Tedy seznamy potřebných údajů, dokumentů a podkladů pro stanovení výsledku zkoumání. Tyto seznamy bývají ve zkrácené verzi předkládány prodávající straně, aby mohla tato připravit potřebné materiály. Obecně se jedná jednak o základní informace o podniku a podnikatelském subjektu včetně vlastnických vztahů. Dále je předmětem zkoumání živnostenské oprávnění či jiná povolení potřebná pro podnikání společnosti. Finanční situace, půjčky a poskytnuté záruky jako další.

Jak již bylo výše zmíněno právní neboli Legal Due diligence je pouze jednou částí celého procesu kontroly a zkoumání. Někdy se mu přiřazuje nejdůležitější pozice. Dle mého názoru je ovšem pevně spjata s ostatními kontrolami směru ekonomického, daňového a podnikového poradenství a samo osobě nemá tak jednoznačnou vypovídací schopnost o předmětu zkoumání jako ve spojení s ostatními. Není ale zase možné říci, že podrobení podniku nebo společnosti kontrole ze strany nezávislých poradců, právníků, auditorů a daňových poradců je absolutní zárukou ke zdárnému naplnění celého investičního cíle. Jestli se nakonec naplní všechny představy, tak jak byly předem naplánovány je otázkou, na kterou není nikdo schopný dát zcela bezpodmínečnou odpověď. Provedení Due diligence je ale možností, jak se právě této jednoznačné odpovědi přiblížit.

Mgr. Robert Tschöpl

#### **Použitá literatura a odkazy:**

- 1 / Pelikánová a kolektiv: Obchodní právo, Hugo Grotius a.s., Praha 1994, odst. 1315
- 2 / Slovník cizích slov, SPN n.p., Praha 1983
- 3 / Torggler, Hellwig/Homann, Alexander: Kauf und Verkauf von Unternehmungen, Wien, Wirtschaftsverlag Orac 1993, str. 65
- 4 / Literatura ASPI, č. 10070
- 5 / Wollny, Paul: Unternehmens- und Praxisübertragungen, 4. Auflage, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, Berlin 1996, str. 209
- 6 / Berens, Wolfgang/Delfmann, Werner: Quantitative Planung, 2. Auflage, Schäffer-Poeschel Verlag, Stuttgart 1995, oddíl 4.1 - 4.3
- 7 / Hartmann, Bernhard: Angewandte Betriebsanalyse, 3. Auflage, Haufe, Freiburg im Breisgau, 1985
- 8 / Lück, Wolfgang/Knetsch, Katja: Zur Haftung des wirtschaftsprüfenden Berufsstandes in den USA, Der Betrieb, 18/1992, str. 901-906
- 9 / Binder, Peter M./Lanz Rudolf: „Due Diligence“: Systematisches und professionelles Instrument für erfolgreiche Firmen-Akquisitionen, INDEX, 4-5/1993, str. 15-20
- 10 / Berens Wolfgang/Brauner Hans U.: Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen,

2. Auflage, Schtaffer-Poeschel Verlag, Stuttgart, 1999