



Fúze a akvizice (8)

JUDr. Ivan Telecký, Ph.D.

Mgr. Petr Suchý

Osnova semináře

Kupní smlouva při akvizičních transakcích (SPA):

1. Odpovědnost prodávajícího a její omezení (2. část)

2. Specifická ujednání

Smlouva o úschově / smlouva o vázaném účtu pro vypořádání kupní ceny

Kupní smlouva (SPA)

Odpovědnost prodávajícího a její omezení (2. část)

SPA – Odpovědnost prodávajícího a její omezení

Odpovědnost z SPA

- **Standardní koncepce odpovědnosti z SPA:**
 - Prohlášení a záruky prodávajícího („Representations („Reps.“) & Warranties“ / „R&W“):
 - Ohledně kvalit (vlastností) prodávajícího, podílu/akcií a Targetu samotného
 - Odpovědnost za vady nebo za škodu (z porušení R&W)
 - Omezení odpovědnosti
- **Specifická odškodnění (indemnities)**
- **Jiná porušení SPA a odpovědnost (obecnější)**
- **Obvykle rovněž prohlášení a záruky kupujícího:**
 - Ohledně jeho právního a finančního postavení ve vztahu k plnění SPA
 - Povinnost uvést skutečnost (a prodávajícího) do stavu v souladu s R&W kupujícího, jinak odpovědnost za škodu

SPA – Odpovědnost prodávajícího a její omezení

Zákonný rámec – občanský zákoník

§ 1914 (2) Je-li splněno vadně, má příjemce práva z vadného plnění.

§ 1916

(1) Dlužník plní vadně, zejména

- a)** poskytne-li předmět plnění, který nemá stanovené nebo ujednané vlastnosti,
- b)** neupozorní-li na vady, které předmět plnění má, ač se při takovém předmětu obvykle nevyskytují,
- c)** ujistí-li věřitele v rozporu se skutečností, že předmět plnění nemá žádné vady, anebo že se věc hodí k určitému užívání, nebo
- d)** zcizí-li cizí věc neoprávněně jako svoji.

(2) K projevu vůle, kterým zcizitel předem omezí zákonný rozsah svých povinností z vadného plnění, se nepřihlíží. Vzdá-li se nabyvatel předem svého práva z vadného plnění, vyžaduje projev jeho vůle písemnou formu.

§ 1917

Je-li vada nápadná a zřejmá již při uzavírání smlouvy nebo lze-li vadu zjistit z veřejného seznamu, jde k tíži nabyvatele. To neplatí, pokud zcizitel vadu lstivě zastřel nebo pokud nabyvatele výslovně ujistil, že věc takovou vadu nemá nebo že je vůbec bez vad.

§ 1918

Přenechá-li se věc jak stojí a leží (úhrnkem), jdou její vady k tíži nabyvatele. To neplatí, nemá-li věc vlastnost, o níž zcizitel prohlásil, že ji má, nebo již si nabyvatel vymínil.

SPA – Odpovědnost prodávajícího a její omezení

Zákonný rámec – občanský zákoník

§ 1920

- (1)** Předmět plnění má právní vadu, pokud k němu uplatňuje právo třetí osoba, ledaže o takovém omezení nabyvatel věděl nebo musel vědět. V takovém případě to nabyvatel oznámí bez zbytečného odkladu zciziteli.
- (2)** Kdo na sebe převedl právo k předmětu, o kterém ví, že zciziteli nepatří nebo že zcizitel není oprávněn takové právo zřídit, nemá právo z této vady.

§ 1921

- (1)** Nabyvatel může právo z vadného plnění uplatnit u soudu, vytkl-li vadu zciziteli bez zbytečného odkladu poté, kdy měl možnost věc prohlédnout a vadu zjistit, a to buď označením vady nebo oznámením, jak se projevuje. Vadu lze vytknout do šesti měsíců od převzetí předmětu plnění.
- (2)** Vadu krytou zárukou musí nabyvatel vytknout zciziteli bez zbytečného odkladu poté, kdy měl možnost předmět plnění prohlédnout a vadu zjistit, nejpozději však v reklamační lhůtě určené délkou záruční doby. Tím není dotčen odstavec 1.
- (3)** Nevytkl-li nabyvatel vadu včas a namítne-li zcizitel opožděné vytknutí, soud nabyvateli právo nepřizná. To neplatí, pokud je vada důsledkem skutečnosti, o které zcizitel při předání věděl nebo musel vědět.

SPA – Odpovědnost prodávajícího a její omezení

Zákonný rámec – občanský zákoník

§ 1922

(1) Jakmile nabyvatel zjistí vadu, oznámí to bez zbytečného odkladu zciziteli a předmět plnění zciziteli předá, nebo jej podle jeho pokynů uschová nebo s ním jinak vhodně naloží tak, aby vada mohla být přezkoumána. Jedná-li se o předmět podléhající rychlé zkáze, může jej nabyvatel po upozornění zcizitele bez prodlení prodat.

(2) Vytkl-li nabyvatel zciziteli vadu oprávněně, neběží lhůta pro uplatnění práv z vadného plnění ani záruční doba po dobu, po kterou nabyvatel nemůže vadný předmět užívat.

§ 1923

Je-li vada odstranitelná, může se nabyvatel domáhat buď opravy nebo doplnění toho, co chybí, anebo přiměřené slevy z ceny. Nelze-li vadu odstranit a nelze-li pro ni předmět řádně užívat, může nabyvatel buď odstoupit od smlouvy, anebo se domáhat přiměřené slevy z ceny.

§ 1924

Kdo má právo podle § 1923, náleží mu i náhrada nákladů účelně vynaložených při uplatnění tohoto práva. Neuplatní-li však právo na náhradu do jednoho měsíce po uplynutí lhůty, ve které je třeba vytknout vadu, soud právo nepřizná, pokud zcizitel namítne, že právo na náhradu nebylo uplatněno včas.

§ 1925

Právo z vadného plnění nevylučuje právo na náhradu škody; čeho však lze dosáhnout uplatněním práva z vadného plnění, toho se nelze domáhat z jiného právního důvodu.

SPA – Odpovědnost prodávajícího a její omezení

Zákonný rámec – občanský zákoník

Kupní smlouva – práva z vadného plnění

§ 2099

(1) Věc je vadná, nemá-li vlastnosti stanovené v § 2095 a 2096. Za vadu se považuje i plnění jiné věci. Za vadu se považují i vady v dokladech nutných pro užívání věci.

§ 2103

Kupující nemá práva z vadného plnění, jedná-li se o vadu, kterou musel s vynaložením obvyklé pozornosti poznat již při uzavření smlouvy. To neplatí, ujistil-li ho prodávající výslovně, že věc je bez vad, anebo zastřel-li vadu listivě.

§ 2106

(1) Je-li vadné plnění podstatným porušením smlouvy, má kupující právo

- a)** na odstranění vady dodáním nové věci bez vady nebo dodáním chybějící věci,
- b)** na odstranění vady opravou věci,
- c)** na přiměřenou slevu z kupní ceny, nebo
- d)** odstoupit od smlouvy.

§ 2107

(1) Je-li vadné plnění nepodstatným porušením smlouvy, má kupující právo na odstranění vady, anebo na přiměřenou slevu z kupní ceny.

SPA – Odpovědnost prodávajícího a její omezení

Judikatura

NS ČR, 29 Cdo 938/2012: *Převádí-li prodávající akcii obsahující všechny zákonem (a případně stanovami) stanovené náležitosti a bez právních vad, je třeba jeho plnění považovat zásadně za řádné, není-li stranami ujednáno něco jiného. **Lze si tak např. sjednat jako „vlastnost“ akcie i určité „vlastnosti“ podniku společnosti (emitenta akcie)**; předpokladem pro to, aby takové vlastnosti podniku společnosti bylo možné považovat za sjednané (vymíněné) vlastnosti akcie, je však právě odpovídající ujednání stran (srov. obdobně usnesení Nejvyššího soudu ze dne 26. října 2010, sp. zn. 29 Cdo 5452/2008, uveřejněné v časopise Soudní judikatura číslo 2, ročník 2012, pod číslem 20).*

NS ČR, 29 Cdo 1365/2013: *... pokud ve smlouvě žalobce učinil prohlášení týkající se majetkových a právních poměrů společnosti, zavázal se tím nabyvateli převést na něj akcie, které budou těmto prohlášením odpovídat. Jestliže smluvní strany pro případ, že se některá z prohlášení ukážou být nepravdivá, sjednaly smluvní pokutu a jestliže žalobce porušil svoji povinnost a na žalovaného převedl akcie společnosti, aniž by měly tvrzené „vlastnosti“, vznikla žalobci povinnost smluvní pokutu zaplatit.*

NS ČR, 29 Cdo 4851/2016: *Uvede-li totiž ve smlouvě jedna ze smluvních stran nepravdivé prohlášení, které je s to přivodit omyl druhé smluvní strany ohledně skutečnosti, jež je pro uskutečnění právního úkonu (uzavření smlouvy) rozhodující, je zpravidla třeba mít za to, že jedná-li druhá smluvní strana důvěřujíc takovému prohlášení, vyvinula obvyklou míru opatrnosti, aby se omylu vyhnula (ledaže by bylo již při uzavírání smlouvy s ohledem na okolnosti konkrétního případu zjevné, že takové prohlášení není pravdivé). Ve světle shora uvedeného je zřejmé, že závěr odvolacího soudu, podle něhož dovolatelka nepostupovala s obvyklou opatrností, a tak nešlo o omluvitelný omyl (a proto nebylo třeba zkoumat, zda šlo o omyl podstatný), není – v poměrech projednávané věci – správný.*

SPA – Odpovědnost prodávajícího a její omezení

Prohlášení a záruky v SPA

- Prohlášení (ne zcela dle § 1917 OZ) ohledně:
 - Právního a finančního postavení prodávajícího (obecně i ve vztahu k SPA)
 - Titulu k podílu / akciím Targetu a absence vad („Title warranties“ – užíváno i pro R&W ohledně klíčových aktiv Targetu)
 - Targetu (obecně i ve vztahu k SPA):
 - *Právního a finančního postavení (obecně i ve vztahu k SPA)*
 - *Majetek, majetková práva (vč. IP), stav majetku*
 - *Dceřiné společnosti, kapitálové a obdobné účasti, org. složky*
 - *Pohledávky a závazky*
 - *Smluvní aj. závazkové vztahy (zejm. absence „acceleration“ a „change of control, záruky, odškodnění)*
 - *Koncernové operace a transakce*
 - *Neexistence MAC (od skončení due diligence)*
 - *Právní a regulační compliance, oprávnění k podnikání*
 - *Soudní spory, správní řízení a šetření*
 - *Trestní odpovědnost právnických osob*
 - *Životní prostředí*
 - *Účetnictví a účetní závěrky*
 - *Daně*
 - *Finanční záležitosti, pojištění, granty a pobídky*
 - *Zaměstnanci a členové orgánů*
 - *Pravdivost informací poskytnutých kupujícímu*
 - *Transakční náklady*

SPA – Odpovědnost prodávajícího a její omezení

Prohlášení a záruky v SPA

Prohlášení se činí:

1. Ke dni podpisu SPA, a
2. Ke dni vypořádání transakce

(V mezidobí buď mají platit trvale, nebo ne)

Nejde o „záruku za jakost“ – změna stavu po vypořádání nemá následky

Proč „prohlášení a záruky“? Původ v anglickém právním systému:

- Nepravdivá prohlášení = deliktní odpovědnost
- Porušení záruk = odpovědnost za porušení smlouvy / závazku (vadné plnění)

V kontinentálním systému jde o **určení kvalit (vlastností) předmětu plnění prodávajícího dle SPA** – tj. nejpozději k okamžiku převodu (vypořádání)

Prohlášení jsou zpravidla dána objektivně (bez ohledu na subjektivní znalost prodávajícího), ale řada bývá dána i subjektivně – „dle vědomí prodávajícího“ (tzv. „knowledge qualifier“) – různé stupně

Výklad prohlášení jednotlivě (nezávisle), vyloučení jiných ujištění než dle SPA

SPA – Odpovědnost prodávajícího a její omezení

Prohlášení a záruky v SPA – odpovědnost prodávajícího

- **Povinnost zjednat nápravu** uvedením Targetu a/nebo kupujícího do postavení jako kdyby k porušení nedošlo
- **Finanční kompenzace:**
 - Koncepce 1: Sleva z kupní ceny pro vady (konzistentní s psaným právem), nebo
 - Koncepce 2: Náhrada škody (spíše pro indemnitu, zpravidla jen přímá)
 - Výpočet jako snížení hodnoty aktiv nebo zvýšení hodnoty pasiv Targetu, případně snížení hodnoty investice kupujícího
 - V obou případech řešit otázku vůči čemu skutečnost (odporující R&W) porovnávám?
A) hypotetický stav kdyby k porušení R&W nedošlo, nebo B) stanovím skutečnou hodnotu akvizice a porovnám s kupní cenou?
- **Odstoupení od SPA** (výjimečné – pokud vůbec, tak jen pro nezhojitelné absolutní vady „Title warranties“ výjimečně i další zásadní a jen po krátkou dobu po vypořádání)

SPA obvykle vylučuje veškeré ostatní nároky (tj. z obecného práva)

SPA – Odpovědnost prodávajícího a její omezení

Prohlášení a záruky v SPA – omezení odpovědnosti prodávajícího

- Prospěšné nejen pro prodávajícího – často umožňuje kupujícímu navrhnout přijatelný kompromis pro jinak neakceptovatelné R&W
- Standardní omezení odpovědnosti prodávajícího zahrnují:
 - Porušení musí nastat, nestačí že hrozí
 - Porušení napraveno v dané lhůtě
 - Kvantifikační (cap, de-minimis, basket, all or excess only)
 - Jiná než přímá škoda (při slevě z ceny dopad) – vyloučení následné š., ušlého zisku
 - V čase (uplatnění nároku, zahájení soudního sporu)
 - Odpovědnost či náhrada od třetí osoby (škůdce, pojišťovna)
 - Vyloučení dvojího postihu (zohlednění v ceně, rezervy v účetnictví, closing accounts, dřívější nárok)
 - Vyvážení jinou výhodou (např. daňové náklady/výnosy ve skupině)

SPA – Odpovědnost prodávajícího a její omezení

Prohlášení a záruky v SPA – omezení odpovědnosti prodávajícího

- Standardní omezení odpovědnosti prodávajícího zahrnují (pokračování):
 - Zanedbání či akce ze strany kupujícího
 - Změna práva, výkladu,
 - Znalost kupujícího včetně presumované znalosti (koncepte „Disclosed“ domněnky):
 - Dokumenty předané kupujícímu před podpisem, zejm. pro Due Diligence (Data room)
 - Transakční dokumenty (SPA apod.)
 - Veřejné rejstříky
 - Tzv. „Disclosure Letter“
 - Ale s výlukami („Disclosure Limitations“), např. zfalšované, nečitelné, nepůvodní dokumenty, nezjevné skutečnosti (neplatnost), absence dokumentu, ...

Kupní smlouva (SPA)

Specifická ujednání

SPA – Specifická ujednání

Non-Competition & Non-Solicitation

- Non-Competition:
 - Zákaz konkurenčního podnikání prodávajícího (a jím ovládaných nebo jinak propojených osob)
 - Často včetně zákazu zneužití good-will, know-how, ... Targetu
- Non-Solicitation:
 - Zákaz „lanařit“ zaměstnance a obchodní partnery
- Územní rozsah, časový rozsah, zúžení na jen určité činnosti
- Zajištění smluvní pokutou (obtížná prokazatelnost vzniklé škody kupujícímu)

§ 2975 OZ (Zakázaná konkurenční doložka)

(1) Neurčí-li se v ujednání zakazujícím jinému soutěžní činnost území, okruh činnosti nebo okruh osob, kterých se zákaz týká, ke konkurenční doložce se nepřihlíží.

(2) Zakazuje se konkurenční doložka ujednaná na neurčitou dobu nebo na dobu delší než pět let; poruší-li se zákaz, platí, že konkurenční doložka byla ujednána na pět let.

(3) Zakazuje se konkurenční doložka omezující zavázanou stranu více, než vyžaduje potřebná ochrana oprávněné strany; poruší-li se zákaz, může soud na návrh dotčené strany konkurenční doložku omezit, zrušit, nebo prohlásit za neplatnou.

K tomu NS v 29 Cdo 5943/2016 a 27 Cdo 1318/2017: konkurenční doložka obstojí, vymezuje-li alternativně buď určité území, anebo určený okruh osob na tomto území, na němž obchodní zástupce nesmí vykonávat (po určité dobu) činnost soutěžní povahy.

SPA – Specifická ujednání

Ostatní typická ujednání SPA

- Odstoupení (zpravidla jen porušení základních závazků – převést podíl/akcie a zaplatit cenu). Pokud je širší, vždy velmi časově omezené (riziko prodávajícího ohledně vývoje Targetu po změně vlastníka) § 2001 a násl., § 2106 a násl. OZ
- Doručování (včetně fikce doručení) § 573 OZ
- Net-of-tax (navýšení plateb o daně)
- Rozhodné právo a spory (často arbitráž, v našem prostředí Vídeň)
- Úplná dohoda (! ale provázanost na další transakční dokumenty) § 1727 – závislé smlouvy (např. SPA, Escrow a SHA)
- Oddělitelnost (Salvátorská klauzule) § 576 OZ
- Mlčenlivost a nezneužití informací, oznámení transakce (uvolnit kupujícího z omezení s nakládáním s informacemi cílové společnosti po vypořádání) § 1730 OZ
- Dodatky a trvání práv (nevykonání práva není „waiver“) § 564 – vyloučit jinou než písemnou formu
- Postoupení a zápočet jen dohodou § 1879 a násl., § 1895 a násl., § 1982 a násl. OZ
- Změna okolností § 1764 a násl. OZ
- Transakční náklady nese každá strana za sebe

Smlouva o úschově / smlouva o vázaném účtu pro vypořádání kupní ceny

Smlouva o úschově / smlouva o vázaném účtu pro vypořádání kupní ceny

- Výběr Escrow Agenta: notář, banka, advokát, třetí osoba (RK)
 - Escrow Agent / Administrátor
 - Složitel a Příjemce
- Podmínky převodu peněz do úschovy
 - Kdo převádí (kupující, třetí strana)
 - Kam převádí
 - Režim prostředků po dobu úschovy – vlastnictví, úrok
- Podmínky výplaty
 - Dokumentární podmínky – co nejpřesnější definice
 - Legal Opinion
 - Joint Instruction
- Odměna Escrow Agenta
- Long stop date
- Usnesení představenstva ČAK 7/2004 Věstníku

Zadání samostatné domácí práce

Zadání samostatné práce – téma I.

- Vyberte si jednu ze tří M&A smluv publikovaných v registru smluv:
 - <https://smlouvy.gov.cz/smlouva/6662599> (PVaK)
 - <https://smlouvy.gov.cz/smlouva/4051736> (Pražská teplárenská)
 - <https://smlouvy.gov.cz/smlouva/5499911> (SVaK)
- Analyzujte prohlášení prodávajícího a úpravu jeho odpovědnosti za jejich pravdivost a připravte vyjádření k následujícím otázkám:
 - zda pro nároky kupujícího vůči prodávajícímu z nepravdivosti prohlášení prodávajícího užívá smlouva koncepci škody nebo slevy z kupní ceny, případně jakou jinou, a z čeho tak vyplývá,
 - zda úprava omezení odpovědnosti prodávajícího za pravdivost jeho prohlášení obsahuje veškeré standardně užívané instituty, který ze standardních institutů případně absentuje a z čeho tak vyplývá.

termín odevzdání: nejpozději **do konce víkendu před následujícím seminářem** zaslat vypracovaný úkol emailem (PŘEDMĚT emailu: Volitelný předmět Fúze a akvizice, TO: psuchy@deloitteCE.com; ivan@telecky.legal)

Zadání samostatné práce – téma II.

- Vycházejte z hypotetické situace, kdy kupující kupuje jen 75% podíl v cílové společnosti s ručením omezeným a původní jediný společník (prodávající) zůstane po vypořádání transakce i nadále 25% společníkem cílové společnosti.
- V případech více společníků nejednajících ve shodě je obvyklé kromě úpravy jejich poměrů společenskou smlouvou uzavřít i tzv. Shareholders` Agreement - „SHA“ (někdy i „Joint-Venture Agreement“), kterým do budoucna sjednávají určitá pravidla fungování společné firmy.
- Navrhněte řešení tzv. „patových situací“, tj. situací, kdy pro rozhodnutí valné hromady vyžaduje společenská smlouva souhlas obou společníků a tito mají rozporná stanoviska, rozhodnutí tedy nelze přijmout a hrozí paralyzování chodu společnosti.
- Můžete navrhnout přímo znění ustanovení SHA nebo jen popsat principy řešení.
- Můžete se inspirovat zažitými řešeními, které najdete na internetu (např. „russian roulette“, „turkey shooting“, atd.), případně navrhnout řešení vlastní – nebojte se být inovativní i pokud si nejste jisti správností!
- termín odevzdání: nejpozději **do konce víkendu před následujícím seminářem** zaslat vypracovaný úkol emailem (PŘEDMĚT emailu: Volitelný předmět Fúze a akvizice, TO: psuchy@deloitteCE.com; ivan@telecky.legal)

Děkujeme za pozornost.