

DŮVODOVÁ ZPRÁVA

k návrhu zákona o finančním zajištění

A. OBECNÁ ČÁST

1. Důvod předložení

Název

Zákon č. ... /2010 Sb., o finančním zajištění.

Definice problému

Úprava finančního zajištění na komunitární úrovni má své počátky ve směrnici Evropského parlamentu a Rady 98/26/ES ze dne 19. května 1998 o neodvolatelnosti zúčtování v platebních systémech a v systémech vypořádání obchodů s cennými papíry (dále jen „směrnice o neodvolatelnosti vypořádání“ nebo „SFD“), která zakotvila v celém Evropském společenství jednotný právní rámec pro provozování platebních a vypořádacích systémů s neodvolatelností vypořádání. Aplikace uvedeného předpisu v praxi ukázala, že sjednocení pravidel výrazně přispělo k omezení rizik pramenících z rozdílných právních úprav členských států.

Po několika letech aplikace SFD v praxi se Komise ES po konzultaci s předními odborníky a příslušnými orgány členských států EU rozhodla navrhnout další legislativní opatření nad rámec působnosti směrnice o neodvolatelnosti vypořádání. Konkrétně se pozornost Komise ES zaměřila na dohody o finančním zajištění sjednávané na finančním trhu, jimiž se věřitelé zajišťují pro případ, že dlužníci svou povinnost z obchodů na finančním trhu včas a řádně nesplní. Důvodem byla skutečnost, že tento typ zajištění provází významný objem transakcí na finančních trzích, poskytnutím bankovního úvěru začínaje a vypořádáním obchodů v platebním systému konče. Tyto transakce mají ve většině případů mezinárodní povahu, finanční zajištění však upravovaly národní právní řády velmi rozdílně, což způsobovalo právní problémy.

Dne 6. června 2002 došlo proto k přijetí směrnice Evropského parlamentu a Rady o dohodách o finančním zajištění 2002/47/ES (dále jen „směrnice o finančním zajištění“ nebo „FCAD“), která sjednocuje právní pravidla pro poskytování finančního zajištění. FCAD zavedla jednotné podmínky pro určení právní povahy finančního zajištění, jeho sjednávání a vznik, jakož i způsoby uspokojení z předmětu, který zajišťuje (tzv. finanční kolaterál).

Hlavním cílem směrnice je dosáhnout větší integrace evropského finančního trhu zjednodušením pravidel pro sjednání zajištění a tím zvýšit právní jistotu smluvních stran a snížit jejich náklady na právní a jiné služby. Lhůta pro transpozici směrnice o finančním zajištění uplynula dne 27. prosince 2003. Do našeho právního řádu byla směrnice zapracována s účinností ke dni 29. září 2005 zákonem č. 377/2005 Sb., který do části třetí hlavy první dílu šestého zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, vložil oddíl šestý (§ 323a až 323i). Úprava byla dále novelizována zákonem č. 344/2007 Sb. s účinností ke dni 1. března 2008, který odstranil nepřesnosti, které vznikly při transpozici v roce 2005.

Úprava finančního zajištění byla na komunitární úrovni novelizována směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2009/44/ES ze dne 6. května 2009 (dále jen „novelizační směrnice“ nebo „směrnice 2009/44/ES“), která je také výchozím impulsem pro návrh nové právní úpravy finančního zajištění. Lhůta pro transpozici směrnice 2009/44/ES skončí dne 30. prosince 2010.

Novelizační směrnice zavádí nově možnost využít tzv. úvěrových pohledávek (tj. pohledávek z úvěru, půjčky nebo srovnatelného závazkového vztahu, kde se přenechávají či poskytují peněžní prostředky v české nebo jiné měně) jakožto finančního kolaterálu a upravuje s tím související otázky. Dále zpřesňuje výčet subjektů, které mohou finanční zajištění sjednat, a definici základních způsobů sjednání finančního zajištění.

Směrnice o finančním zajištění, jakož i novelizační směrnice, byly přijaty v režimu minimální harmonizace. Při jejich transpozici do národních právních řádů musí členské státy dodržet minimální úroveň ochrany, kterou směrnice zabezpečují. Mohou ale současně jít i nad tento minimální rámec, tedy přijmout vyšší úroveň ochrany.

Transpozice směrnice o finančním zajištění do českého práva dávala České republice prostor pro diskreci, a tedy i pro variantní analýzu jednotlivých dopadů, pokud se jedná o:

- Osobní působnost zákona – rozšíření výčtu osob oprávněných sjednat finanční zajištění o osoby neuvedené v čl. 1 odst. 2 písm. a) až d) FCAD (tj. osoby jiné než finanční instituce, stát, veřejnoprávní korporace, centrální banky a mezinárodní finanční instituce).
- Rozsah finančního kolaterálu - zúžení o:
 - (a) vlastní akcie poskytovatele nebo vlastní obdobné cenné papíry představující podíl na poskytovateli nebo akcie osob, které ovládají poskytovatele, jsou ovládány poskytovatelem nebo jsou ovládány stejnou osobou jako poskytovatel nebo obdobné cenné papíry představující podíl na takových osobách, nebo
 - (b) akcie nebo obdobné cenné papíry představující podíl na osobě, jejíž výhradní činností je držení výrobních prostředků nezbytných pro podnikání poskytovatele, nebo nabývání a zcizování nemovitostí, podzemních staveb, bytů nebo nebytových prostor nebo práv spojených s vlastnictvím těchto věcí.

V současné úpravě finančního zajištění, obsažené v obchodním zákoníku, nebylo těchto diskrecí využito. Vzhledem k revizi platné úpravy finančního zajištění bylo využití těchto diskrecí znovu zváženo a podrobeno analýze dopadů jednotlivých variantních řešení.

Novelizační směrnice umožňuje diskreci v těchto případech:

- Předmět finančního zajištění - zúžení o pohledávky ze spotřebitelských úvěrů a pohledávky za tzv. mikropodniky a malými podniky ve smyslu doporučení Komise 2003/361/ES ze dne 6. květně 2003 o definici mikropodniků, malých a středních podniků.
- Použití seznamu úvěrových pohledávek pro účely prokázání vzniku finančního zajištění dlužníkovi úvěrové pohledávky a třetím osobám.

Vzhledem k zapracování novelizační směrnice do českého právního řádu se jeví vhodné přistoupit ke zhodnocení stávající úpravy ve smyslu přesnější transpozice původní směrnice o finančním zajištění a odstranění jejích legislativně-technických, terminologických a systematických nedostatků. Rovněž současné řešení vztahu finančního zajištění k sektorovým předpisům, upravujícím insolvenční, vykonávací a exekuční řízení, vstup do likvidace a nucenou správu, ukazuje na opomenutí a omezení rozsahu smyslu a účelu FCAD.

Dotčené subjekty

Subjekty přímo dotčenými zaváděnou úpravou jsou osoby užívající finančního zajištění, které jsou označovány jako poskytovatel finančního kolaterálu a příjemce finančního kolaterálu.

V souladu se směrnicí o finančním zajištění a novelizační směrnicí budou benefitovat z režimu finančního zajištění:

- banka, spořitelni a úvěrní družstvo
- osoba mezi jejíž rozhodující činnost patří poskytování hypotečních, spotřebitelských nebo jiných úvěrů, finanční pronájem (finanční leasing), poskytování platebních služeb, vydávání elektronických peněz, provádění sekuritizace, vydávání záruk či sjednávání závazků spočívajících v tom, že uspokojí věřitele do výše určité peněžní částky, jestliže určitá třetí osoba nesplní určitý závazek nebo budou splněny jiné podmínky, směnářenská činnost, poskytování poradenské činnosti týkající se struktury kapitálu, průmyslové strategie a s tím souvisejících otázek, přeměn společností nebo převodů podniků, obhospodařování majetku třetích osob za úplatu na základě volné úvahy v rámci smluvního ujednání, nebo úschova nebo správa cenných papírů
- osoba, mezi jejíž rozhodující činnost patří obchodování na vlastní nebo cizí účet s platebními nástroji, devizovými hodnotami, investičními cennými papíry, opcemi, futures, jejichž hodnota se vztahuje ke kurzu nebo hodnotě cenných papírů, měnovým kurzům, úrokové míře nebo úrokovému výnosu, finančním indexům či finančním kvantitativně vyjádřeným ukazatelům a ze kterých vyplývá právo na vypořádání v penězích nebo právo na dodání majetkové hodnoty, k níž se jejich hodnota vztahuje, nebo s finančními rozdílovými smlouvami,
- provozovatel platebního systému, provozovatel platebního systému s neodvolatelností zúčtování a účastník platebního systému s neodvolatelností zúčtování podle zákona upravujícího platební styk
- obchodník s cennými papíry
- organizátor regulovaného trhu
- provozovatel vypořádacího systému, provozovatel vypořádacího systému s neodvolatelností vypořádání a účastník vypořádacího systému s neodvolatelností vypořádání podle zákona upravujícího podnikání na kapitálovém trhu
- právnická osoba oprávněná vést evidenci investičních nástrojů
- pojišťovna, zajišťovna
- investiční společnost, investiční fond, penzijní fond, právnická osoba, která obchoduje na vlastní účet s investičními nástroji za účelem snížení rizika (hedging) z obchodů s investičními nástroji, které nejsou finančními nástroji, a tato činnost patří mezi její rozhodující činnosti, právnická osoba, která obchoduje na vlastní účet s investičními nástroji, které nejsou finančními nástroji, nebo komoditami, a tato činnost patří mezi její rozhodující činnosti
- právnická osoba, která je tvůrcem trhu podle zákona upravujícího podnikání na kapitálovém trhu
- ratingová agentura
- zahraniční osoba s obdobnou činností jako některá z osob uvedených výše a právnická osoba se zvláštním statutem vyňatá z působnosti směrnice Evropského parlamentu a Rady upravující činnost úvěrových institucí
- stát nebo členský stát federace a územní samosprávný celek státu
- veřejnoprávní korporace nebo jiná právnická osoba zřízená zákonem, která zabezpečuje správu a splácení státního či veřejného dluhu nebo činnost s takovou správou a splácením spojenou

- centrální banka a Evropská centrální banka, Světová banka, Mezinárodní měnový fond, Evropská investiční banka nebo jiná mezinárodní finanční instituce.
- obchodní společnost nebo jiná právnická osoba za podmínky, že finanční zajištění sjednává s některou z osob uvedených výše.

V souladu s režimem minimální harmonizace novelizační směrnice a s jejími cíli se umožňuje benefitovat z finančního zajištění také fyzickým osobám, které mohou být pouze poskytovatelem finančního kolaterálu, a to za splnění stanovených podmínek. Tato možnost je dle získaných informací z členských států EU připuštěna v Maďarsku a s omezením pouze na zástavní právo také v Belgii.

Mezi podmínky, které musí daná fyzická osoba splnit, patří následující:

- a) finanční zajištění sjednává s bankou, obchodníkem s cennými papíry nebo zahraniční osobou s obdobnou činností jako banka nebo obchodník s cennými papíry,
- b) objem jejího majetku tvořeného peněžními prostředky a investičními nástroji odpovídá částce alespoň 500 000 EUR, anebo je s přihlédnutím ke všem okolnostem zřejmé, že se finanční zajištění sjednává v souvislosti s poskytnutím úvěru nebo půjčky poskytovateli jako zákazníkovi za účelem umožnění obchodu s investičním nástrojem, na němž se příjemce jako úvěrující nebo půjčovatel podílí, a
- c) bylo výslovně sjednáno, že jde o finanční zajištění.

Popis cílového stavu

Cílem je zajistit včasnou transpozici novelizační směrnice a současně účelnější transpozici FCAD a relevantních novelizovaných ustanovení SFD pomocí úpravy, která bude v souladu se zavedenou systematikou a terminologií našeho právního řádu, bez legislativně-technických nedostatků, koncepčně jednotná a funkční, nebude způsobovat právně teoretické problémy ani komplikace při praktickém fungování finančního trhu.

Tato úprava musí plnit základní cíle směrnice o finančním zajištění, kterými jsou:

- a) sjednocení právních požadavků pro sjednávání a vznik zajištění, na jehož základě dlužník poskytuje věřiteli vybrané majetkové hodnoty pro případ, že závazek z určitého obchodu včas a řádně nesplní,
- b) sjednocení a zjednodušení pravidel pro realizaci práva příjemce domáhat se uspokojení z finančního kolaterálu, jestliže poskytovatel zajištěnou povinnost včas a řádně nesplní, včetně odstranění administrativních omezení, která ztěžují, případně znemožňují, výkon práva na uspokojení,
- c) zabezpečení výkonu práv, resp. splnění povinností, ze smlouvy, jíž se finanční zajištění sjednává, především výkonu práva příjemce dosáhnout uspokojení z finančního kolaterálu, a to ve vztahu k předpisům upravujícím insolvenční řízení, soudní výkon rozhodnutí, exekuční řízení nebo pro případ vstupu do likvidace nebo zavedení nucené správy poskytovatele nebo příjemce.

Dále musí naplnit i cíle stanovené novelizační směrnicí, ve smyslu modernizace právní úpravy finančního zajištění s ohledem na vývoj v oblasti finančních trhů. Proto musí být do našeho právního řádu zavedena možnost využít jakožto finanční kolaterál tzv. úvěrové pohledávky. V zájmu snazšího používání finančního zajištění mají být zakázány jakékoli formální požadavky, například povinnosti týkající se oznamování a registrace, které by znemožnily postoupení pohledávek z úvěru. Stejně tak v zájmu toho, aby nebylo ohroženo postavení příjemců zajištění,

mají mít poddlužníci kolateralizované pohledávky možnost vzdát se platně svých práv na započtení vůči věřitelům (poskytovatelům finančního kolaterálu) a jejich právním nástupcům (příjemcům finančního kolaterálu). Možnost poddlužníka vzdát se uplatňování pravidel týkajících se bankovního tajemství není třeba výslovně upravovat, tomuto požadavku FCAD totiž už v současné době platná právní úprava bankovního tajemství nebrání.

Zhodnocení platného právního stavu

Platná právní úprava odráží směrnici o finančním zajištění v následujících ustanoveních:

- a) § 11e zákona č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním,
- b) § 317 odst. 3, § 334 odst. 4 a § 334a odst. 4 a 5 občanského soudního řádu,
- c) § 261 odst. 3 písm. h), § 323a až 323f a § 387 odst. 3 obchodního zákoníku,
- d) § 29 odst. 3 zákona č. 21/1992 Sb., o bankách,
- e) § 43 odst. 3 zákona č. 42/1994 Sb., o penzijním připojištění se státním příspěvkem,
- f) § 28 odst. 3 a § 28d odst. 3 zákona č. 87/1995 Sb., o spořitelních a úvěrních družstvech,
- g) § 67 zákona č. 120/2001 Sb., o soudních exekutorech a exekuční činnosti (exekuční řád),
- h) § 109 odst. 7 zákona č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování,
- i) § 197 zákona č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu,
- j) § 366 zákona č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), a
- k) § 99 odst. 5 a § 122 odst. 3 zákona č. 277/2009 Sb., o pojišťovnictví.

Uvedenou úpravu zapracoval do českého právního řádu s účinností od 28. září 2005 zákon č. 377/2005 Sb., změnil a doplnil potom zákon č. 344/2007 Sb. (novela nabyla účinnosti dne 1. března 2008). Základní materie je promítnuta v obchodním zákoníku. Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním obsahuje úpravu kolizních norem v případě finančního zajištění. Zákon o podnikání na kapitálovém trhu upravuje závěrečné vyrovnání. Právní normy obsažené v ostatních citovaných zákonech potom chrání platnost a účinnost dohody o finančním zajištění typicky v případě úpadku či nucené správy jedné ze stran dohody o finančním zajištění.

Zdůvodnění potřeby konat

Funkční, systematické, obsahové i terminologické pojetí současné právní úpravy finančního zajištění nekonvenuje bez výhrad základnímu přístupu, který komunitární právo v oblasti finančního zajištění stanovuje. Je proto žádoucí přistoupit k revizi dosavadních právních předpisů a to nejen z hlediska materiálního (přirozeně s ohledem na mantinely komunitární předlohy), ale i z hlediska formálního, což si vyžádalo návrh samostatného zákona upravujícího finanční zajištění. Nový zákon má do českého právního řádu lépe promítnout zásadní úpravu směrnice o finančním zajištění a zároveň zapracovat její novelu.

Ideový základ současné právní úpravy finančního zajištění se koncepčně projevuje v použité metodě úpravy – schematismem právních norem a nesouladem s věcnou působností a povahou

obchodního zákoníku, do nějž byla směrnice transponována. Konkrétně jde o následující nedostatky:

1) Platná právní úprava ne zcela reflektuje obecný fakt, že transpozice evropských směrnic je postavena na myšlence smyslu a účelu obsahu, který upravují. Jinak řečeno, transpozičním opatřením musí být právně dosaženo výsledku, jehož dosažení směrnice požaduje a stanovuje tak jasné limity komunitární úpravy.

Současná právní úprava si žádá zpřesnění ve vazbě na komunitární předlohu, co do vymezení právní povahy finančního zajištění, což je žádoucí z hlediska právní jistoty stran, které finančního zajištění sjednaly. Je proto nezbytné jednoznačně vymezit možný způsob sjednání finančního zajištění (obdobně je výčet způsobů sjednání finančního zajištění upraven v zahraničních právních úpravách - ve Francii, v Lucembursku aj.) a vycházet přitom především z ustanovení upravujících finanční kolaterál (§ 4) a ustanovení zakotvujících vztah úpravy finančního zajištění a předpisů soukromého práva (§ 17).

Dalším úskalím stávající právní úpravy je faktická nemožnost uspokojit se ze zastaveného zaknihovaného kolaterálu v případě, že nastane rozhodná skutečnost. Dle § 44 zákona o cenných papírech se zástavní věřitel může uspokojit výhradně tak, že zastavený zaknihovaný cenný papír prodá prostřednictvím obchodníka s cennými papíry, případně uplatní právo na plnění ze zastaveného cenného papíru podle § 43 odst. 5 zákona o cenných papírech, navíc musí o zamýšleném prodeji předem notifikovat zástavce. Tento způsob uspokojení je jako obecná úprava u dohod o finančním zajištění vyloučen § 323c odst. 2 obchodního zákoníku a příjemce finančního kolaterálu by měl být schopen svou pohledávku realizovat jedním ze způsobů, jež skýtá odstavec 1 tohoto ustanovení. S ohledem na definici poskytnutí finančního kolaterálu lze konstatovat, že v případě, kdy příjemci finančního kolaterálu nebo osobě jednající na jeho účet není umožněno finanční kolaterál vlastnit či jej držet nebo s ním nakládat anebo k němu vykonávat práva, z důvodu stávající praxe, neguje se smysl finančního kolaterálu a lze konstatovat, že v takovém případě vlastně finanční zajištění svou základní funkci neplní.

2) Zahrnutí institutu finančního zajištění jako zvláštního oddílu v části upravující obchodně-závazkové vztahy se projevuje jako metodologicky vadné, protože základ konstrukce finančního zajištění je v jádru kogentní. Smluvní strany si totiž finanční zajištění mohou sjednat pouze za podmínek zákona a v jeho mezích, které připouští; na rozdíl od úpravy smluvního potažmo závazkového práva obchodního zákoníku, jakožto jednoho ze základních soukromoprávních kodexů, jež je zásadně dispozitivní povahy. Metodologicky lze koncepci v obchodním zákoníku považovat za vadnou i z hlediska obecného pravidla. Obecně totiž platí, že čím specifitější problematika, tím adekvátnější je samostatné postavení uvnitř jednoho systému a naopak čím méně specifická problematika z hlediska obchodněprávní úpravy, tím je příhodnější ji upravit přímo v obchodním zákoníku. Konečně relativní samostatnost právních vztahů z finančního zajištění a jejich komunitární původ předznamenává i jejich (logicky) oddělený vývoj od hlavního kodexu.

3) Zejména však podcenění principu účelové transpozice FCAD vede k nedocení základní funkce finančního zajištění, kterou je umožnit příjemci finančního kolaterálu uspokojit se z finančního kolaterálu za „jakýchkoliv faktických či právních okolností“. Platná právní úprava obsahuje opomenutí vyloučením účinku sektorových předpisů. Tak například nechrání příjemce finančního kolaterálu v případě nucené správy obchodníka s cennými papíry, který není bankou.

4) Transpozice směrnice způsobem „jak stojí a leží“ jako základní myšlenkové hledisko, pod nímž byla ustanovení § 323a a násl. obchodního zákoníku zformována, vede na jedné straně k celkovému schematismu institutu finanční zajištění, na druhé straně vyvolává komplikované konstrukce, neulehčující praktický život. Jedním z příkladů může být vymezení „rovnocenného finančního kolaterálu“.

Výsledkem je stav dlouhodobě nežádoucí. Obrací se proti adresátům, kterým má umožnit snazší uspokojení z finančního kolaterálu v případě prodlení dlužníka s plněním povinnosti i proti zájmům státu, neboť ten rovněž může být příjemcem finančního kolaterálu a profitovat tak z jeho právních přínosů.

1. Osobní působnost zákona – rozšíření výčtu osob oprávněných sjednat finanční zajištění o osoby neuvedené v čl. 1 odst. 2 písm. a) až d) FCAD (tj. osoby jiné než finanční instituce, stát, veřejnoprávní korporace, centrální banky a mezinárodní finanční instituce)

FCAD v čl. 1 odst. 3 dává členským státům diskreci ohledně vyloučení právnických osob, výslovně neuvedených v čl. 1 odst. 2 písm. a) až d), ze skupiny subjektů způsobilých ke sjednání finančního zajištění.

Cílem směrnice je zvýšení integrace a nákladové účinnosti finančního trhu a zvýšení stability finančního systému Společenství pomocí vytvoření jednotného právního rámce finančního zajištění. V této souvislosti proto mimo jiné dává FCAD členským státům uvážit, zda vztáhnout režim finančního zajištění také na jiné osoby, než obsahuje výčet v čl. 1 odst. 2 písm. a) až d). Česká republika této možnosti využila; platná právní úprava umožňuje všem právnickým osobám, bez ohledu na to, zda jsou podnikateli nebo ne, finanční zajištění sjednat, pokud protistranou je osoba uvedená v § 323a odst. 3 písm. a) až p) tj. ve smyslu „základního katalogu“ FCAD.

Zvoleným kritériem pro rozsah přesahující transpozice je velikost těchto subjektů. Z charakteru právnických osob určité velikosti a významu lze dovozovat, že mají předpoklady finanční zajištění efektivně využívat a že jsou obeznámeny s fungováním kapitálového trhu a riziky vyplývajícími z obchodů na něm prováděných.

Kritérium velikosti je aplikováno z několika úhlů tak, aby odráželo specifika různých odvětví. Jednotlivé kategorie právnických osob zohledňují doporučení Komise 2003/361/ES ze dne 6. květně 2003 o definici mikropodniků, malých a středních podniků. Jde o následující kategorie:

- právnická osoba s 50 až 250 zaměstnanci, jejíž čistý roční obrat podle poslední účetní závěrky převyšuje částku odpovídající 10.000.000 EUR, ale nepřesahuje částku odpovídající 50.000.000 EUR a/nebo jejíž celková výše aktiv dle poslední účetní závěrky převyšuje částku odpovídající 10.000.000 EUR, ale nepřesahuje částku odpovídající 43.000.000 EUR (dále jen „středně velký podnik“)
- právnická osoba s méně než 50 zaměstnanci, jejíž čistý roční obrat podle poslední účetní závěrky nepřesahuje částku odpovídající 10.000.000 EUR a/nebo jejíž celková výše aktiv dle poslední účetní závěrky nepřesahuje částku odpovídající 10.000.000 EUR (dále jen „malý podnik a mikropodnik“)

Návrh variant řešení

Navrženy byly celkem 4 varianty:

- varianta 0 – zachování stávající právní úpravy beze změny
- varianta 1 – vyloučení středně velkých podniků, malých podniků a mikropodniků z možnosti sjednat finanční zajištění
- varianta 2 – vyloučení malých podniků a mikropodniků z možnosti sjednat finanční zajištění
- varianta 3 – rozšíření stávající právní úpravy a poskytnutí možnosti sjednat finanční zajištění také vybraným fyzickým osobám, je-li ve smlouvě výslovně uvedeno, že se sjednává finanční zajištění podle tohoto zákona (tzv. opt-in princip)

Předpokládané důsledky jednotlivých posuzovaných variant byly hodnoceny v závislosti na hledisku (a) počtu potenciálních protistran sjednávajících finanční zajištění, (b) objemu zajišťovaných obchodů, (c) administrativních a transakčních nákladů souvisejících se sjednáním finančního zajištění.

Varianta 0 – zachování stávající právní úpravy beze změny

Současná právní úprava neomezuje právnické osoby ve sjednání finančního zajištění. Tato smluvní volnost mezi poskytovatelem a příjemcem finančního kolaterálu umožňuje vznik vztahů finančního zajištění mezi různorodými subjekty.

Argumentem pro zachování tohoto přístupu je skutečnost, že nejsou zaznamenány žádné problémy při aplikaci stávající právní úpravy. Neprojevila se nutnost zajistit vyšší míru ochrany, a to ani poskytovatelům finančního kolaterálu, kterými mohou být i poměrně malé a ekonomicky málo významné právnické osoby, ani příjemcům finančního kolaterálu, pokud jde o ochranu proti nesolventnosti protistran. Nejsou zaznamenány ani pokusy zneužít institut finančního zajištění.

Naopak omezení možnosti sjednat finanční zajištění pro určité kategorie právnických osob, ať už budou specifikovány jakkoli, přinese zvýšené administrativní náklady v důsledku nutnosti ověřovat při každém obchodu, zda zvolená protistrana splňuje podmínky způsobilosti ke sjednání finančního zajištění. Je třeba vzít v úvahu i fakt, že v praxi se budou obchody s právnickými osobami nezpůsobilými sjednat finanční zajištění přesto uskutečňovat, ovšem bude tím snížena míra ochrany věřitele.

Lze předpokládat, že malé množství obchodů o velkém objemu je pro většinu osob nákladově efektivnější než velký počet obchodů malého objemu. Z pohledu diverzifikace rizika však zvýšení počtu protistran a snížení průměrného objemu obchodů představuje vyšší míru bezpečnosti. Lze předpokládat, že racionálně jednající osoba s dostatečným finančním zázemím má kvalitně nastavený risk management a je sama nejlépe schopna posoudit způsobilost protistrany obchodu a není jí tedy třeba v tomto omezovat zákonem.

Na druhou stranu i posuzování způsobilosti protistrany obchodu je nákladovou položkou a obchodování s protistranami informačně transparentnějšími (např. společnostmi, jejichž akcie jsou obchodovány na regulovaném trhu) je nákladově efektivnější již proto, že není nutné individuální posuzování bonity, například vzhledem k možnosti využití ratingu. Protiargumentem i zde může být, že racionálně jednající osoba si hlídá efektivitu svých obchodů a není proto nutno regulovat, kdo může být její protistranou.

Tabulka 1: důsledky varianty 0

Hledisko	Důsledek
Počet potenciálních protistran sjednávajících finanční zajištění	<ul style="list-style-type: none"> - neomezený počet protistran obchodů přispívá k diverzifikaci rizika - vzhledem ke smluvní volnosti nemusí vyšší počet potenciálních protistran znamenat reálné rozšíření osob, se kterými bude finanční zajištění sjednáváno - obchody uzavírány i bez finančního zajištění – v případě jeho umožnění vyšší míra zajištění věřitele
Objem zajišťovaných obchodů	<ul style="list-style-type: none"> - vzhledem k neomezení počtu protistran lze teoreticky dosáhnout vysokého celkového objemu obchodů - vliv na likviditu trhu - finanční zajištění není nezbytnou podmínkou uzavření obchodu - nemusí přispívat k efektivnosti obchodů - dána spíše jejich objemem než počtem - vyšší průměrné jednotkové náklady - u malých obchodů jsou vyšší než u velkých
Administrativní a transakční náklady související se sjednáním finančního zajištění	<ul style="list-style-type: none"> - vyšší počet obchodů a protistran klade vyšší nároky na robustnost informačního systému a výši nákladů s tím spojených - u všech protistran nelze využít např. rating a náklady na informační transparentnost u individuálního posuzování bonity protistrany jsou vyšší - žádné administrativní náklady pokud jde o ověřování způsobilosti protistrany sjednat finanční zajištění

Varianta 1 – vyloučení středně velkých podniků, malých podniků a mikropodniků z možnosti sjednat finanční zajištění

Jak bylo uvedeno výše, u právnických osob určité velikosti a ekonomického významu lze obecně dovozovat, že mají organizační a finanční předpoklady finanční zajištění efektivně využívat a že jsou obeznámeny s fungováním kapitálového trhu a riziky vyplývajícími z obchodů na něm prováděných, resp. mají lepší možnost si potřebné know-how zajistit.

Vyloučením těchto podniků z možnosti být stranou finančního zajištění by tak došlo k redukci způsobilých subjektů pouze na ty ekonomicky nejsilnější.

Je třeba znovu uvést fakt, že i v tomto případě by nemožnost sjednat finanční zajištění bez dalšího neznamena, že by s těmito subjekty nebyly nadále uzavírány obchody na finančních trzích, pouze by se snížila míra zajištění věřitelů, zúžil a zpomalil postup jejich uspokojení v případě nesplnění závazku dlužníkem. Na druhou stranu platí shora uvedený argument, že je vždy otázkou svobodné vůle každého subjektu, s jakými osobami bude vstupovat do smluvních vztahů, a zákonné omezení není tedy nezbytně nutné.

Argumenty týkající se nákladové efektivnosti a informační transparentnosti uvedené výše u varianty 0 platí i zde.

Tabulka 2: důsledky varianty 1

Hledisko	Důsledek
Počet potenciálních protistran sjednávajících finanční zajištění	<ul style="list-style-type: none"> - výrazně menší počet protistran obchodů - vyšší průměrná bonita protistrany - nižší diverzifikace portfolia a tím i rizika - obchody uzavírány i bez možnosti sjednat finanční zajištění – důsledkem je nižší míra zajištění věřitele
Objem zajišťovaných obchodů	<ul style="list-style-type: none"> - celkový počet obchodů je nižší - průměrný objem obchodu je vysoký - efektivnost transakcí je zřejmě nejvyšší
Administrativní a transakční náklady související se sjednáním finančního zajištění	<ul style="list-style-type: none"> - průměrné jednotkové náklady u větších obchodů jsou menší než u malých obchodů. - vyšší transparentnost protistran - nižší náklady na posouzení bonity - administrativní náklady na ověření způsobilosti protistrany sjednat finanční zajištění

Varianta 2 – vyloučení malých podniků a mikropodniků z možnosti sjednat finanční zajištění

Lze předpokládat, že v případě této varianty by finanční zajištění mělo možnost sjednat oproti výše uvedené variantě podstatně více subjektů. Na druhou stranu lze u zařazených středně velkých podniků očekávat nižší informační transparentnost a tedy i vyšší administrativní náklady na zpracování obchodů.

Další argumenty uvedené u výše rozebíraných variant platí obdobně.

Tabulka 3: důsledky varianty 2

Hledisko	Důsledek
Počet potenciálních protistran sjednávajících finanční zajištění	<ul style="list-style-type: none"> - širší počet protistran obchodů - střední průměrná bonita protistrany - obchody uzavírány i bez možnosti sjednat finanční zajištění – její připuštění zvyšuje míru zajištění věřitele
Objem zajišťovaných obchodů	<ul style="list-style-type: none"> - středně velký celkový počet obchodů - středně velký průměrný objem obchodu
Administrativní a transakční náklady související se sjednáním finančního zajištění	<ul style="list-style-type: none"> - průměrné jednotkové náklady obchodů pravděpodobně středně velké - u části protistran nutné individuální posuzování bonity - náklady na informační transparentnost - administrativní náklady na ověření způsobilosti protistrany sjednat finanční zajištění

Varianta 3 – rozšíření stávající právní úpravy a poskytnutí možnosti sjednat finanční zajištění také vybraným fyzickým osobám, je-li ve smlouvě výslovně uvedeno, že se sjednává finanční zajištění podle tohoto zákona (tzv. opt-in princip)

Konečně čtvrtou variantou je umožnit sjednání finančního zajištění fyzickým osobám, avšak za podmínky, že bude výslovně sjednáno, že jde o finanční zajištění, tedy uplatnění tzv. principu „opt-in“.

I v případě této varianty je však třeba zohlednit vazbu FCAD na obchody obvykle prováděné na finančním trhu. Poskytnutí této možnosti fyzickým osobám je totiž zvažováno za účelem využití tohoto kvalifikovaného zajištění pro nejčastěji používaný typ obchodů, které tyto osoby na finančních trzích provádějí a u kterých je jeho využití praktické z pohledu obou stran, a to jsou tzv. marginové obchody, tj. obchody prováděné s poskytnutím úvěru nebo půjčky zákazníkovi za

účelem umožnění obchodu s investičním nástrojem, na němž se poskytovatel úvěru nebo půjčky podílí.

Marginové obchody zvyšují objemy zrealizovaných transakcí, přispívají tak k vyšší likviditě trhu a vypovídací hodnotě cen na trhu dosažených. Fyzickým osobám marginové obchody umožňují realizovat vyšší objemy obchodů, než jaké by mohly realizovat, pokud by použily pouze svoje vlastní peněžní prostředky. Důležitým hlediskem je, že při obchodování na regulovaných trzích mohou být jednotlivé investiční nástroje, přijaté k obchodování, dále děleny do obchodních skupin, které určují způsob obchodování a stanovení kurzu. Pro obchodní skupiny jsou uplatňována standardizovaná obchodní množství jednotlivých investičních nástrojů, tzv. loty. Tato standardní množství se pohybují řádově ve stovkách a tisících kusů investičních nástrojů. Využitím tzv. marginových obchodů tak zmiňované osoby mohou běžně obchodovat na uvedeném trhu za určeného způsobu obchodování a stanovení kurzu. Význam má i výše poplatků za realizované obchody, jež může být na různých trzích rozdílná. Realizace tzv. marginových obchodů rovněž může být alternativou k derivátovým nástrojům, a to ať už z důvodu jejich méně rozvinutého trhu či prostého rozhodnutí zákazníků.

Na základě shora uvedených důvodů se zvažuje umožnit fyzickým osobám sjednat finanční zajištění, ovšem za splnění stanovených podmínek. Druhou stranou obchodu, který má být zajištěn, příjemcem finančního kolaterálu, musí být pouze obchodník s cennými papíry, banka či zahraniční osoba s obdobnou činností jako právě uvedené subjekty. Dále taková fyzická osoba musí vlastnit dostatečný majetek k provádění obchodů na finančních trzích, jehož přiměřená výše je ohraničena minimální částkou odpovídající 500 000 EUR. Minimální výše majetku tvořeného peněžními prostředky a investičními nástroji není určena libovolně, leč zohledňuje kritérium vymezující profesionálního zákazníka na kapitálovém trhu (§ 2b odst. 1 ZPKT). Vyloučení by tak byli běžní spotřebitelé, zároveň by byl zajištěn určitý stupeň bonity takové osoby.

Alternativou je, že finanční zajištění bude využito právě pro provádění výše charakterizovaných marginových obchodů. Zavedení této možnosti pro vybraný okruh fyzických osob, které obchody na finančním trhu uskutečňují či chtějí uskutečňovat, lze považovat za všestranně výhodné; fyzickým osobám – poskytovatelům finančního kolaterálu by usnadnilo přístup k obchodování a zvýšilo možný objem jejich obchodů. Z pohledu věřitelů pak bude posílena efektivita nákladů a vzhledem k vyšší míře zajištění i stabilita finančního systému.

Poslední, důležitou podmínkou by pak bylo výslovné smluvní ujednání o tom, že jde v daném případě o finanční zajištění. Šlo by tedy o zavedení tzv. principu opt-in, pouze v případě fyzických osob. Důvodem je požadavek, aby si fyzická osoba jako poskytovatel finančního kolaterálu byla vědoma, že zajištění podléhá této specifické úpravě.

Tabulka 4: důsledky varianty 3

Hledisko	Důsledek
Počet potenciálních protistran sjednávajících finanční zajištění	<ul style="list-style-type: none"> - největší počet protistran – i fyzické osoby, které mají předpoklady a vůli zapojit se do obchodování - vyšší diverzifikace rizika - nižší průměrná bonita protistran - prakticky u všech obchodů, které na finančních trzích obvykle probíhají, možnost dosáhnout vyšší míry zajištění věřitele a bezpečnosti celého systému
Objem zajišťovaných obchodů	<ul style="list-style-type: none"> - celkový počet obchodů je vysoký – lze očekávat rozvoj obchodování, volného pohybu služeb a kapitálu, zvýšení likvidity - průměrný objem obchodu je nižší při volbě menšího subjektu jakožto protistrany obchodu – je tu ovšem smluvní volnost
Administrativní a transakční náklady související se sjednáním finančního zajištění	<ul style="list-style-type: none"> - průměrné jednotkové náklady u obchodů jsou vyšší - náklady na informační transparentnost - nízké administrativní náklady na ověřování způsobilosti sjednat finanční zajištění

Zhodnocení variant a návrh nejvhodnějšího řešení

Z výše uvedených variant se jeví jako nejvhodnější a nejúčelnější varianta 3. Selekce subjektů, jimž má být umožněno sjednat finanční zajištění, by byla administrativně náročná a opírala by se pouze o poskytnuté údaje o požadovaných parametrech subjektů. Bez verifikace a zajištění aktuálnosti těchto údajů jsou navrhovaná omezení přístupu problematická.

Případné zúžení okruhu způsobilých subjektů by rovněž mohlo ovlivnit likviditu finančního trhu a zejména působení přirozených konkurenčních faktorů. Právnícké osoby, které by byly na základě české úpravy finančního zajištění vyloučeny z okruhu subjektů způsobilých sjednat finanční zajištění, by byly znevýhodněny ve srovnání s právníckými osobami, podřízenými jinému právnímu řádu. Ztráta možnosti poskytnout tuto formu zajištění, pro věřitele po mnoha stránkách výhodnější a bezpečnější než jiné zajišťovací prostředky, by mohla vést ke snížení zájmu protistran uzavírat s takovými osobami obchody na finančních trzích. V případě obchodů, které jsou uzavírány bez ohledu na to, zda protistrana je subjektem způsobilým ke sjednání finančního zajištění, by zúžení znamenalo vyšší riziko pro věřitele.

Dalším argumentem je smluvní volnost všech subjektů, které mají neomezenou možnost volit vhodnou protistranu svých obchodů a rozhodovat, zda je pro ně výhodnější vyšší počet či větší objem obchodů. Z těchto důvodů lze považovat zachování stávající právní úpravy, pokud jde o právnícké osoby, a její rozšíření o některé fyzické osoby za účelem umožnit zajištění tzv. marginových obchodů, za nejvhodnější a nejúčelnější variantu naplňující nejlépe záměry a účel FCAD pro finanční zajištění.

Tabulka 5: Dopady variant osobní působnosti zákona ve srovnání s nulovou variantou

Hledisko	Varianta		
	Varianta 1	Varianta 2	Varianta 3
Přínosy			
Možnost užití finančního zajištění	--	-	+
Diverzifikace portfolia protistran	--	-	+
Efektivita finančního trhu	+	+	0
Náklady			
Informační transparentnost protistran	--	-	+
Administrativní a transakční náklady	-	0	0
Zjednodušení a zpřehlednění úpravy finančního zajištění	++	+	--

Znaménka + a - a 0 znamenají intenzitu dopadu ve srovnání s nulovou variantou. U přínosů tedy + znamená vyšší přínos a - nižší přínos. Naopak u nákladů + znamená, že náklady budou vyšší a - nižší než u nulové varianty. 0 znamená, že intenzita se nezmění nebo téměř nezmění.

2. Předmět finančního zajištění - vyloučení vlastních akcií poskytovatele finančního kolaterálu a akcií jím ovládaných, jej ovládajících nebo s ním společně ovládaných osob

Předmětem posuzování byla též možnost omezit předmět finančního zajištění tak, že budou ze způsobilého předmětu finančního zajištění vyloučeny vlastní akcie poskytovatele nebo vlastní obdobné cenné papíry představující podíl na poskytovateli nebo akcie osob, které ovládají poskytovatele, jsou ovládány poskytovatelem nebo jsou ovládány stejnou osobou jako poskytovatel nebo obdobné cenné papíry představující podíl na takových osobách.

Návrh variant řešení

Navrženy byly celkem 2 varianty:

- varianta 0 – zachování stávající právní úpravy
- varianta 1 – vyloučení vlastních akcií poskytovatele nebo vlastních obdobných cenných papírů představujících podíl na poskytovateli nebo akcií osob, které ovládají poskytovatele, jsou ovládány poskytovatelem nebo jsou ovládány stejnou osobou jako poskytovatel nebo obdobných cenných papírů představujících podíl na takových osobách

Varianta 0 – zachování stávající právní úpravy

Tato varianta nevyžaduje žádné úpravy stávající praxe a proto ani nepřináší žádné další náklady. Vzhledem k jednotné úpravě finančního zajištění představuje pro subjekty sjednávající finanční zajištění realizace tohoto způsobu zajištění menší náklady oproti jiným zajišťovacím institutům. Lze rovněž konstatovat, že s ohledem na fakt, že jednou stranou sjednávající finanční zajištění je finanční instituce podléhající obezřetnostnímu dohledu (čl. 1 odst. 1 písm. c) FCAD), centrální banka státu, mezinárodní finanční instituce nebo právnická osoba veřejného práva, je tento přístup opodstatněný. Přijetí či nepřijetí finančního nástroje jako kolaterálu v závislosti na jeho emitentovi by mělo být plně v gesci risk managementu příjemce finančního kolaterálu.

Tabulka 6: Důsledky varianty 0

Hledisko	Důsledek
Absence jakéhokoli omezení	<ul style="list-style-type: none"> - pro zajištění je k dispozici množství různých cenných papírů, omezí se tak tlak na cenné papíry několika vybraných emitentů s přímými důsledky pro trh - tržní prostředí samo nastaví požadovanou rizikovou prémii pro finanční kolateralizaci vlastních akcií (preferenze likvidity) - nepřináší další náklady

Varianta 1 – vyloučení vlastních akcií poskytovatele finančního kolaterálu a akcií jím ovládaných, jej ovládajících nebo s ním společně ovládaných osob

Tato varianta vylučuje vlastní akcie poskytovatele, nebo vlastní obdobné cenné papíry představující podíl na poskytovateli nebo akcie osob, které ovládají poskytovatele, jsou ovládány poskytovatelem nebo jsou ovládány stejnou osobou jako poskytovatel nebo obdobné cenné papíry představující podíl na takových osobách.

Použití akcií, jejichž emitentem je buďto poskytovatel finančního kolaterálu nebo osoba, která jej ovládá, je jím ovládána nebo je společně s poskytovatelem ovládána stejnou osobou, obsahuje potencionálně vyšší riziko ze strany poskytovatele finančního kolaterálu, spočívající v možné ztrátě hodnoty finančního kolaterálu v okamžiku vzniku práva uspokojit se z finančního kolaterálu, neboť v případě, kdy u něj dojde k situaci, jež by dle smluvních podmínek byla důvodem realizace práva uspokojit se z finančního kolaterálu, poskytnutý kolaterál může ztratit hodnotu.

Na druhou stranu je proti výše uvedenému nutné vzít v úvahu význam použití vlastních akcií poskytovatele finančního kolaterálu a jím ovládaných, jej ovládajících nebo s ním společně ovládaných osob v případě fúzí. Vyloučení výše uvedeného předmětu finančního zajištění by mohlo mít nežádoucí dopad na konkurenceschopnost osob se sídlem v EU. V praktickém důsledku by tak vyloučení vlastních akcií poskytovatele finančního kolaterálu a akcií jím ovládaných, jej ovládajících nebo s ním společně ovládaných osob mohlo zpomalit proces fúzí společností uvnitř EU nebo jejich mezinárodní expanzi (mezinárodní fúze) a naopak uvolnilo prostor pro vstup zahraničního kapitálu. Nutno vzít též v úvahu, že se ve všech případech jedná o cenné papíry přijaté k obchodování na regulovaném trhu, tedy tituly s vysokou mírou transparence, jejichž emitenti podléhají zvláštním informačním povinnostem.

Vyloučení tohoto druhu cenných papírů by s sebou neslo také další náklady pro jejich emitenty, které by musely vynaložit na analýzu alternativních zajišťovacích prostředků.

Tabulka 7: Důsledky varianty 1

Hledisko	Důsledek
Vyloučení vlastních akcií poskytovatele finančního kolaterálu a jím ovládaných, jej ovládajících nebo s ním společně ovládaných osob	<ul style="list-style-type: none"> - možné omezení pro oblast financování fúzí a akvizic - potenciální zvýhodnění pro zahraniční konkurenci

Zhodnocení variant a návrh nejvhodnějšího řešení

Z výše uvedených variant se jeví jako nejvhodnější varianta 0. Zúžení předmětu finančního zajištění vyloučením vlastních akcií poskytovatelů finančního kolaterálu a akcií jím ovládaných, jej ovládajících nebo s ním společně ovládaných osob by omezilo využití finančního zajištění a zhoršilo podmínky pro financování osob oprávněných sjednat finanční zajištění, což by nemělo příznivý dopad na jejich konkurenceschopnost v českém právním prostředí. Vzhledem k tomu, že

příjemci finančního kolaterálu tak mají dostatek informací pro zvážení případných rizik, není třeba omezovat jejich svobodné rozhodování o tom, zda přijmout cenný papír konkrétního emitenta jako finanční kolaterál. Zachování současného stavu s sebou nepřináší žádné náklady pro osoby sjednávající finanční zajištění a přitom je zachována dostatečná míra jistoty pro strany sjednávající si finanční zajištění vzhledem k transparentnímu charakteru těchto cenných papírů, který plyne z informačních povinností, jež musí jejich emitenti dodržovat. Z těchto důvodů považujeme zachování stávající právní úpravy za nejvhodnější variantu.

Tabulka 8: Dopady variant předmětu finančního zajištění ve srovnání s nulovou variantou

Dopad	Varianta	
	Varianta 0 – zachování stávající právní úpravy	Varianta 1 - vyloučení vlastních akcií a akcií přidružených osob
Přínosy		
Široký rozsah předmětu finančního zajištění	++	-
Zjednodušení a zpřehlednění úpravy finančního zajištění	++	+
Náklady		
Administrativa a náklady na kontrolu podmínek pro kolateralizaci	--	-
Náklady na alternativní zajištění při nemožnosti sjednání finančního zajištění	--	+

Znaménka + a - a 0 znamenají intenzitu dopadu ve srovnání s nulovou variantou. U přínosů tedy + znamená vyšší přínos a - nižší přínos. Naopak u nákladů + znamená, že náklady budou vyšší a - nižší než u nulové varianty. 0 znamená, že intenzita se nezmění nebo téměř nezmění.

3. Předmět finančního zajištění – vyloučení akcií společností, jejichž výhradním předmětem činnosti je držet výrobní prostředky, nezbytné pro podnikání poskytovatele finančního kolaterálu, nebo nabývat či zcizovat nemovitosti

Článek 1 odst. 4 písm. b) FCAD dává členským státům možnost omezit rozsah předmětu finančního zajištění tak, že budou jako způsobilý finanční kolaterál vyloučeny akcie nebo obdobné cenné papíry představující podíl na osobě, jejíž výhradní činností je a) držení výrobních prostředků nezbytných pro podnikání poskytovatele, nebo b) nabývání a zcizování nemovitostí, podzemních staveb, bytů nebo nebytových prostor nebo práv spojených s vlastnictvím těchto věcí.

Návrh variant řešení

Navrženy byly celkem 2 varianty:

- varianta 0 – zachování stávající právní úpravy
- varianta 1 – vyloučení akcií společností, jejichž výhradním předmětem činnosti je držet výrobní prostředky, nezbytné pro podnikání poskytovatele finančního kolaterálu, nebo nabývat či zcizovat nemovitosti

Varianta 0 – zachování stávající právní úpravy

Tato varianta nevyžaduje žádné úpravy stávající praxe a tím ani nepřináší žádné další náklady. Vzhledem k jednotné úpravě finančního zajištění představuje pro subjekty sjednávající finanční zajištění realizace tohoto způsobu zajištění menší náklady oproti jiným zajišťovacím institutům. Lze rovněž konstatovat, že s ohledem na fakt, že jednou z osob sjednávající finanční zajištění je finanční instituce, centrální banka státu, mezinárodní finanční instituce nebo právnická osoba

veřejného práva, je tento přístup opodstatněný. Přijetí či nepřijetí finančního nástroje jako kolaterálu v závislosti na jeho emitentovi by mělo být plně v gesci risk managementu příjemce finančního kolaterálu.

Tabulka 9: Důsledky varianty 0

Hledisko	Důsledek
Absence jakéhokoliv omezení	<ul style="list-style-type: none"> - pro finanční zajištění může být k dispozici množství různých cenných papírů, omezí se tak tlak na cenné papíry několika vybraných emitentů s přímými důsledky pro trh - umožnění participace nemalé skupiny subjektů na možnosti sjednání finančního zajištění - tržní prostředí samo nastaví požadovanou rizikovou prémii pro finanční kolateralizaci daných akcií (preference likvidity) - nepřináší další náklady

Varianta 1 - vyloučení akcií společností, jejichž výhradním předmětem činnosti je držet výrobní prostředky, nezbytné pro podnikání poskytovatele finančního kolaterálu, nebo nabývat či zcizovat nemovitosti

Vzhledem k běžné praxi, kdy jsou nemovitosti, stejně tak jako různé soubory výrobních prostředků (autoparky, flotily, lodě, letadla, technologické soubory) vlastněny nepřímo prostřednictvím ovládaných osob - specializovaných společností („special purpose vehicle“), a to ať už s ohledem na způsoby jejich financování, oddělení rizik, různé legislativní podmínky, vedlo by vyloučení akcií těchto podniků k relativně významnému zúžení předmětu finančního zajištění. To se dotýká osob zahrnutých do podnikatelských seskupení především s holdingovou strukturou. Nemalá část podnikatelů, jejichž výhradním předmětem činnosti je nabývat či zcizovat nemovitosti, vzniká kvůli daňovým či jiným regulačním opatřením, např. nutnosti platby daně z převodu nemovitostí, nemožnosti přímého nákupu nemovitostí zahraničními osobami, časové náročnosti přímého převodu nemovitosti apod. Z hlediska rizika však lze soudit, že akcie takové společnosti mohou přinášet pro poskytovatele finančního kolaterálu potenciálně více rizik než přímá držba nemovitosti právě s ohledem na možné skryté závazky těchto osob s právními důsledky na jejich majetek.

Tabulka 10: Důsledky varianty 1

Hledisko	Důsledek
Vyloučení akcií těchto osob jakožto předmětu finančního zajištění	- zúžení předmětu finančního zajištění o akcie osob, jejichž prostřednictvím je vlastněn velký objem majetku (special purpose vehicle)
Administrativa a náklady na kontrolu podmínek pro kolateralizaci	- zvýšení nákladů na administraci finančního zajištění a kontrolu přípustnosti akcií pro finanční kolateralizaci

Zhodnocení variant a návrh nejvhodnějšího řešení

Z výše uvedených variant se jeví jako nejvhodnější varianta 0. Zúžení předmětu finančního zajištění - vyloučení akcií společností, jejichž výhradním předmětem činnosti je držet výrobní prostředky, nezbytné pro podnikání poskytovatele finančního kolaterálu, nebo nabývat či zcizovat nemovitosti, by omezilo užití finančního zajištění a zhoršily by se tím podmínky, za nichž bude taková společnost vstupovat do právních vztahů pokud se jedná o obchody, které mohou být finančně zajištěny. Zachování současného stavu s sebou nepřináší žádné další náklady související se sjednáním finančního zajištění. Z těchto důvodů považujeme zachování stávající právní úpravy za nejvhodnější variantu.

Tabulka 11: Dopady variant předmětu finančního zajištění ve srovnání s nulovou variantou

Dopad	Varianta	
	varianta 0 – zachování stávající právní úpravy	varianta 1 - vyloučení akcií společností, držících výrobní prostředky či nabývajících/zcizujících nemovitosti
Přínosy		
Široký rozsah předmětu finančního zajištění	++	--
Zjednodušení a zpřehlednění úpravy finančního zajištění	++	++
Náklady		
Administrativa a náklady na kontrolu podmínek pro kolateralizaci	--	--
Náklady na alternativní zajištění při nemožnosti užití finančního zajištění	--	++

Znaménka + a – a 0 znamenají intenzitu dopadu ve srovnání s nulovou variantou. U přínosů tedy + znamená vyšší přínos a – nižší přínos. Naopak u nákladů + znamená, že náklady budou vyšší a – nižší než u nulové varianty. 0 znamená, že intenzita se nezmění nebo téměř nezmění.

4. Předmět finančního zajištění - vyloučení úvěrových pohledávek za spotřebiteli, mikropodniky a malými podniky

Z novelizační směrnice, která zavedla jako způsobilý finanční kolaterál tzv. úvěrovou pohledávku, vyplývá možnost vyloučit z kolateralizace a) úvěrové pohledávky, u kterých je dlužníkem spotřebitel ve smyslu čl. 3 písm. a) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/48/ES ze dne 23. dubna 2008 o smlouvách o spotřebitelském úvěru, a b) úvěrové pohledávky, u kterých je dlužníkem mikropodnik a malý podnik ve smyslu článku 1 a čl. 2 odst. 2 a 3 přílohy doporučení Komise 2003/361/ES ze dne 6. května 2003 o definici mikropodniků, malých a středních podniků, a to vždy vyjma případů, kdy příjemce i poskytovatel finančního kolaterálu je jednou z institucí ve smyslu čl. 1 odst. 2 písm. b) FCAD.

Důvodem stojícím za touto diskrecí je jednak fakt, že začlenění úvěrových pohledávek pod způsobilý finanční kolaterál bylo odůvodňováno operacemi centrálních bank eurozóny, které však akceptují pouze pohledávky od výše 500.000 EUR. Zejména pohledávky ze spotřebitelských úvěrů této výše budou dosahovat zřídka. Některé členské státy však prosadily maximální rozsah způsobilých úvěrových pohledávek, který odůvodnily potřebou zvýšit likviditu trhu kvůli probíhající finanční krizi. Dalším důvodem diskrece je, že u mikropodniků, malých podniků a spotřebitelů se obecně předpokládá nižší povědomost o finančních důsledcích vyplývajících z finančního zajištění a obecně slabší vyjednávací postavení. To je problémem zejména kvůli nutnosti, aby se dlužník kolateralizované pohledávky vzdal předem práva na započtení vůči věřiteli a práv vyplývajících z bankovního tajemství. V případě vztahů finančního zajištění mezi subjekty typu centrálních bank a mezinárodních finančních institucí není zvýšená ochrana „slabších“ dlužníků odůvodněna. Jejich postavení se nijak nezhoršuje ani není třeba obávat se šíření údajů o klientech. Kromě toho k postupování těchto pohledávek jakožto zajištění mezi centrálními bankami v současné době již dochází.

Bankovní tajemství zajišťuje ochranu osobní identifikace každého klienta banky, nutnou pro všechny bankovní operace a transakce. Bez této identifikace nemůže potencionální příjemce finančního kolaterálu posoudit bonitu dlužníka kolateralizované pohledávky. Bankovní tajemství znamená povinnost banky nesdělovat, pokud ze zákona nebo mezinárodní smlouvy, kterou je Česká republika vázána, nevyplývá jinak, bez výslovného souhlasu klienta nic a nikomu o něm, o službách, které využívá, a samozřejmě ani o stavu jeho prostředků na účtech, které pro něj vede,

a jejich pohybech. V případě úvěrových pohledávek se však budou klienti bank muset práv vyplývající z bankovního tajemství vzdát předem proto, aby jejich věřitelé mohli pohledávky za nimi poskytnout jako finanční kolaterál na trhu. Data týkající se bonity bankovních klientů se tak dostanou na mezibankovní trh, a to bez přímé souvislosti s postoupením pohledávky. Navíc jde o pohledávky o malém objemu. Aby jejich kolateralizace měla význam, muselo by se tak dít ve velkém měřítku, tedy bude v mnoha případech dotčeno bankovní tajemství týkající se osob, které nejsou v prodlení s plněním svých závazků. Z judikatury Nejvyššího soudu (např. sp. zn. 29 Odo 1613/2005) vyplývá, že pokud se věřitel s dlužníkem nedohodl na zákazu postoupení pohledávky (§ 525 odst. 2 obč. zák.), není smlouva o postoupení pohledávky ze smlouvy o úvěru, s jejíž úhradou je dlužník v prodlení, neplatná jen proto, že postupitelem je banka a že tím došlo k narušení bankovního tajemství. Z hlediska kolateralizace úvěrových pohledávek je však situace jiná ve dvou směrech. Zaprvé půjde o pohledávky za včas a řádně splácejícími dlužníky, neboť pohledávky za dlužníky v prodlení by těžko příjemce jako kolaterál přijal. Za druhé práv z bankovního tajemství se bude klient banky muset vzdát mnohem dříve, než dojde k postoupení či zastavení pohledávky. Tuto možnost lze nad rámec požadavků novelizační směrnice připustit v rámci mezibankovního sektoru, kde jsou informace stále chráněny bankovním tajemstvím.

Návrh variant řešení

Varianty byly zvažovány tři:

- varianta 0 – nevyužití diskrece, úvěrové pohledávky mohou být použity jako finanční kolaterál bez ohledu na osobu dlužníka
- varianta 1 – částečné využití diskrece, úvěrové pohledávky za spotřebiteli nemohou být kolateralizovány, pokud není příjemcem nebo poskytovatelem finančního kolaterálu centrální banka či mezinárodní finanční instituce, nebo pokud není na obou stranách smluvního vztahu finančního zajištění banka nebo zahraniční osoba s obdobou činností jako banka
- varianta 2 – plné využití diskrece, vyloučení úvěrových pohledávek za spotřebiteli, mikropodniky a malými podniky z možnosti být použity jako finanční kolaterál, pokud příjemcem nebo poskytovatelem finančního kolaterálu není centrální banka či mezinárodní finanční instituce

Předpokládané důsledky jednotlivých posuzovaných variant byly hodnoceny v závislosti na hledisku (a) množství použitelného finančního kolaterálu, (b) administrativních a transakčních nákladů souvisejících se sjednáním finančního zajištění a (c) vlivu na režim bankovního tajemství.

Varianta 0 – nevyužití diskrece, úvěrové pohledávky mohou být použity jako finanční kolaterál bez ohledu na osobu dlužníka

Výrazněji se zvýší objem použitelného finančního kolaterálu. U úvěrových pohledávek za spotřebiteli půjde ovšem o finanční kolaterál o velmi malé hodnotě, jeho faktická použitelnost by proto měla vliv na režim bankovního tajemství v mnoha případech, jak je uvedeno výše. Správa velkého množství pohledávek o relativně malé hodnotě zvyšuje transakční náklady, zvyšují se rizika a náklady spojené s administrativou risk managementu. Využití tohoto druhu kolaterálu ovšem zůstává závislé na vůli stran sjednávajících finanční zajištění.

Tabulka 12: Důsledky varianty 0

Hledisko	Důsledek
Množství použitelného finančního kolaterálu	- větší množství použitelného finančního kolaterálu, v případě pohledávek za spotřebiteli mají jednotlivé složky ovšem malou hodnotu
Administrativní a transakční náklady související se sjednáním finančního zajištění	- vysoké náklady z důvodů velkého množství jednotlivých úvěrových pohledávek zahrnutých do finančního kolaterálu
Vliv na režim bankovního tajemství	- režim bankovního tajemství bude potenciálně dotčen v mnoha případech, údaje o klientech bank by mohly být šířeny mimo bankovní sektor

Varianta 1 - částečné využití diskrece, úvěrové pohledávky za spotřebiteli nemohou být kolateralizovány, pokud není příjemcem nebo poskytovatelem finančního kolaterálu centrální banka či mezinárodní finanční instituce, nebo pokud není na obou stranách smluvního vztahu finančního zajištění banka nebo zahraniční osoba s obdobou činností jako banka

Umožnění využití úvěrových pohledávek za spotřebiteli jakožto finančního kolaterálu pouze mírně zvyšuje reálnou zajistnou kapacitu na finančních trzích. Ovlivní však režim bankovního tajemství značného počtu osob. Jako protipól proto funguje omezení v podobě požadavku, aby příjemcem nebo poskytovatelem finančního kolaterálu byla pouze centrální banka či mezinárodní finanční instituce, nebo aby oběma stranami smlouvy o finančním zajištění byla banka či zahraniční osoba s obdobnou činností. Bankovní tajemství tedy bude dotčeno výlučně v rámci mezibankovního systému, nemělo by tedy dojít k šíření údajů o klientech směrem k institucím, které bankovním tajemstvím vázány nejsou.

Zahrnutím velkého množství úvěrových pohledávek o malé hodnotě se vztahy finančního zajištění stanou složitějšími a méně přehlednými. S vyšším počtem jednotlivých složek finančního kolaterálu se zvýší administrativní náklady a finanční zajištění bude fungovat nákladově méně efektivně. Je ovšem záležitostí smluvní volnosti subjektů, které by tento druh úvěrových pohledávek mohly jako finanční kolaterál využívat, zda tak reálně učiní či ne; posouzení případných zvýšených administrativních nákladů či rizik je otázkou každé osoby, která na finančních trzích obchoduje.

Tabulka 13: Důsledky varianty 1

Hledisko	Důsledek
Množství použitelného finančního kolaterálu	- mírně větší množství finančního kolaterálu, použitelného ovšem pouze mezi vyjmenovanými subjekty - omezení množství finančního kolaterálu mezi ostatními subjekty, ovšem pravděpodobnost jeho potenciálního využití minimální i v případě povolení použitelnosti
Administrativní a transakční náklady související se sjednáním finančního zajištění	- potenciálně vyšší náklady z důvodů velkého množství jednotlivých složek finančního kolaterálu – neefektivní, ovšem je volbou vyjmenovaných subjektů, zda možnost využijí - u ostatních subjektů nejsou zvýšené náklady
Vliv na režim bankovního tajemství	- režim bankovního tajemství nebude dotčen, údaje o klientech bank budou šířeny pouze v rámci bankovního sektoru

Varianta 2 – plné využití diskrece, vyloučení úvěrových pohledávek za spotřebiteli, mikropodniky a malými podniky z možnosti být použity jako finanční kolaterál, pokud příjemcem nebo poskytovatelem finančního kolaterálu není centrální banka či mezinárodní finanční instituce

Znemožnění kolateralizace úvěrových pohledávek malé hodnoty neomezuje výrazně zajistnou kapacitu. Zároveň toto vyloučení zachovává stávající režim bankovního tajemství a přináší snížení rizik do smluvních vztahů finančního zajištění. Vyloučení této možnosti i v případě, že poskytovatelem i příjemcem finančního kolaterálu je banka, se ovšem nejeví jako opodstatněné.

Pro vyloučení úvěrových pohledávek za mikropodniky a malými podniky nejsou důvody. Zachování bankovního tajemství u těchto subjektů nemůže být považováno za významnější než v případě ekonomicky silnějších osob.

Ačkoli je tu jistý argument neefektivnosti využití těchto úvěrových pohledávek vzhledem k jejich menšímu objemu a tudíž větším transakčním nákladům, zákonný zákaz rozhodně není nezbytným řešením. Navíc objem těchto úvěrů může i u malých podniků a mikropodniků dosahovat částek denominovaných v řádech milionů eur, tedy sum nikoli zanedbatelných.

Při vyloučení této kategorie pohledávek by se navíc zvyšovaly administrativní náklady, kdy pro posouzení, zda konkrétní pohledávka je způsobilá kolateralizace, by bylo nutno vždy znovu ověřovat parametry dlužníka, tedy např. aktuální počet zaměstnanců.

Bankovní tajemství nebude ve větší míře dotčeno.

Tabulka 14: Důsledky varianty 2

Hledisko	Důsledek
Množství použitelného finančního kolaterálu	- menší množství použitelného finančního kolaterálu, kromě vybraných subjektů - nedůvodné vyloučení některých druhů úvěrových pohledávek
Administrativní a transakční náklady související se sjednáním finančního zajištění	- nižší administrativní a transakční náklady při nevyužití úvěrových pohledávek o malém objemu - na druhou stranu vyšší náklady na ověřování možnosti kolateralizace pohledávky
Vliv na režim bankovního tajemství	- je zachován stávající režim bankovního tajemství u spotřebitelů - je nedůvodně poskytnuta širší ochrana bankovního tajemství malých podniků a mikropodniků ve srovnání s většími právníky osobami

Zhodnocení variant a návrh nejvhodnějšího řešení

Z navržených variant se jeví jako nejvhodnější varianta 1, která předpokládá umožnění kolateralizace úvěrových pohledávek za malými podniky a mikropodniky bez omezení; spotřebitelské úvěry je pak možno kolateralizovat s tím, že příjemcem či poskytovatelem může být pouze centrální a mezinárodní finanční instituce, nebo je příjemcem i poskytovatelem banka. Dojde k určitému zvýšení zajistné kapacity na úkor zvýšení administrativních a transakčních nákladů. Dojde sice potenciálně k šíření údajů o klientech bank, ale pouze v rámci mezibankovního trhu, kde jsou subjekty na straně příjemce i poskytovatele dále bankovním tajemstvím vázány.

Tabulka 15: Porovnání dopadů variant

Dopad	Varianta		
	varianta 0 - nevyužití diskrece	varianta 1 – částečné využití diskrece	varianta 2 – plné využití diskrece
Přínosy			
Množství použitelného finančního kolaterálu	--	-	0
Transparentnost a efektivita finančního trhu	--	+	++
Náklady			
Administrativní a transakční náklady související se sjednáním finančního zajištění	++	+	--
Vliv na režim bankovního tajemství	++	+	--

Znaménka + a – a 0 znamenají intenzitu dopadu ve srovnání s nulovou variantou. U přínosů tedy + znamená vyšší přínos a – nižší přínos. Naopak u nákladů + znamená, že náklady budou vyšší a – nižší než u nulové varianty. 0 znamená, že intenzita se nezmění nebo téměř nezmění.

5. Použití seznamu úvěrových pohledávek pro účely prokázání vzniku finančního zajištění dlužníkovi úvěrové pohledávky a třetím osobám

Směrnice 2009/44/ES stanoví, že poskytnutí finančního kolaterálu v podobě úvěrové pohledávky se mezi poskytovatelem a příjemcem finančního kolaterálu dokládá též předáním seznamu pohledávek poskytnutých jako finanční kolaterál příjemci zajištění. V daném případě se však jedná pouze o účinnost inter partes. Aby bylo takto vzniklé finanční zajištění účinné i vůči dlužníkovi a třetím osobám, je nutno dodržet požadavek notifikační povinnosti, kterou stanoví stávající právní úprava v § 159 odst. 2 a § 526 odst. 1 občanského zákoníku.

Novelizační směrnice umožňuje členským státům stanovit, že tímto seznamem pohledávek je možno poskytnutí finančního kolaterálu doložit (důkazní prostředek) i vůči dlužníkovi a třetím stranám, kterým pak není nutno předkládat smlouvu o postoupení pohledávky či o jejím zastavení, aby bylo postoupení pohledávky či její zastavení účinné i vůči nim. Povinnost informovat dlužníka stanovená občanským zákoníkem nadále zůstává, jen je explicitně vymezen důkazní prostředek, jímž lze také dlužníka informovat. Stávající právní úprava použití seznamu pohledávek jako důkazního prostředku v tomto případě nevyklučuje, naopak ho předjímá. Právní povaha seznamu pohledávek nejlépe odpovídá postoupení pohledávky s odkládací podmínkou.

Návrh variant řešení

Vzhledem ke stávající právní úpravě přistupujeme pouze k jedné variantě a to k zachování stávajícího režimu, kdy je poskytovatel, resp. příjemce zajištění, povinen informovat dlužníka, případně třetí osoby, o změně věřitele poskytované pohledávky.

Zhodnocení variant a návrh nejvhodnějšího řešení

Současná legislativa ukládá povinnost informovat dlužníka o změně věřitele. Tato tradiční obecná ustanovení v platném právu přispívají k vyšší důvěře mezi účastníky závazkového vztahu. Nestanoví přitom způsob, jakým lze dlužníka o změně věřitele informovat. Obecně se předpokládá, že je nutné vynaložit jednorázové administrativní náklady v důsledku nutnosti informovat dlužníky o změně věřitele. Na druhou stranu platby vyplývající ze závazku mohou probíhat přímo na nového věřitele (příjemce finančního kolaterálu), čímž se snižují transakční náklady.

Tabulka 16: Důsledky varianty

Hledisko	Důsledek
Informovanost mezi stranami	- přispívá k ochraně dlužníků
Procedura informační povinnosti	- informování dlužníka poskytovatelem resp. příjemcem finančního kolaterálu o změně věřitele poskytované pohledávky
Administrativní náklady spojené s procedurou, flexibilita	- zvýšené jednorázové administrativní náklady - nižší flexibilita

Konzultace s veřejností

1. Návrh zákona byl dvakrát předložen ke konzultaci veřejnosti ve formě konzultačních materiálů. První konzultační materiál k nové právní úpravě finančního zajištění byl uveřejněn na internetových stránkách Ministerstva financí dne 10.9.2009. Lhůta pro zaslání vyjádření byla stanovena do 9.10.2009. Publikace konzultačního materiálu byla rovněž elektronicky oznámena 17 advokátním kancelářím, jež se problematikou finančního zajištění zabývají, a 6 profesním asociacím působícím v oblasti finančního trhu. Ministerstvo obdrželo vyjádření celkem od 3 advokátních kanceláří a dále od České bankovní asociace, Asociace pro kapitálový trh ČR, Asociace pro devizový trh a České asociace pojišťoven, které prezentovaly názor svých členů. Cílem první konzultace bylo všeobecně získat názory a komentáře od odborné veřejnosti k revizi koncepce právní úpravy finančního zajištění, úplnosti východisek a variantním návrhům. Vyhodnocení veřejné konzultace bylo publikováno na internetových stránkách ministerstva dne 26.11.2009.

Záměr vyčlenit právní úpravu finančního zajištění do samostatného zákona byl ze strany veřejnosti podpořen. Většina zaslaných odpovědí navrhovala, vzhledem k tomu, že směrnice je v režimu tzv. minimální harmonizace, co nejširší aplikaci finančního zajištění, a to i na případy směrnicí nepředvídané. Vyjádření plédovala za minimální využití omezujících diskrecí, které členské státy mohou uplatnit. Respondenti se v zásadě shodli na tom, že pro lepší orientaci a zachování kontinuity s předchozí právní úpravou by bylo přínosné zachovat výčet právní povahy finančního zajištění, tedy způsobů, jimiž lze finanční zajištění sjednat. Ve vyjádření obecně panovala shoda ohledně co nejširší a v rámci směrnice možné definici finančního kolaterálu. Opakujícím se bodem bylo, aby se zajišťované pohledávky týkaly obchodů běžně uzavíraných na finančním trhu. Za důležitou byla označena možnost zajištění formou poolingů. Zaznívalo doporučení rozšířit osobní působnost finančního zajištění i na fyzické osoby podnikatele. Respondenti odmítli tzv. opt-in klauzuli (klauzuli, podle které jednání způsobilých stran, naplňující znaky uvedené zákonem o finančním zajištění, bude považováno za finanční zajištění, pokud strany výslovně sjednají, že jde o finanční zajištění), především vzhledem k administrativním překážkám, které by mohly na jejím základě nastat v praxi.

2. Druhý konzultační materiál, zpracovaný s přihlédnutím k vyjádřením z první konzultace ve struktuře návrhu legislativního řešení v paragrafovaném znění s odůvodněním jednotlivých ustanovení, byl uveřejněn obdobným způsobem 9.12.2009. Lhůta pro zaslání vyjádření byla stanovena do 13.1.2010. Ministerstvo obdrželo vyjádření od celkem dvou advokátních kanceláří a dále České bankovní asociace a Asociace pro kapitálový trh ČR, které prezentovaly názor svých členů. Cílem tohoto konzultačního materiálu bylo získat vyjádření a komentáře vycházející z praktické aplikace institutu finančního zajištění nejen od poskytovatelů a příjemců finančního kolaterálu, ale také od účastníků trhu, profesních organizací a odborné veřejnosti vůbec k předloženému návrhu legislativního vyjádření. Četná vyjádření zasláná v rámci první konzultace byla do návrhu zákona promítnuta. Vyhodnocení veřejné konzultace bylo publikováno na internetových stránkách ministerstva dne 15.3.2010.

Návrh na vyčlenění úpravy finančního zajištění do samostatného zákona byl znovu podpořen a současně byla podpořena materiální kontinuita se stávající právní úpravou. Většina zaslaných odpovědí navrhovala, vzhledem k tomu, že směrnice je v režimu tzv. minimální harmonizace, co nejširší aplikaci finančního zajištění, a to i na případy směrnicí nepředvídané. Vyjádření žádala minimální využití omezujících diskrecí, které členské státy mohou uplatnit.

3. Výsledný návrh zákona byl zpracován ve světle připomínek z obou konzultací.

Přínos veřejné konzultace lze spatřovat především v následujících podnětech, které byly následně zapracovány do zákona o finančním zajištění:

- využití diskrece [§ 4 odst. 1 písm. e)] pouze v rámci bankovního sektoru; umožňuje se tak kolateralizace úvěrových pohledávek za malými podniky a mikropodniky bez omezení. Spotřebitelské úvěry pak mohou být kolateralizovány (§ 4 odst. 5) s tím, že příjemcem či poskytovatelem může být pouze osoba uvedená v § 6 odst. 2 písm. d) až f), nebo je příjemce i poskytovatelem banka.
- rozšíření osobní působnosti na některé fyzické osoby (§ 6 odst. 4), s cílem umožnit zajištění tzv. marginových obchodů.
- podpora funkčnosti institutu závěrečného vyrovnání. Závěrečné vyrovnání hraje významnou roli při snižování systémového rizika na finančním trhu. Tím, že snižuje úvěrové riziko plynoucí z nesplnění závazku protistranou, pomáhá chránit účastníky trhu před dominovým efektem způsobeným pádem finanční instituce. Skutečnost, že závěrečné vyrovnání snižuje riziko, je potvrzena i pravidly pro kapitálové požadavky, které umožňují stanovit požadavky proti čisté úvěrové angažovanosti, nikoli proti hrubé. Účastníkům trhu v zemích uznávajících závěrečné vyrovnání to při jednání s mezinárodními finančními institucemi poskytuje konkurenční výhodu oproti účastníkům finančního trhu ve státech, jež závěrečné vyrovnání v tomto směru neuznávají.

Návrh budoucí právní úpravy byl v souladu s dohodou o spolupráci při přípravě návrhů vnitrostátních právních předpisů týkajících se finančního trhu a dalších předpisů mezi Českou národní bankou a Ministerstvem financí připravován v komunikaci s Českou národní bankou, konzultace proběhla celkem třikrát.

2. Implementace a vynuovení

Implementace směrnice o finančním zajištění, jakož i novelizační směrnice, je v gesci Ministerstva financí.

Vzhledem k tomu, že finanční zajištění je institutem soukromého práva, obchodněprávním závazkovým vztahem, který nepodléhá veřejnoprávní regulaci, není stanoven žádný orgán státní správy, který by dohlížel na provádění právní úpravy a zajišťoval její vynuovení.

Spory vyplývající ze vztahů finančního zajištění bude i nadále řešit soustava obecných soudů, dle ustanovení o příslušnosti, které je výslovně zakotveno v občanském soudním řádu, budou pro řešení sporů ze smluv o finančním zajištění v prvním stupni příslušné krajské soudy. Vzhledem ke kolizní úpravě v § 11a zákona č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním, které připouští, aby se v případě, že je jako finanční kolaterál poskytnut investiční cenný papír, cenný papír kolektivního investování, nástroj, se kterým se obvykle obchoduje na peněžním trhu, k němuž se vlastnické nebo jiné věcné právo dokládá zápisem do evidence, nebo jsou poskytnut práva vyplývající ze zápisu investičního cenného papíru, cenného papíru kolektivního investování nebo nástroje, se kterým se obvykle obchoduje na peněžním trhu, do evidence a umožňující oprávněnému nakládat s ním přímo nebo nepřímo obdobným způsobem jako oprávněný držitel,

řídilo finanční zajištění právním řádem státu, v němž je vedena tato evidence, je možné, aby byla tedy dána příslušnost i zahraničních soudů.

3. Přezkum účinnosti

Pokud jde o novelizační směrnici, měla by Evropská komise do 30. 6. 2014 předložit Evropskému parlamentu a Radě zprávu o tom, zda je stále vhodné uplatňování čl. 3 odst. 1 FCAD ve znění novelizační směrnice, který zakazuje členským státům stanovovat požadavek formálního aktu pro účely sjednání, platnosti, účinnosti, pořadí, vymahatelnosti nebo důkazní přípustnosti finančního zajištění pro případ, kdy jsou jako finanční kolaterál poskytnuty úvěrové pohledávky, připouští ovšem požadavek formálního aktu pro účely stanovení platnosti, účinnosti, pořadí, vymahatelnosti či důkazní přípustnosti vůči dlužníkovi nebo třetím osobám.

Přezkum účinnosti a vhodnosti nové úpravy finančního zajištění by mělo v souvislosti s vývojem finančního trhu průběžně provádět Ministerstvo financí jako ústřední orgán státní správy pro finanční trh. Zohledněny by měly být poznatky nabyté při vlastní úřední činnosti i připomínky dotčených subjektů, zejména pokud jde o praktické dopady regulace na fungování finančního trhu.

4. Kontakty a prohlášení schválení hodnocení dopadů

Osoby, které tuto zprávu vypracovaly:

Mgr. Josef Litoš
Ministerstvo financí
odbor Finanční trhy II
oddělení 353 Retailové finanční služby a ochrana spotřebitele na finančním trhu
Tel.: +420 257 04 2180
E-mail: Josef.Litos@mfcz.cz

Ing. Milan Boháč MBA
Ministerstvo financí
odbor Finanční trhy II
oddělení 351 Kapitálový trh
Tel.: +420 257 04 3066
E-mail: Milan.Bohac@mfcz.cz

Prohlašuji, že předložená zpráva byla připravena v souladu s přílohou usnesení vlády č. 877 ze dne 13. srpna 2007.

podpis nadřízeného zaměstnance

Převodová tabulka

Za účelem snadnější orientace v nové právní úpravě ve vazbě na úpravu stávající se předkládá tato převodová tabulka.

Dosavadní právní úprava Obchodní zákoník	Navrhovaná právní úprava Zákon o finančním zajištění
§ 323a odst. 1	§ 2, § 3 a § 7 odst. 2
§ 323a odst. 2 písm. a) návětí	§ 5 odst. 1
§ 323a odst. 2 písm. a) bod 1.	§ 5 odst. 2
§ 323a odst. 2 písm. a) bod 2.	§ 5 odst. 3
§ 323a odst. 2 písm. a) bod 3	§ 5 odst. 1
§ 323a odst. 2 písm. b)	§ 4 odst. 1, § 8 odst. 1
§ 323a odst. 2 písm. c)	§ 3 odst. 3, § 4 odst. 1 písm. b) a c)
§ 323a odst. 2 písm. d)	§ 4 odst. 1 písm. d)
§ 323a odst. 2 písm. e)	§ 3 odst. 3
§ 323a odst. 2 písm. f)	§ 2
§ 323a odst. 2 písm. g)	§ 11 odst. 1
§ 323a odst. 3 písm. a) až f)	§ 6 odst. 1
§ 323a odst. 3 písm. g) až p)	§ 6 odst. 2
§ 323a odst. 3 písm. r)	§ 6 odst. 3
§ 323a odst. 4	§ 13 odst. 3
§ 323a odst. 5	§ 13 odst. 1 písm. a)
§ 323a odst. 6	§ 13 odst. 2
§ 323a odst. 7	§ 13 odst. 1 písm. b)
§ 323a odst. 8	§ 11 odst. 4, § 13 odst. 3, § 10 odst. 2
§ 323a odst. 9	§ 7 odst. 1, § 8 odst. 2 a 3
§ 323b odst. 1	§ 3 odst. 1
§ 323b odst. 2	§ 9
§ 323b odst. 3	§ 10 odst. 1
§ 323b odst. 4	§ 11 odst. 1, § 10 odst. 2, § 11 odst. 4
§ 323b odst. 5	§ 11 odst. 2 a 3
§ 323c odst. 1	§ 14 odst. 1
§ 323c odst. 2	§ 14 odst. 1
§ 323c odst. 3	§ 14 odst. 1
§ 323c odst. 4	§ 15
§ 323c odst. 5	§ 14 odst. 2
§ 323c odst. 6	§ 14 odst. 1 písm. b)
§ 323d odst. 1	§ 3 odst. 1, § 4 odst. 1 písm. d)
§ 323d odst. 2	§ 9
§ 323d odst. 3	§ 11 odst. 1 písm. a), § 10 odst. 2, § 11 odst. 4
§ 323d odst. 4	§ 11 odst. 2 a 3
§ 323e odst. 1	§ 14 odst. 1
§ 323e odst. 2	§ 14 odst. 1 písm. b)
§ 323f	§ 2, § 3 odst. 2 a 3, § 17

Zhodnocení souladu návrhu zákona s ústavním pořádkem České republiky

Navrhované řešení je v souladu s Ústavou založeným ústavním pořádkem České republiky, zejména čl. 4 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, jelikož se jedná o zákon, tedy obecně závazný právní předpis, kterým jediné mohou být ukládány povinnosti. Řešení je dále v souladu s ustanovením čl. 3 Listiny základních práv a svobod, protože ustanovení tohoto zákona nejsou diskriminační, čl. 2 odst. 3 Listiny základních práv a svobod a čl. 2 odst. 4 Ústavy, v souladu s kterými je ponecháno na vůli subjektů, zda a jakým způsobem si v mezích zákona upraví vztahy mezi sebou.

Zhodnocení souladu návrhu zákona s mezinárodními smlouvami a slučitelnost s právními akty Evropských společenství

Návrh zákona odpovídá principům, z nichž vychází Smlouva mezi Belgickým královstvím, Dánským královstvím, Spolkovou republikou Německo, Řeckou republikou, Španělským královstvím, Francouzskou republikou, Irskem, Italskou republikou, Lucemburským velkovévodstvím, Nizozemským královstvím, Rakouskou republikou, Portugalskou republikou, Finskou republikou, Švédským královstvím, Spojeným královstvím Velké Británie a Severního Irska (členskými státy Evropské unie) a Českou republikou, Estonskou republikou, Kyperskou republikou, Lotyšskou republikou, Litevskou republikou, Maďarskou republikou, Republikou Malta, Polskou republikou, Republikou Slovinsko, Slovenskou republikou o přistoupení České republiky, Estonské republiky, Kyperské republiky, Lotyšské republiky, Litevské republiky, Maďarské republiky, Republiky Malta, Polské republiky, Republiky Slovinsko a Slovenské republiky k Evropské unii, jak publikováno sdělením Ministerstva zahraničních věcí ve Sbírce mezinárodních smluv pod č. 44/2004 Sb.m.s.

Předpokládaný hospodářský a finanční dosah navrhované právní úpravy

Z navrhovaného zákona nevyplývá zvýšení nároků na státní rozpočet ani na ostatní veřejné rozpočty, zejména rozpočty obcí a krajů, protože z úpravy nevyplývají povinnosti ani opatření, jejichž zajištění by vyžadovalo vynaložení finančních prostředků.

Dopad na životní prostředí a sociální dopady navrhované právní úpravy

Navrhovaná právní úprava nebude mít dopad na životní prostředí a nepředpokládají se ani sociální dopady.

Zhodnocení současného stavu a dopadů navrhovaného řešení ve vztahu k rovnosti mužů a žen

Současná platná právní úprava ani navrhované řešení nemá vliv na rovné postavení mužů a žen.

Posouzení vzniku oznamovací povinnosti dle právní úpravy postupů při poskytování informací v oblasti technických předpisů, technických dokumentů a technických norem

Navrhovaná právní úprava neobsahuje ustanovení, které by bylo svou povahou technickým předpisem ve smyslu nařízení vlády č. 339/2002 Sb., o postupech při poskytování informací v oblasti technických předpisů, technických dokumentů a technických norem, ve znění nařízení vlády č. 178/2004 Sb., neboť navrhovaný zákon neupravuje technické požadavky na výrobky nebo pravidla pro služby informační společnosti, ani zákaz výroby, dovozu, prodeje či používání určitého výrobku nebo zákaz poskytování nebo využívání určité služby nebo podnikání poskytovatele služeb, a tudíž nevznikla oznamovací povinnost v rozsahu působnosti tohoto nařízení.

Odůvodnění návrhu, aby Poslanecká sněmovna vyslovila s návrhem zákona souhlas již v prvním čtení

Vzhledem ke lhůtě stanovené pro transpozici novelizační směrnice, která uplyne 30. prosince 2010, je nezbytné, aby zákon, který tuto transpozici zabezpečuje, byl ve smyslu § 90 odst. 2 zákona č. 90/1995 Sb., o jednacím řádu Poslanecké sněmovny, ve znění pozdějších předpisů, přijat již v prvním čtení.

Důvodem pro žádost o schválení návrhu zákona v prvním čtení je jednak krátká lhůta, která je dána členskými státy, a tedy i České republice, k zajištění transpozice novelizační směrnice, jednak skutečnost, že ve své podstatě se jedná o úpravu, která není materiálně nová.

Projednání navrhovaného zákona a jeho schválení včas a řádně je urgentní, jinak České republice hrozí nesplnění jejích povinností plynoucích z členství v Evropské unii (a s tím spojené sankce). Včasná transpozice je žádoucí i vzhledem k nové úpravě závazků členských států, založené Lisabonskou smlouvou, umožňující Evropskému soudnímu dvoru postihnout neplnění závazků (netransponováním směrnice) členských států uložením pokuty v rámci jednoho řízení, bez stanovení dodatečné lhůty pro jejich splnění. Mimo to, jak bylo uvedeno výše, hlavním cílem návrhu zákona je toliko účelná transpozice komunitárního práva s tím, že návrh zákona vychází ze stávající právní úpravy, které ve větší části odpovídá a pouze odstraňuje její legislativně-technické, terminologické a systematické nedostatky.

Včasná transpozice směrnice je nutná pro hladké plnění závazků České republiky, plynoucí ze smluv o přístupu České republiky k Evropské unii.

B. ZVLÁŠTNÍ ČÁST

K § 1:

Vymezuje se předmět úpravy zákona o finančním zajištění. Naše legislativa obvykle umísťuje do prvních paragrafů právních předpisů takovéto vymezení, zároveň se v reakci na požadavek FCAD odkazuje na příslušné komunitární předpisy.

Pod pojem „právní režim“ spadá okruh subjektů, které mohou finanční zajištění sjednat, vymezení předmětu finančního zajištění, způsobu jeho sjednání, jeho vznik, trvání a přípustné způsoby uspokojení z finančního kolaterálu v případě rozhodné události (§ 2).

Některými otázkami spojenými s finančním zajištěním je třeba rozumět zaprvé ustanovení zákona, jež nemají nutně odraz v komunitární předloze, nicméně řeší sporné otázky, jež je třeba postavit najisto a navazují institut finančního zajištění na stávající českou právní úpravu a přispívají k bezproblémovému fungování vztahů finančního zajištění v českém právním prostředí. Patří sem například úprava okamžiku, ke kterému je třeba posuzovat způsobilost subjektů ke sjednání finančního zajištění či ustanovení o zániku zástavního práva v případě nakládání s finančním kolaterálem. Dále sem řadíme poměr tohoto zákona k jiným právním předpisům. Zákon dle požadavku komunitární předlohy vyjádří jednak vztah k veřejnoprávním předpisům (a to kromě insolvenčního zákona, který za účelem vyšší právní jistoty účastníků insolvenčního řízení bude nadále komplexně upravovat vztah k finančnímu zajištění, jeho ustanovení však budou upravena k dosažení přesnější transpozice FCAD v souladu s jejím smyslem a účelem), resp. některým právním událostem, které mohou „ohrozit či omezit“ plnění ze smlouvy, již se finanční zajištění sjednalo, a jednak poměr k obchodnímu zákoníku a dalším předpisům soukromého práva. K tomu obsahuje speciální ustanovení v § 16 a 17.

K § 2:

Ustanovení patří ke stěžejním partiím zákona o finančním zajištění. Materiálně koresponduje se stávající úpravou tzv. rozhodné skutečnosti v dosavadní právní úpravě v obchodním zákoníku. Ve vazbě na ideový základ FCAD se formuluje pouze účel, kterého se finančním zajištěním dosahuje. Ustanovení je třeba číst ve spojení s ustanovením § 5, které vymezuje finanční pohledávky způsobilé být předmětem zajištění jako pohledávky z obchodů, jejichž předmětem jsou peněžní prostředky, investiční nástroje, emisní povolenky nebo komodity. Toto poměrně široké vymezení by mělo být vykládáno v souladu se smyslem a účelem FCAD, vyjádřeném na řadě míst výslovně v odůvodnění směrnice, i léty ustálenou praxí tak, že institut finančního zajištění má být využíván pouze v případě pohledávek z obchodů, které mají úzký vztah k finančnímu trhu, jsou typicky na finančním trhu uskutečňovány. Tento výklad samozřejmě nevylučuje, aby konkrétní transakce proběhla mimo finanční trh, rozhodné je, že jde o transakci typickou pro finanční trh, která se obvykle uskutečňuje na tomto trhu. Nejsou vyloučeny ani obchody s novými druhy investičních nástrojů.

Finanční zajištění svou základní roli ztělesňuje tím, že od okamžiku svého vzniku nutí poskytovatele (dlužníka) splnit řádně a včas zajištěný závazek a v případě jeho nesplnění dává příjemci (věřiteli) právo, aby se zákonem aprobovaným způsobem uspokojil z předmětu zajištění, tj. finančního kolaterálu, nebo aby proběhlo závěrečné vyrovnání upravené zákonem o podnikání na kapitálovém trhu. Skutečnost, že dlužník svůj závazek nesplní řádně a včas, je ovšem pouze jednou z řady možností, kdy nastoupí realizace finančního kolaterálu. Tento zajišťovací institut má totiž chránit věřitele i v jiných situacích, které mohou ohrozit jeho právo na uspokojení.

Je záležitostí smluvních stran, jak si upraví případ porušení smluvní povinnosti dlužníkem (tzv. event of default) či jinou skutečnost, která bude rozhodná pro aktivaci práva příjemce na realizaci práva na uspokojení z finančního kolaterálu či provedení závěrečného vyrovnání. Může jít o skutečnost specifikovanou na čistě smluvní bázi, jako je úmyslné uvedení věřitele v omyl, nebo fúze, při které nástupnická společnost nepřevzme závazky společnosti zanikající. Dále může jít o skutečnosti, ke kterým dochází na základě zákona, například úpadek dlužníka. Zařadit sem ovšem lze i objektivní okolnosti, kupříkladu změnu daňových předpisů. Je ale třeba pamatovat na to, že takovou skutečností může být i ukončení samotného smluvního vztahu, z něhož zajištěná pohledávka vznikla, resp. ukončení smluvního vztahu ze smlouvy, jíž se finanční zajištění sjednalo, kdy je třeba řešit, zda je nebo není možno se uspokojit z finančního kolaterálu.

Smluvní strany tak mohou použít kteroukoli z možností, které bývají řazeny pod pojem „event of default“ či „termination event“ v souladu s obecně používanými vzorovými rámcovými smlouvami mezinárodních profesních organizací, typicky International Swaps and Derivatives Association (ISDA). Ustanovení tak materiálně koresponduje se stávající úpravou finančního zajištění v obchodním zákoníku.

Ustanovení vyjadřuje v souvislosti s právem na uspokojení z finančního kolaterálu důležité pravidlo, že ustanovení zákona a ustanovení smlouvy v jeho rámci budou mít přednost před obecnou úpravou zástavního práva a převodu věcí, práv nebo jiných majetkových hodnot ve prospěch věřitele. Výkon tohoto práva příjemce finančního kolaterálu tak nebude podléhat omezením, která z této obecné úpravy jinak plynou, pokud tato omezení vylučují ustanovení zákona o finančním zajištění, smluvní ujednání v jeho rámci nebo v rámci zvyklostí běžně zachovávaných na mezinárodních finančních trzích (§ 17 odst. 2). Princip aplikační přednosti evidentně směřuje výhradně k úpravě majetkových vztahů. Nejsou a nemohou být vyloučeny základní zásady soukromého práva, jako presumpce poctivosti nebo dobré mravy, ani úprava, která v zákoně není obsažena, například ustanovení o neplatnosti právních úkonů, jejich výkladu, úprava promlčení, náhrady škody aj.

Vymezení účelu finančního zajištění v tomto paragrafu je důležité i z toho důvodu, aby i při aplikaci tzv. principu opt-out, který je výslovně zakotven v ustanovení § 7 odst. 2, bylo přesto možno vyloučit z režimu finančního zajištění ujednání, která zcela zjevně tomuto účelu neodpovídají.

V zájmu ochrany základní funkce finančního zajištění je žádoucí důsledně užívat obecný princip soukromého práva a v případě pochybností hledět na právní úkony z finančního zajištění jako na platné. Toto pravidlo odpovídá charakteru finančního zajištění a potřebě praxe, která jej používá. Favorizace platnosti právních úkonů před jejich neplatností je významná vzhledem k tomu, že přetrvávající tradice ve formalistickém chápání práva se stále ještě odráží jak v soudobé právní praxi, tak v aktuální judikatuře.

K § 3:

K odst. 1:

Reflektuje se komunitární předloha. Smyslem ustanovení je posílit právní jistotu stran, které finanční zajištění sjednaly. Jednoznačně se proto vymezuje možný způsob sjednání finančního zajištění (obdobně je výčet způsobů sjednání finančního zajištění upraven v zahraničních právních úpravách - ve Francii, v Lucembursku aj.). Zároveň z formulace normativního textu explicitně vyplývá, že finanční zajištění nepřestavuje další, zvláštní způsob zajištění závazku. Vymezení právní povahy finančního zajištění je třeba číst v souladu s ustanoveními upravujícími finanční

kolaterál (§ 4) a s ustanoveními upravujícími vztah zákona a smluvních ujednání v jeho mezích, či v mezích zvyklostí na mezinárodních finančních trzích, k obecné úpravě zástavního práva a převodu věcí, práv nebo jiných majetkových hodnot ve prospěch věřitele (§ 17). V konkrétním případě tak může jít jak o převod vlastnického práva, tak o převod práva jiného či postoupení pohledávky.

Ustanovení odpovídá stávajícímu znění obchodního zákoníku, který v ustanovení § 323a odst. 1 rovněž uvádí jako jediné dvě možné formy poskytnutí finančního kolaterálu jeho zastavení či převod ve prospěch věřitele.

K odst. 2:

Ustanovení blíže rozvádí, jak se finanční kolaterál zpravidla převádí. Výčet variant převodu není uzavřený. Z důvodu posílení právní jistoty je žádoucí, aby zákon citoval typický způsob převodu. Jelikož platná právní úprava vymezuje pouze zajišťovací převod práva (§ 553 obč. zákoníku), a to ještě s ohledem na judikaturu Nejvyššího soudu velmi úzce, jako zajišťovací převod s rozvazovací podmínkou, je nezbytné doplnit, že převod finančního kolaterálu lze uskutečnit i dohodou o zpětném převodu finančního kolaterálu, která má povahu fiduciárního převodu (touto formou si zajišťovací převod práva podle § 553 obč. zák. nelze sjednat – viz např. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 15.10.2008 sp.zn. 31 Odo 495/2006 nebo rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 31.3.2009 sp.zn. 21 Cdo 2528/2007). Tento převod je v praxi finančního zajištění naopak hojně užíván.

Na druhou stranu nejsou vyloučeny i jiné, v praxi používané možnosti převodu kolaterálu, například již uvedený zajišťovací převod s rozvazovací podmínkou, že nedojde k prodlení se splněním závazku či k jiné rozhodné skutečnosti, smluvené stranami.

Zákon také, za účelem posílení právní jistoty ohledně vlastnických vztahů, přebírá výslovné ustanovení o tom, že podle povahy finančního kolaterálu může dojít i k převodu vlastnického práva, ačkoli tato skutečnost z definice finančního kolaterálu vyplývá implicitně.

K odst. 3:

Zvláště pro finanční kolaterál v podobě finančních nástrojů se výslovně upravuje varianta fiduciárního převodu, tzv. repo obchod, jehož vymezení odpovídá úpravě obchodního zákoníku [§ 323a odst. 2 písm. e)]. Ustanovení odráží praxi na finančních trzích a skutečnost, že je tuto praxi žádoucí podchytit legislativním vyjádřením, tj. legálně vymezit repo obchod.

Toto ustanovení zahrnuje definici finančního nástroje jako jednoho z možných druhů finančního kolaterálu. Finančním kolaterálem mohou být pouze investiční nástroje, které nejsou derivátem (tedy investičním nástrojem dle ustanovení § 3 odst. 1 písm. d) až k) ZPKT). V tomto směru dozná nová právní úprava změny, jež koresponduje s požadavky FCAD. Platné právo totiž bez shody s komunitárním předpisem připouští kolateralizaci jakéhokoliv investičního nástroje (cf. § 323a odst. 1 písm. b) a c) obch. zákoníku). Je přitom nutno zdůraznit, že zákon reflektuje definice zavedené zákonem o podnikání na kapitálovém trhu, kdy finančním kolaterálem mohou být investiční nástroje uvedené v § 3 odst. 1 písm. a) až c) ZPKT, a to včetně práv s nimi souvisejících, pokud nebyla od těchto nástrojů oddělena a samostatně převedena či zastavena. Tyto tři druhy investičních nástrojů tvoří obsah vymezení pojmu finanční nástroj, zavedeného pro účely zákona o finančním zajištění, neboť definice investičních nástrojů je širší, zahrnuje i deriváty, které jsou z kolateralizace navrhovanou úpravou vyloučeny. Pokud jde o investiční cenný papír, pak vlastnost obvyklé obchodovatelnosti na kapitálovém trhu je již jeho pojmovým znakem.

K § 4:

Ustanovení taxativně vymezuje předmět finančního zajištění, tedy majetkové hodnoty, kterými lze zajistit právo na plnění (pohledávku).

K odst. 1 písm. a) až c):

Písmeno a) uvádí finanční nástroj, který je vymezen v ustanovení § 3 odst. 3, jak je uvedeno výše. Písmeno b) se vztahuje k samostatně převoditelným právům, která s finančním nástrojem zpravidla souvisí, pokud byla od tohoto finančního nástroje oddělena, typicky právo na výplatu dividendy; toto ustanovení přebírá znění obchodního zákoníku, ovšem z důvodů systematických přesouvá tuto skupinu práv do samostatné kategorie, neboť režim práv souvisejících s finančním nástrojem se poté, co byla od finančního nástroje oddělena, od režimu samotného finančního nástroje může lišit.

Dále mohou dle písmena c) být finančním kolaterálem též práva vyplývající z připsání finančních nástrojů na účet, registr nebo jinou evidenci. Toto ustanovení z právního hlediska odráží existenci tzv. systému zprostředkované držby cenných papírů (intermediated securities holding system), v němž z připsání cenných papírů na účet nutně nevyplývá přímo vlastnické právo ke konkrétnímu finančnímu nástroji, jak jej chápe právo české.

K odst. 1 písm. d):

Zde se stanoví, že finančním kolaterálem mohou být peníze v bezhotovostní formě, tedy peníze v jakékoli měně připsané na účet. V textaci se zohledňuje fakt, že peníze připsané na účet jsou obecně z právního hlediska považovány za pohledávku na jejich výplatu vůči bance nebo jiné osobě, která účet vede, nicméně v případě jejich převodu nejde z právního hlediska o převod (postoupení) pohledávky, ale skutečně o převod peněz, které po připsání na účet příjemce se opět stávají pouhou pohledávkou na výplatu. Ustanovení odráží stávající úpravu obchodního zákoníku.

K odst. 1 písm. e) a odst. 4:

V souladu s novelizační směrnicí se rozšiřuje okruh předmětů způsobilých finanční kolateralizace, lakonicky řečeno o „úvěrové pohledávky“. Ustanovení je nutno číst společně s odstavcem 4, v němž se navrhuje využít částečně diskrece, kterou dává čl. 1 odst. 4 písm. c) FCAD ve znění směrnice 2009/44/ES. Finančním kolaterálem tak nemohou být pohledávky ze spotřebitelského úvěru podle zákona o některých podmínkách sjednávání spotřebitelského úvěru nebo srovnatelného úvěru podle zahraničních právních předpisů (vyloučeny ovšem nejsou, ačkoli to FCAD připouští, pohledávky za tzv. mikropodniky a malými podniky). Tato diskrece ovšem není využita v plném rozsahu a kolateralizace je tak připuštěna nejen v případě, že poskytovatelem nebo příjemcem je centrální banka či mezinárodní finanční instituce, ale také pokud na obou stranách vztahu finančního zajištění je banka nebo obdobná instituce zahraničního práva. Toto rozšíření je důsledkem toho, že jeden z hlavních argumentů proti umožnění kolateralizace spotřebitelských pohledávek, tedy nežádoucí šíření údajů o spotřebitelích mimo bankovní sektor, je v případě, že na obou stranách transakce bude banka, neopodstatněný. Kromě toho k postupování úvěrových pohledávek za spotřebiteli dochází mezi bankami i dle stávající úpravy, není proto důvod, proč pro účely finančního zajištění tuto možnost vylučovat

V souladu se směrnicí je výslovně upravena možnost dlužníků kolateralizované pohledávky vzdát se práva na započtení nejen vůči stávajícímu věřiteli, ale i jakémukoli dalšímu oprávněnému, tedy příjemci finančního kolaterálu či další osobě, které mohou být v rámci realizace finančního kolaterálu tyto pohledávky postoupeny, a to ještě před vznikem nároku na započtení. Výslovně je tak překonán obecný zákaz vzdát se práv, která teprve vzniknou.

FCAD dále předpokládá, že dlužník kolateralizované pohledávky se vzdá svých práv vyplývajících z bankovního tajemství, aby tak příjemce finančního kolaterálu měl přístup ke všem údajům, které k případné realizaci tohoto druhu finančního kolaterálu bude třeba. Ačkoli tato možnost není v zákoně výslovně uvedena, rozumí se, že o tom bude sjednána dohoda, kterou už v současné době umožňuje zákon o bankách. Ten v ustanovení § 38 odst. 3 uvádí, za jakých okolností je možno narušit bankovní tajemství „bez souhlasu klienta“, z logického výkladu tedy vyplývá, že i za jiných okolností je vždy možno údaje podléhající bankovnímu tajemství poskytnout s jeho souhlasem, a je tedy umožněno tohoto práva se vzdát.

K odst. 2 a 3:

Odstavce 2 a 3 odstraňují možný spor o tom, že finančním kolaterálem může být i hodnota, která poskytovateli zatím nepatří a že kolaterál musí být určený, lhotejno však jakým způsobem. Odstavec 3 by měl kupříkladu umožnit sjednání finančního zajištění jakožto zástavního práva i k celému „účtu cenných papírů“, neboť jde o legem specialem vůči zákonu o cenných papírech, jenž požaduje, aby zastavené cenné papíry byly definovány individuálně. Zvláště se připouští, co by bylo možno dovodit výkladem, že finančním kolaterálem může být i soubor majetkových hodnot, který se může v průběhu času měnit. Jde o zajištění formou tzv. poolingů, kdy je soubor určených závazků zajištěn souborem majetkových hodnot bez nezbytné vzájemné individuální provázanosti.

K § 5:

Vymezuje se, jaké pohledávky mohou být zajištěny podle tohoto zákona. Jedná se o období stávajícího § 323a odst. 2 písm. a) obchodního zákoníku. Finanční zajištění lze využít pro zajištění pohledávek z obchodů, jejichž předmětem jsou peněžní prostředky, investiční nástroje či komodity. Nově jsou výslovně uvedeny obchody, jejichž předmětem jsou povolenky na emise skleníkových plynů. Jejich explicitní zakotvení je odůvodněno skutečností, že emisní povolenky nejsou z hlediska českého práva považovány za investiční cenné papíry. Jejich zahrnutí do definice finančních pohledávek způsobilých k zajištění ovšem vyhovuje znění čl. 2 odst. 1 písm. f) FCAD a může dát podnět k rozvoji obchodu s emisními povolenkami.

Jak bylo uvedeno výše k § 2, toto široké vymezení je třeba vykládat v souladu se smyslem a účelem FCAD. Ta na mnoha místech jasně uvádí, že jí zaváděná úprava má sloužit k integraci, efektivnímu a bezpečnému fungování finančních trhů. Stávající celosvětová praxe vyžívání finančního zajištění je také úzce navázána na finanční trh. Zajišťované pohledávky by proto měly mít úzkou souvislost s finančním trhem, mělo by jít o pohledávky z obchodů, které se na tomto trhu typicky uskutečňují.

Zajištěná pohledávka může být nejen současná a nepodmíněná, ale i podmíněná a vznikající v budoucnu. Zajistit lze i pohledávky vznikající z plnění z „rámcové smlouvy“ a rovněž i pohledávky vůči jiné osobě, než je poskytovatel finančního kolaterálu. V případě zajištění pohledávek vyplývajících z rámcové smlouvy potom nemusí nutně dojít k ukončení celého smluvního vztahu v případě, že nastane rozhodná skutečnost (event of default).

Odstavec 3 je přitom paralelou § 4 odst. 3 druhé části věty na straně zajišťovaných pohledávek, tedy umožňuje zajištění formou poolingů, kdy mezi souborem zajišťovaných pohledávek a souborem majetkových hodnot poskytnutých jako zajištění není individuální návaznosti jednoho konkrétního aktiva na jednu konkrétní pohledávku.

Proti platné právní úpravě zástavního práva (§ 155 odst. 1 a 4 obč. zák.) se neomezují rozsah zajištění nepeněžitě pohledávky její obvyklou cenou v době vzniku zástavního práva, ani se nevyžaduje při zřízení zástavního práva pro určitý druh pohledávek limitovat jejich celkovou výši, ale ponechává se větší míra volnosti.

K § 6:

Stanovuje se osobní působnost zákona.

K odst. 1 a 2:

Odstavce první a druhý obsahují taxativní výčet osob, které mohou být příjemci nebo poskytovateli finančního kolaterálu.

Ačkoliv novelizační směrnice do subjektů finančního zajištění takřka nezasáhla, respektive zasáhla pouze z hlediska změny své věcné působnosti, dochází k rozšíření jejich okruhu z důvodu nepřesné transpozice FCAD v platné právní úpravě. Oproti stávající úpravě jsou nově uvedeny osoby vyjmenované v písmeni c), jež odpovídají příloze I bod 2 až 12 směrnice 2006/48/ES o přístupu k činnosti úvěrových institucí a o jejím výkonu, osoba oprávněná vykonávat směnárenskou činnost (odstavec 1 písm. d), organizátor regulovaného trhu (odstavec 1 písm. g), centrální depozitář cenných papírů (odstavec 1 písm. i), osoba, která jako svou rozhodující činnost provádí sekuritizaci (odstavec 1 písm. o), osoba, která obchoduje na vlastní účet s investičními nástroji, které nejsou finančními nástroji, nebo komoditami, a tato činnost patří mezi její rozhodující činnosti (odstavec 1 písm. p), tvůrce trhu podle zákona upravujícího podnikání na kapitálovém trhu (odstavec 1 písm. q) a osoba oprávněná provádět devizové operace (odstavec 1 písm. r). S výjimkou písmen o) a p) jde o doplnění výčtu institucí spadajících pod finanční instituce podléhající obezřetnostnímu dohledu dle čl. 1 odst. 2 písm. c) FCD. Písmena o) a p) jsou naopak instituce, které mohou spadat pod čl. 1 odst. 2 písm. e) FCD - ostatní právnické osoby, avšak jsou zařazeny do odstavce prvního, neboť jde o regulérní účastníky finančního trhu ze soukromého sektoru.

K odst. 3:

Odstavec třetí využívá ve shodě se současným zněním obchodního zákoníku diskreci danou směrnicí a zahrnuje pod osoby oprávněné veškeré právnické osoby. Materiálně tak nedochází ke změně oproti platné právní úpravě.

K odst. 4:

Oproti stávající úpravě se nově zavádí možnost, aby poskytovatelem (nikoli příjemcem) finančního kolaterálu byla i fyzická osoba. Tato možnost je dle získaných informací z členských států EU připuštěna v Maďarsku a s omezením pouze na zástavní právo také v Belgii.

Rozšíření možnosti sjednat finanční zajištění na fyzické osoby je zavedeno v souladu s výsledky provedeného hodnocení dopadů regulace (RIA), ze kterých vyplynulo, že tato možnost přináší četná pozitiva v podobě rozšíření počtu potenciálních protistran obchodů, které mohou sjednat finanční zajištění a tím širší diverzifikace rizika účastníků finančních trhů a vyšší míry zajištění věřitelů při provádění tzv. marginových obchodů, zvýšení objemu realizovaných transakcí a v důsledku toho i vyšší likvidity trhu a vypovídací hodnoty cen na trhu dosažených. Na druhou stranu nebyla zjištěna žádná rizika pro finanční trh či jeho jednotlivé účastníky, ani není předpokládáno zvýšení administrativních či transakčních nákladů.

V tomto případě je ovšem nutno splnit několik podmínek. Zaprvé musí být druhou stranou transakce jedinec obchodník s cennými papíry, banka či zahraniční osoba s obdobnou činností jako

právě uvedené subjekty. Výběr subjektů je dán účelem zavedení této možnosti, který je specifikován pod písmenem b) tohoto odstavce. Využití režimu finančního zajištění se umožňuje fyzickým osobám z důvodu poskytnutí právní možnosti tohoto kvalifikovaného zajištění pro nejčastěji používaný typ obchodů, které tyto osoby na finančních trzích provádějí a u kterých je jeho využití praktické z pohledu obou stran, a to jsou tzv. marginové obchody, tj. obchody prováděné s poskytnutím úvěru nebo půjčky zákazníkovi za účelem umožnění obchodu s investičním nástrojem, na němž se poskytovatel úvěru nebo půjčky podílí. Zavedení možnosti sjednat finanční zajištění pro fyzické osoby bude mít za následek rozšíření okruhu osob s přístupem k obchodování na finančních trzích, a tím i obecné zvýšení likvidity a celkového objemu obchodů na těchto trzích. Z pohledu věřitelů pak bude posílena efektivita nákladů a vzhledem k vyšší míře zajištění i stabilita celého finančního systému. Tato možnost tak může celkově přispět k rozvoji volného pohybu služeb a kapitálu na jednotném trhu finančních služeb a tím k hlubšímu naplnění cílů FCAD.

Fyzická osoba - poskytovatel finančního kolaterálu tak může finanční zajištění využít k realizaci shora charakterizovaných marginových obchodů, nebo musí jít o osobu s dostatečným majetkem, který jí umožňuje provádět obchody na finančních trzích obdobným způsobem jako právnické osobě [věcně se zde navazuje na koncept profesionálního zákazníka na žádost podle ZPKT - § 2b odst. 1 písm. b) bod 2]. Vyloučení jsou tak běžní spotřebitelé. Důvodem zavedení této možnosti je také skutečnost, že často neexistuje faktický rozdíl mezi např. osobní obchodní společností, nebo jednočlennou společností s ručením omezeným, a fyzickou osobou provádějící obchody na finančním trhu, a to ani co do majetku, ani co do zkušeností a vědomostí ohledně tohoto obchodování. V případě výše zmíněných marginových obchodů by pak možnost poskytnout jakožto záruku finanční kolaterál výrazně přispěla k rozvoji trhu a bezpečnosti obchodování.

Důležitou podmínkou je, že v případě fyzické osoby – poskytovatele je třeba vždy výslovně smluvně určit, že jde o finanční zajištění. Pro tuto možnost se tedy zavádí princip opt-in z důvodu zvýšené ochrany fyzických osob.

K odst. 5:

Stanoví se časový okamžik, k němuž se způsobilost pro finanční zajištění posuzuje. Odstavec 5, byť netranspoziční, řeší dosavadní právní nejistotu, která panuje ohledně okamžiku, ke kterému se způsobilost sjednat finančního zajištění, tedy splnění příslušných kritérií, posuzuje. Tedy, zda k okamžiku uzavření smlouvy o finančním zajištění nebo musí být dána po celou dobu trvání smluvního vztahu či finančního zajištění. Pouze v případě osob uvedených v odstavci 1, tedy různých typů finančních institucí, se stanoví možnost dodatečného zhojení nedostatku způsobilosti ke sjednání finančního zajištění. Pokud tedy například některá z těchto osob sjedná finanční zajištění v okamžiku, kdy už obdržela příslušnou licenci, která ovšem ještě nenabyla právní moci, neměl by tento nedostatek, v budoucnu odstraněný, sám o sobě způsobovat, že se na právní vztah nebude hledět jako na finanční zajištění.

K § 7:

Finanční zajištění může být založeno pouze smlouvou, z jiného právního důvodu nemůže vzniknout. V souladu s komunitární předlohou neklade zákon na formu smlouvy, již se finanční zajištění sjednává, žádné zvláštní požadavky. Požadavkem, který v této souvislosti uvádí FCAD (recitál 11, čl. 1 odst. 5 čtvrtý pododstavec, čl. 3 odst. 2.), je, aby sjednání finančního zajištění bylo prokazatelné, přičemž tento důkaz je možno provést písemně nebo jakýmkoli jiným právně vymahatelným způsobem, který stanovuje právo, jímž se řídí dohoda o finančním zajištění. Tato

skutečnost ovšem vyplývá z obecné procesní povinnosti důkazní a z důkazního břemene, proto není třeba ji v zákoně výslovně uvádět.

K odst. 2:

Shodně se současným zněním obchodního zákoníku se výslovně uvádí, že je finanční zajištění založeno na tzv. opt-out principu (tedy jednání způsobilých stran, naplňující znaky uvedené zákonem o finančním zajištění, bude považováno za finanční zajištění, pokud strany výslovně nesjednají, že o finanční zajištění nejde), tento princip lze ovšem dovodit i z celkové koncepce zákona; ustanovení § 6 odst. 4 písm. c) je v tomto případě lex specialis a pokud je tedy poskytovatelem finančního kolaterálu fyzická osoba, je třeba vždy respektovat princip opt-in, tedy požadavek výslovného smluvního ujednání, že daný vztah bude finančním zajištěním.

K § 8:

K odst. 1 a 2:

Toto ustanovení upravuje nezbytnou podmínku vzniku finančního zajištění. V souladu se směrnicí je nutné ke vzniku finančního zajištění finanční kolaterál příjemci poskytnout. Poskytnutím se rozumí jakýkoli úkon, který umožní příjemci užívat finanční kolaterál a nakládat s ním, zákon takové úkony vypočítává. Vzhledem k tomu, že se na finanční zajištění zástavním právem k cenným papírům užijí ustanovení zákona o cenných papírech, není tak dotčena povinnost zápisu zástavního práva k cennému papíru do příslušné evidence (§ 42 odst. 1 zákona o cenných papírech); ustanovení zákona tento fakt přesto výslovně zdůrazňuje.

Vznik finančního zajištění je nutné doložit písemně, včetně zachycení těchto okolností na jiném médiu, které umožní uchování a reprodukci záznamu v nezměněné podobě, doložení jeho sjednání je možné jakýmkoli jiným způsobem. Důkaz poskytnutí finančního kolaterálu musí umožňovat identifikaci poskytnutého finančního kolaterálu a pohledávky, pro níž bylo sjednáno.

K odst. 3:

Zvláště pro finanční kolaterál v podobě tzv. úvěrových pohledávek se vymezuje možnost prokázat jejich poskytnutí ve smyslu odstavce 1 jejich zařazením na seznam pohledávek, který je odevzdán příjemci, a to v listinné podobě. Důležité je stanovení pravidla, že v takovém případě, bez ohledu na vlastní modus poskytnutí tohoto finančního kolaterálu příjemci, nemůže poskytovatel s úvěrovými pohledávkami zařazenými na seznam dále nakládat.

K § 9:

V případě finančního zajištění v podobě převodu se nabyvatel stává vlastníkem finančního kolaterálu. Uživací právo a právo nakládat s finančním kolaterálem mu tak náleží vždy, a to přímo z titulu vlastnictví. V případě finančního zajištění v podobě zástavního práva ovšem tato práva automaticky nevznikají, je tedy třeba výslovné zákonné úpravy. Zákon stanoví, shodně se stávající úpravou obchodního zákoníku, že tuto možnost mohou strany dohodnout ve smlouvě, již sjednávají finanční zajištění.

V souladu s novelizační směrnicí se zakazuje užívat nebo nakládat se zastaveným finančním kolaterálem, pokud jím je úvěrová pohledávka.

K § 10:

Zástavní právo, jehož předmětem byl finanční kolaterál, v případě nakládání s ním příjemcem zaniká; pokud je tak kolaterál například převeden příjemcem na třetí osobu, není už věcněprávně zatížen. I tato úprava odpovídá úpravě ustanovení § 323b odst. 3 obchodního zákoníku. Majetková hodnota, kterou příjemce poskytne jako náhradu za původní kolaterál, se kterým

disponoval, se pak stává předmětem nového („obnověného“) zástavního práva, jako původní kolaterál, okamžik vzniku tohoto zástavního práva se považuje za totožný s okamžikem vzniku zástavního práva původního, materiálně je tedy převzato ustanovení § 323a odst. 8 obchodního zákoníku.

K § 11:

K odst. 1:

Pokud příjemce nakládá se zastaveným finančním kolaterálem, musí nejpozději ke dni splatnosti zajištěné pohledávky chybějící finanční kolaterál nahradit, a to i pokud zajištěná pohledávka nebyla včas a řádně splněna, aby mohla být nahrazená majetková hodnota využita k uspokojení právně přípustným způsobem.

Oproti stávající úpravě není v úvodních ustanoveních zákona schematicky vymezen pojem rovnocenného kolaterálu; ten je dostatečně určen stanovením pravidel pro vracení užívaného finančního kolaterálu [tedy vymezen přípustnou majetkovou hodnotou k nahrazení – písmena a) a c) a poslední věta odstavce 1]. Nahrazuje se v zásadě to, co bylo užíváno, resp. zastupitelné hodnoty stejného množství. V případě, že tak stanoví smlouva, může být místo finančních nástrojů nahrazena i jiná majetková hodnota, vždy však musí jít o majetkovou hodnotu, kterou lze finančně kolateralizovat.

K odst. 2:

Namísto nahrazení chybějícího finančního kolaterálu, s nímž bylo nakládáno, je možné započtení jeho hodnoty oproti zajištěné pohledávce včetně zahrnutí do závěrečného vyrovnání, ovšem pouze pokud tato možnost byla stranami sjednána a pokud se jedná o pohledávky způsobilé ke kompenzaci.

K odst. 3:

Pokud nejsou pohledávky příjemce a poskytovatele stejného druhu, např. když příjemce poskytl finanční nástroje na zajištění půjčených peněz, je nutno tyto pohledávky ocenit a provést příslušnou konverzi na pohledávky peněžité. Tato podmínka odpovídá požadavkům obchodního zákoníku v ustanovení § 323b odst. 5 a § 323d odst. 4.

K odst. 4:

Na trvání a identitě zajišťovacího právního vztahu se nic nemění. Majetková hodnota, která je poskytnuta příjemcem jako náhrada za zastavený kolaterál, který užíval, je předmětem téhož ujednání; hledí se na ni, jako by byla poskytnuta ve stejný okamžik jako původní, užívaný finanční kolaterál. Jinými slovy, vznik finančního zajištění není dotčen právem poskytovatele finančního kolaterálu na nahrazení finančního kolaterálu.. Je zde tedy vyjádřen stejný princip, jako v ustanovení § 323a odst. 4 a 8 obchodního zákoníku.

K § 12:

Ustanovení řeší situaci, kdy je jako finanční kolaterál poskytnuta úvěrová pohledávka. V takovém případě může dojít běžně k tomu, že poddlužník této zastavené úvěrové pohledávky bude průběžně splácet poskytnutý úvěr. Zákon jako základní pravidlo stanoví, že poddlužník bude splátky úvěru plnit poskytovateli finančního kolaterálu, tedy jeho původnímu věřiteli. Smluvně je ovšem možno dohodnout, že má poddlužník plnit jednotlivé splátky po dobu trvání finančního zajištění příjemci finančního kolaterálu – zástavnímu věřiteli.

K § 13:K odst. 1 a 2:

Zatímco právo poskytovatele finančního kolaterálu vyměnit poskytnutý finanční kolaterál za jiný nebo požadovat vrácení části finančního kolaterálu, která převyšuje hodnotu zajištěné pohledávky, je nutno stanovit ve smlouvě, práva příjemce finančního kolaterálu na navýšení zajištění v případě výskytu určitých událostí majících vliv na riziko, které nese příjemce zajištění ze zajištěné pohledávky, vyplývá přímo ze zákona; postavení příjemce je tak posíleno srovnatelným způsobem jako v obecné úpravě zástavního práva v občanském zákoníku.

Uvedená práva jsou výslovně vyjádřena v zákoně, obdobně jako je tomu v současném znění obchodního zákoníku, i přes možnost subsidiárního použití ustanovení občanského zákoníku v případě zástavního práva či existenci obecného principu smluvní volnosti pro případ převodu ve prospěch věřitele. Sledovaným účelem je dosažení právní jistoty ohledně odporovatelnosti těchto úkonů v insolvenčním řízení. Vzhledem k tomu, že při výměně, vrácení či doplnění finančního kolaterálu vykonává poskytovatel finančního kolaterálu své ze zákona a potažmo smlouvy vyplývající právo (povinnost), nelze toto jednání samo o sobě považovat za zvýhodňující právní úkon dle ustanovení § 241 insolvenčního zákona, který by mohl být bez dalšího stížen neúčinností. To ovšem nevylučuje užití ustanovení o neúčinnosti právních úkonů, pokud by se přidal další, z hlediska insolvenčního práva závadný motiv či okolnost (viz § 15 odst. 3).

K odst. 3:

Výkon výše uvedených práv nemění nic na identitě poskytnutého finančního kolaterálu a tedy na již založeném závazkovém právním vztahu, zejména pokud jde o okamžik jeho vzniku, obsah a trvání. Vyměněný, vrácený či doplněný kolaterál je předmětem téhož smluvního vztahu, pro účely insolvenčního zákona je tak třeba na něj hledět, jako by šlo o kolaterál původní a okamžik jeho poskytnutí považovat za totožný s okamžikem poskytnutí tohoto původního kolaterálu. Jak je uvedeno výše, nevylučuje se ovšem aplikace ustanovení o neúčinnosti některých úkonů dle insolvenčního zákona, pokud by k výkonu těchto práv došlo za účelem zkrácení věřitelů a tato skutečnost by vyplývala z jiných okolností, nikoli ze samotného provedení těchto úkonů.

Ačkoli to není výslovně uvedeno, je otázkou smluvní volnosti, zda si strany dohodnou, že výměnou či vrácením části finančního kolaterálu nebo doplněním zajištění se mění rozsah finančního zajištění.

K § 14:

Příjemce finančního kolaterálu se může uspokojit z finančního kolaterálu, jakmile je zajištěné právo splatné a neuspokojené nebo nastane rozhodná skutečnost stranami smluvená. Toto pravidlo pokrývá veškeré možné situace, které mohou nastat, a to jak právem stanovené, tak dohodnuté stranami. V případě, že nastane rozhodná skutečnost týkající se jen části finančního kolaterálu, nedochází k realizaci celého finančního kolaterálu, ale jen té části, pro niž nastala rozhodná skutečnost. Jak už bylo řečeno, podmínky tzv. rozhodné skutečnosti mohou být smluvně nastaveny libovolně, proto v případě například pouze částečného nesplnění závazku poskytovatelem nemusí dojít k realizaci vůbec, pokud je to vůlí stran.

Výčet možností uspokojení se z finančního kolaterálu pokrývá veškeré způsoby uvedené v FCAD. Přednost má vždy dohoda stran. Zákon pak stanoví subsidiárně možnosti realizace finančního kolaterálu. Tato ustanovení je třeba číst ve vazbě na jednotlivé druhy finančního kolaterálu dle § 4 odst. 1.

V případě zastaveného finančního kolaterálu je nezbytné, aby možnost jeho ponechání či propadnutí, která je v případě obecného zástavního práva vyloučena, byla stranami vždy výslovně smluvna, včetně určení ceny, která bude za toto propadnutí započtena proti zajištěné pohledávce.

K § 15:

Ustanovení má, v souladu s FCAD, zásadní význam pro příjemce finančního kolaterálu při jeho uspokojení. Naplňuje se jím jedna ze základních výhod finančního zajištění. Na úpravu výkonu práva na uspokojení z finančního kolaterálu se totiž nepoužijí předpisy pro zajišťovací prostředky jinak běžné. Přitom je zachována možnost smluvních stran sjednat si tyto podmínky výkonu práva na uspokojení z finančního kolaterálu ve smlouvě odchylně.

K § 16:

K odst. 1:

Jedná se o klíčová ustanovení stanovící pravidlo pro efektivní použití institutu finančního zajištění, tedy vyloučení vztahů finančního zajištění z dosahu vykonávacího či exekučního řízení, vstupu do likvidace, zavedení nucené správy či obdobného opatření správního orgánu či soudu. Z logického výkladu ve spojení s podmínkou odstavce 2 pak plyne, že chráněny jsou pouze vztahy finančního zajištění, které byly sjednány ještě před tím, než nastala tato skutečnost, bylo zahájeno takovéto řízení či přijato uvedené opatření.

Správním orgánem se tu rozumí orgán moci výkonné, orgán územních samosprávných celků nebo jiný orgán, právnická či fyzická osoba, pokud vykonává působnost v oblasti veřejné správy (§ 1 odst. 1 správního řádu). Nelze sem proto řadit např. opatření státního zástupce přijatá v rámci přípravného řízení dle trestního řádu.

Jiným úkonem či opatřením správního orgánu či soudu je třeba rozumět zejména opatření České národní banky týkající se penzijních fondů dle ustanovení § 43 odst. 1 zákona o penzijním připojištění se státním příspěvkem, nebo opatření týkající se družstevních záložen dle ustanovení § 28 odst. 1 písm. a) až c) zákona o spořitelních a úvěrních družstvech.

V českém právním řádu budou vytvářet tato ustanovení normativní ohnisko vyloučení účinků příslušných zákonů, zrcadlová úprava v sektorových předpisech bude zrušena. Dojde tak ke zrušení § 67 exekučního řádu, § 317 odst. 3 o.s.ř atp. Takto bude docíleno plné transpozice čl. 8 FCAD, neboť není třeba podrobně specifikovat, které aspekty finančního zajištění budou před těmito veřejnoprávními skutečnostmi chráněny.

Je nutno si přitom uvědomit, že se poskytuje ochrana dodržení smlouvy o finančním zajištění, neposkytuje se ochrana před jejím nedodržením. Proto není např. chráněn poskytovatel v případě, že příjemce nesplní svou povinnost nahradit zastavený finanční kolaterál, s nímž nakládal.

K odst. 2:

Vyloučení účinků příslušných právních skutečností se umožňuje i v případě, že finanční zajištění bylo sjednáno nebo vzniklo v tentýž den, ovšem až potom, co nastala některá z událostí či bylo zahájeno řízení dle odstavce 1. Touto podmínkou je absence oznámení této skutečnosti příjemci resp. nemožnost se o ní dozvědět. Jinými slovy ochrana před účinky citovaných zákonů se poskytuje nejpozději do okamžiku, kdy rozhodné opatření nabude příslušných účinků.

K odst. 3:

Z důvodu vyšší právní jistoty a ochrany účastníků insolvenčního řízení je úprava vztahu tohoto řízení k institutu finančního zajištění ponechána insolvenčnímu zákonu. Příslušná ustanovení budou současně novelizována, aby odrážela lépe požadavky FCAD a nevyklučovala z dosahu insolvenčního řízení finanční zajištění absolutně, ale pouze chránila realizaci finančního kolaterálu příjemcem a zabráňovala automatickému použití ustanovení o neúčinnosti na jednotlivé úkony, vyplývající ze smlouvy, již bylo finanční zajištění sjednáno (§ 366 odst. 3 insolvenčního zákona).

K § 17:

Vyjadřuje se základní pravidlo, že zákon o finančním zajištění je těžištěm úpravy tohoto institutu, k němuž se sbíhají a pod jehož vlivem jsou, v mezích úpravy, kterou obsahuje, i soukromoprávní ustanovení, která se obecně týkají právních institutů v něm zahrnutých. V případě finančního zajištění v podobě převodu finančního kolaterálu tak ustanovení zákona a ustanovení smlouvy v jeho rámci budou mít přednost před obecnou úpravou zástavního práva a převodu věcí, práv nebo jiných majetkových hodnot ve prospěch věřitele.

Kromě toho zákon v tomto ustanovení upravuje v případě otázek týkajících se finančního zajištění, které by byly upraveny smlouvou a přitom zákonem nejsou vyčerpávajícím způsobem vyřešeny, podpůrné použití zvyklostí. Zvyklosti, které se v oblasti smluv o finančním zajištění vytvořily a jsou dlouhodobě zachovávány převážnou většinou osob využívajících tento institut na mezinárodních finančních trzích mají aplikační přednost před kogentními ustanoveními předpisů občanského či obchodního práva, pokud jde o posouzení obsahu smlouvy, již se finanční zajištění sjednalo. Uvedené zvyklosti mají odraz především ve vzorových rámcových smlouvách mezinárodních profesních asociací, jako je typicky výše zmiňovaná ISDA. Tyto smlouvy byly vytvořeny na základě dlouholeté praxe a jsou běžně využívány smluvními stranami finančního zajištění na mezinárodních finančních trzích. Cílem ustanovení je tak vyloučit aplikaci kogentních předpisů českého práva, které by do těchto ustálených a fungujících principů mohly zasáhnout a znevýhodnit tak smluvní strany finančního zajištění, které bude podřízeno českému právu, vůči ostatním účastníkům mezinárodních finančních trhů.

Uvedený návrh konvenuje cíli FCAD, kterým je mj. omezit systémové riziko v platebních a vypořádacích systémech způsobené vlivem rozdílných právních řádů a zavést společná pravidla pro zajištění poskytovaná v takových systémech. Proto zákon upravuje přednost mezinárodních zvyklostí před kogentním ustanovením právního předpisu, za předpokladu, že by takové ustanovení bylo s nimi v přímém rozporu.

Princip aplikační přednosti, obsažený v obou odstavcích § 17, evidentně směřuje výhradně k úpravě majetkových vztahů. Nejsou vyloučeny základní zásady soukromého práva, jako presumpce poctivosti nebo dobré mravy, ani úprava, která v zákoně není obsažena ani s úpravou finančního zajištění není spojována v praxi mezinárodních finančních trhů, například ustanovení o neplatnosti právních úkonů, jejich výkladu, úprava promlčení, náhrady škody aj. Tato úprava tedy samozřejmě nemůže být vyloučena či měněna ani ujednáním stran na základě zákona o finančním zajištění či v rámci zvyklostí.

Za účelem zvýšené ochrany poddlužníků úvěrových pohledávek, které budou použity jako finanční kolaterál, jsou výslovně uvedena ustanovení občanského práva, která mají sloužit jejich ochraně a která ani úpravou finančního zajištění nejsou nijak dotčena. Postavení dlužníků těchto úvěrových pohledávek se tak, s výjimkou výslovně upravené možnosti vzdát se práva na

započtení, k čemuž ovšem musí dojít ze strany dlužníka a na základě jeho svobodné vůle, nijak nezhoršuje.

K § 18:

Z důvodu právní jistoty se stanoví, podle které úpravy je třeba posuzovat již uzavřené smlouvy o finančním zajištění, použita je klasická úprava nepravé zpětné účinnosti nového zákona.

K § 19:

S ohledem na implementační lhůtu, která uplyne dne 30. prosince 2010 se stanoví den nabytí účinnosti tak, aby Česká republika své povinnosti včasné transpozice dostála.