

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 směrnici 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, spořitelna 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, směnářská činnost, poskytování poradenské činnosti týkající se struktury kapitálu, průmyslové strategie a s tím souvisejících otázek, přeměn společností nebo převodů podniků, obhospodařování majetku zákazníka, je-li jeho součástí investiční nástroj, 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, nástroji peněžního trhu, 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,
- ústřední protistrana, zúčtovatel nebo clearingová instituce podle zákona upravujícího platební styk
- obchodník s cennými papíry
- organizátor regulovaného trhu
- ústřední protistrana, zúčtovatel nebo clearingová instituce 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.
- jiná právnická osoba nebo jiná než fyzická zahraniční 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. Odlišný režim je přitom zvolen pro podnikající fyzické osoby. Tyto mohou být příjemcem či poskytovatelem finančního kolaterálu za stejných podmínek, jako právnická osoba nebo jiná než fyzická zahraniční osoba. Pro tyto osoby je ovšem stanovena dodatečná podmínka, že se finanční zajištění sjednává v souvislosti s jejich podnikatelskou činností.

Jiné fyzické osoby, tedy nepodnikající fyzické osoby, ale také podnikající fyzické osoby, pokud finanční zajištění nesjednávají v souvislosti se svou podnikatelskou činností, mohou být pouze poskytovatelem finančního kolaterálu, a to za splnění přísněji 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) příjemcem finančního zajištění je banka, která má povolení poskytovat investičních služeb, obchodník s cennými papíry nebo zahraniční osoba s povolením k poskytování investičních služeb,
- b) s přihlédnutím ke všem okolnostem je 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,
- c) bylo výslovně sjednáno, že jde o finanční zajištění,
- d) smlouva, jíž se finanční zajištění sjednalo, má písemnou formu a
- e) příjemce před uzavřením smlouvy informoval poskytovatele o hlavních charakteristikách právní úpravy finančního zajištění a o tom, jak se právní úprava finančního zajištění liší od obecné úpravy zástavního práva a převodu věcí, práv nebo jiných majetkových hodnot ve prospěch věřitele.

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 bude nezbytně, už vzhledem k totožné komunitární předloze, založena na principu úplné materiální kontinuity s úpravou dosavadní. V žádném případě tak nedojde ke změně právního postavení stran finančního zajištění oproti stávajícímu stavu. Dojde pouze k nezbytným formálním úpravám a budou odstraněny určité interpretační problémy, které by mohly v souvislosti se vztahy finančního zajištěním vznikat.

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 nebo nastane jiná dohodnutá skutečnost,

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 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 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. Ta zavádí nový druh finančního kolaterálu v podobě úvěrových pohledávek a zároveň požaduje, aby národní právní řády umožnily využití s tím souvisejícího institutu, tzv. seznamu úvěrových pohledávek, aniž by blíže upravovala jeho povahu či právní důsledky. Aby bylo tento institut možno aplikovat v českém právním řádu, je třeba komplexně upravit právní otázky s tím související, a to způsobem, který umožní jeho reálnou využitelnost ve vztazích finančního zajištění a zároveň poskytne dostatečnou ochranu dlužníkům, jejichž závazek kolateralizovaným úvěrovým pohledávkám bude odpovídat.

Současná právní úprava finančního zajištění se vyznačuje určitým schematismem právních norem a nesouladem s věcnou působností a povahou obchodního zákoníku, do něž byla směrnice transponována. Konkrétně jde o následující nedostatky:

1) 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.

2) Platná právní úprava obsahuje některá opomenutí vyloučením účinku sektorových předpisů. Tak například nechrání příjemce finančního kolaterálu v případě nucené správy obchodníka s cennými papíry, který není bankou. Na druhou stranu je úpravou sektorových předpisů finanční zajištění vyňato z dosahu účinků jednotlivých řízení či právních událostí (insolvence, výkon rozhodnutí, nucená správa apod.) bez dalšího, což neodpovídá smyslu a účelu FCAD. Nejsou tak stanovena jasná pravidla ohledně časového úseku, ve kterém musí být finanční zajištění sjednáno či musí vzniknout, a podmínek, které musí být splněny, aby se vyloučení účinků těchto institutů uplatnilo. Není výslovně zachováno použití ustanovení týkajících se právních úkonů učiněných in fraudem creditoris.

3) Novelizační směrnice poskytuje členským státům v několika ohledech diskreci, jejíž využití je třeba důkladně analyzovat v rámci hodnocení dopadů regulace a v právní úpravě zohlednit jeho výsledek. Je vhodné při této příležitosti znovu posoudit i dopady využití či nevyužití diskrecí obsažených již v FCAD, zejména s ohledem na poznatky z dosavadního fungování institutu finančního zajištění v praxi.

4) Transpozice směrnic způsobem „jak stojí a leží“ může vést na jedné straně k celkovému schematismu právních norem, na druhé straně vyvolávat komplikované konstrukce, neulehčující praktický život. V případě úpravy finančního zajištění může být jedním z příkladů vymezení „rovnocenného finančního kolaterálu“.

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), a sdružení zahraničního práva, které nemají právní subjektivitu (např. německá veřejná obchodní společnost) 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.

V souvislosti s přípravou nového zákona o finančním zajištění bylo znovu zhodnoceno využití této diskrece a jeho rozsah. Zvoleným kritériem byla velikost těchto subjektů. Z charakteru právnických osob určité velikosti a významu lze dovozovat, že mají předpoklady finanční zajištění efektivněji využívat a že jsou lépe 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“)

Tato kritéria lze stejným způsobem aplikovat i na sdružení, která podle zahraničního práva nejsou právnickou osobou, ale plní obdobnou ekonomickou funkci (partnership, německá veřejná obchodní společnost apod.).

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 podnikajícím fyzickým osobám a dále i nepodnikajícím 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 podnikajícím fyzickým osobám a dále i nepodnikajícím 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 – podnikatelům za stejné podmínky, za které je jeho sjednání umožněno právnickým osobám a jiným než fyzickým zahraničním osobám, a dále také nepodnikajícím fyzickým osobám, avšak za podmínky, že bude výslovně sjednáno, že jde o finanční zajištění, tedy uplatnění tzv. principu „opt-in“.

Obecným argumentem pro rozšíření možnosti sjednat finanční zajištění na fyzické osoby – podnikatele je skutečnost, že často neexistuje faktický rozdíl mezi např. osobní obchodní společností, nebo jednočlennou společností s ručením omezeným, a podnikající fyzickou osobou, a to ani co do majetku, ani co do zkušeností a vědomostí ohledně obchodování na finančním trhu. Není proto důvod neumožnit těmto osobám sjednání finančního zajištění za stejných podmínek, jako právníkům osobám, pokud tohoto zajišťovacího institutu budou využívat v souvislosti se svou podnikatelskou činností.

Zváženo bylo dále rozšíření možnosti sjednat finanční zajištění i na další fyzické osoby, tedy ty, které nepodnikají, nebo finanční zajištění nesjednávají v souvislosti se svou podnikatelskou činností.

I v případě této varianty je však třeba zohlednit vazbu FCAD na obchody obvykle prováděné na finančním trhu. Poskytnutí této možnosti nepodnikajícím 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 s povolením k poskytování investičních služeb či zahraniční osoba s tímto povolením.

Finanční zajištění dále bude moci být využito pouze 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.

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. S tím souvisí i další dvě podmínky, tedy podmínka písemné smlouvy, která se obecně v případě finančního zajištění nevyžaduje, a dále požadavek, že příjemce bude poskytovatele před jejím uzavřením informovat o podstatě finančního zajištění a o jeho odlišnostech ve vztahu k běžným zajišťovacím institutům. Tyto tři podmínky jsou vzájemně provázány a společně by měly sloužit účelu zvýšené ochrany nepodnikajících fyzických osob.

Jejich ochranu posílí i skutečnost, že finančním kolaterálem v tomto případě bude moci být pouze majetek zákazníka ve smyslu zákona o podnikání na kapitálovém trhu, tedy v zásadě majetkové hodnoty, které poskytovatel získal právě na základě uskutečněného marginového obchodu, na nějž mu byl poskytnut úvěr či půjčka, popřípadě další investiční nástroje či peněžní prostředky, které má příjemce finančního kolaterálu ve své moci v souvislosti s poskytováním investičních služeb této fyzické osobě. Chráněn by tak byl další majetek poskytovatele – fyzické osoby, například vklady na bankovních účtech, které by nemohly být jako finanční kolaterál použity.

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 nejhodnějšího řešení

Z výše uvedených variant se jeví jako nejhodnější a nejučelnější varianta 3. Selektce 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 právnické osoby, a její rozšíření o podnikající fyzické osoby bez dalšího a dále o nepodnikající 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 ovládaný poskytovatelem nebo jsou ovládaný 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 pro příjemce finančního kolaterálu, spočívající v možné ztrátě hodnoty finančního kolaterálu v okamžiku vzniku práva uspokojit se z finančního kolaterálu, neboť v případě, kdy u poskytovatele 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 transparency, 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	- 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 regulatorním 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 vyplývajících 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, spořitelní a úvěrní družstvo nebo zahraniční osoba s obdobou činností jako banka nebo spořitelní a úvěrní družstvo

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, spořitelní a úvěrní družstvo 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. To ovšem obecně, tedy i v případě ostatních variant, platí pouze pokud jde o důsledky samotné kolateralizace pohledávky, tedy její dočasný převod či zástavu ve prospěch příjemce finančního kolaterálu. Pokud dojde k realizaci finančního kolaterálu, může být i v tomto případě pohledávka za spotřebitelem zpeněžena jejím postoupením jinému subjektu, který už bankovním tajemstvím vázán není. V takovém případě jde ovšem už o otázky vycházející z porušení smluvní povinnosti, které nemohou být ve všech důsledcích řešeny zákonnou úpravou.

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 právníckými 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 či spořitelna a úvěrní družstvo. 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	++	+	--
Transparentnost a efektivita finančního trhu	-	+	+
Náklady			
Administrativní a transakční náklady související se sjednáním finančního zajištění	++	+	++
Vliv na režim bankovního tajemství	++	0	0

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 by tak nadále zůstala zachována. Nad rámec obecné úpravy občanského zákoníku by ovšem byl explicitně vymezen důkazní prostředek, jímž lze dlužníkovi vznik finančního zajištění prokázat v případě, že jej prokazuje osoba odlišná od poskytovatele finančního kolaterálu, tedy od postupitele či zástavce. Zároveň by bylo třeba jednoznačně vymežit právní důsledky použití seznamu úvěrových pohledávek k prokázání kolateralizace pohledávky dlužníkovi. Na jisto by mělo být postaveno, za jakých podmínek se dlužník zproští závazku plněním poskytovateli finančního kolaterálu a kdy je naopak oprávněn, či povinen, plnit příjemci.

Návrh variant řešení

Varianty byly zvažovány dvě:

- varianta 0 – nevyužití diskrece, seznam úvěrových pohledávek nelze bez dalšího použít k prokázání vzniku finančního zajištění a identifikaci finančního kolaterálu vůči dlužníkovi úvěrové pohledávky a třetím osobám
- varianta 1 – využití diskrece, k prokázání vzniku finančního zajištění a identifikaci finančního kolaterálu vůči dlužníkovi úvěrové pohledávky a třetím osobám postačuje seznam úvěrových pohledávek

Varianta 0 – nevyužití diskrece, seznam úvěrových pohledávek nelze bez dalšího použít k prokázání vzniku finančního zajištění a identifikaci finančního kolaterálu vůči dlužníkovi úvěrové pohledávky a třetím osobám

Platná právní úprava občanského zákoníku vyžaduje, aby byl dlužník pohledávky informován v případě, že je pohledávka postoupena či zastavena, pokud má být postoupení či zastavení vůči němu účinné. Není přitom stanoven způsob, jakým má být dlužník o této skutečnosti informován. V případě, že mu tuto skutečnost sdělí postupitel či zástavce, tedy osoba, která je vůči dlužníkovi v postavení věřitele, postačuje pouhé oznámení, zatímco v případě postupníka či zástavního věřitele je třeba tuto skutečnost z jeho strany prokázat, vzhledem k tomu, že se z hlediska dlužníka jedná o neznámý subjekt, se kterým zatím nebyl v žádném smluvním vztahu.

Pokud by byl tento princip v případě úvěrových pohledávek bez dalšího zachován, byla by reálná možnost příjemce finančního kolaterálu v případě nečinnosti poskytovatele prokázat dlužníkovi úvěrové pohledávky její postoupení či zastavení mimořádně problematická, zejména s ohledem na skutečnost, že v případě finančního zajištění nemusí existovat písemná smlouva. Příjemce finančního zajištění by tak byl prakticky odkázan spoléhat na to, že poskytovatel splní svou povinnost a postoupení či zastavení úvěrové pohledávky dlužníkovi oznámí. Pokud by tomu tak nebylo, jeho možnost uspokojit se rychle a bez zvýšených administrativních nákladů z finančního kolaterálu by byla značně ztížena; cíle FCAD a novelizační směrnice by tak nebyly dostatečně naplněny a stíral by se i základní smysl finančního zajištění. Pokud by na druhou stranu dlužník byl ochoten příjemci plnit pouze na základě předložení seznamu úvěrových pohledávek, vystavoval by se tak riziku, že pohledávka ve skutečnosti postoupena či zastavena nebyla a že se svého závazku tímto plněním nezproští.

V případě, že seznam úvěrových pohledávek nebude dostačujícím důkazním prostředkem vůči třetím osobám (např. insolvenčnímu správci), ztrácí v mnoha ohledech opodstatnění. Kromě seznamu by totiž bylo třeba vytvořit jiný záznam, který by prokazoval poskytnutí finančního kolaterálu a umožňoval jeho identifikaci. Šlo by tak z hlediska stran finančního zajištění o duplicitní povinnost, nesoucí s sebou i další administrativní náklady.

Tabulka 16: Důsledky varianty 0

Hledisko	Důsledek
Informovanost mezi stranami	- dlužník je informován o kolateralizaci úvěrové pohledávky
Procedura informační povinnosti	- v případě poskytovatele finančního kolaterálu postačuje pouhé oznámení, v případě příjemce je pak nutno kolateralizaci pohledávky prokázat - prokázání kolateralizace pohledávky příjemcem finančního kolaterálu je velmi problematické
Administrativní náklady spojené s procedurou, flexibilita	- vysoké administrativní náklady na straně příjemce finančního kolaterálu - nízká flexibilita
Využitelnost seznamu úvěrových pohledávek	- seznam úvěrových pohledávek ztrácí praktický význam pro fungování finančního zajištění

Varianta 1 – využití diskrece, k prokázání vzniku finančního zajištění a identifikaci finančního kolaterálu vůči dlužníkovi úvěrové pohledávky a třetím osobám postačuje seznam úvěrových pohledávek

Povinnost informovat dlužníka o postoupení či zastavení úvěrové pohledávky, která odpovídá jeho závazku, zůstává zachována. Stanovil by se pouze explicitně způsob, který postačuje příjemci finančního kolaterálu k prokázání jeho nároků vůči dlužníkovi. Příjemci finančního kolaterálu by tak postačovalo prokázat dlužníkovi, že daná úvěrová pohledávka byla zařazena na seznam úvěrových pohledávek. Jeho možnost uspokojit se z finančního kolaterálu by tak nepřinášela žádné další administrativní náklady. Nebyl by nucen dlužníkovi prokazovat například to, že u poskytovatele finančního kolaterálu došlo k prodloužení a že mu tedy vzniklo právo finanční kolaterál realizovat. Dlužník by se ze zákona zprostil svého závazku plněním osobě, která by mu prokázala zařazení úvěrové pohledávky na seznam. Tím by byl dostatečně chráněn, zatímco riziko protiprávního jednání druhé strany, tedy například neoprávněné uplatnění nároku na splacení úvěrové pohledávky vůči dlužníkovi, by nesly subjekty, které finanční zajištění sjednaly.

Účinností seznamu úvěrových pohledávek vůči třetím stranám by byl zachován smysl tohoto institutu, který má fungování vztahů finančního zajištění usnadňovat, a nedošlo by ke vzniku dodatečných administrativních nákladů.

Tabulka 17: Důsledky varianty 1

Hledisko	Důsledek
Informovanost mezi stranami	- dlužník je informován o kolateralizaci úvěrové pohledávky
Procedura informační povinnosti	- v případě poskytovatele finančního kolaterálu postačuje pouhé oznámení, v případě příjemce je pak nutno kolateralizaci pohledávky prokázat - prokázání kolateralizace pohledávky příjemcem finančního kolaterálu je usnadněno použitím seznamu úvěrových pohledávek
Administrativní náklady spojené s procedurou, flexibilita	- nízké administrativní náklady na straně příjemce finančního kolaterálu - vyšší flexibilita

Využitelnost seznamu úvěrových pohledávek	- seznam úvěrových pohledávek usnadňuje fungování finančního zajištění
---	--

Zhodnocení variant a návrh nejvhodnějšího řešení

Z navržených variant se jeví jako nejvhodnější varianta 1. Současná legislativa ukládá povinnost informovat dlužníka o postoupení či zastavení pohledávky. 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.

Možnost využít seznamu úvěrových pohledávek k prokázání kolateralizace úvěrové pohledávky dlužníkovi a třetím osobám významně přispěje k hladkému fungování vztahů finančního zajištění, zejména usnadní výkon práva na uspokojení příjemcem finančního kolaterálu a tím i naplní základní účel celé právní úpravy finančního zajištění. Přispívá také ke snížení administrativních nákladů souvisejících s informační povinností vůči dlužníkovi.

Tabulka 18: Porovnání dopadů variant

Dopad	Varianta	
	varianta 0 - nevyužití diskrece	varianta 1 – využití diskrece
Přínosy		
Informovanost mezi stranami	+	+
Využitelnost seznamu úvěrových pohledávek	--	++
Náklady		
Administrativní náklady, flexibilita	++	-
Možnost uspokojení z finančního kolaterálu	+	-

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.

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 zaslaná 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 [§ 5 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 (§ 5 odst. 4) s tím, že příjemcem či poskytovatelem může být pouze osoba uvedená v § 7 odst. 2 písm. d) až f), nebo je příjemcem i poskytovatelem banka nebo spořitelna a úvěrní družstvo.
- rozšíření osobní působnosti na podnikající fyzické osoby [§ 7 odst. 3 písm. c)] a dále na nepodnikající fyzické osoby (§ 7 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.

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	§ 3, § 4 a § 9 odst. 2
§ 323a odst. 2 písm. a) návětí	§ 2 písm. c)
§ 323a odst. 2 písm. a) bod 1.	§ 6 odst. 2
§ 323a odst. 2 písm. a) bod 2.	§ 6 odst. 3
§ 323a odst. 2 písm. a) bod 3	§ 6 odst. 1
§ 323a odst. 2 písm. b)	§ 5 odst. 1, § 10 odst. 1
§ 323a odst. 2 písm. c)	§ 2 písm. e), § 5 odst. 1 písm. b) a c)
§ 323a odst. 2 písm. d)	§ 2 písm. f)
§ 323a odst. 2 písm. e)	§ 2 písm. d)
§ 323a odst. 2 písm. f)	§ 3
§ 323a odst. 2 písm. g)	§ 14 odst. 1
§ 323a odst. 3 písm. a) až f)	§ 7 odst. 1
§ 323a odst. 3 písm. g) až p)	§ 7 odst. 2
§ 323a odst. 3 písm. r)	§ 7 odst. 3
§ 323a odst. 4	§ 16 odst. 3
§ 323a odst. 5	§ 15 odst. 1 písm. a)
§ 323a odst. 6	§ 15 odst. 2
§ 323a odst. 7	§ 15 odst. 1 písm. b)
§ 323a odst. 8	§ 14 odst. 4, § 15 odst. 3, § 13 odst. 2
§ 323a odst. 9	§ 9 odst. 1, § 10 odst. 2, § 11 odst. 2
§ 323b odst. 1	§ 4 odst. 1
§ 323b odst. 2	§ 12
§ 323b odst. 3	§ 13 odst. 1
§ 323b odst. 4	§ 14 odst. 1, § 13 odst. 2, § 14 odst. 4
§ 323b odst. 5	§ 14 odst. 2 a 3
§ 323c odst. 1	§ 18 odst. 1
§ 323c odst. 2	§ 18 odst. 1
§ 323c odst. 3	§ 18 odst. 1
§ 323c odst. 4	§ 19
§ 323c odst. 5	§ 18 odst. 2
§ 323c odst. 6	§ 18 odst. 1 písm. b)
§ 323d odst. 1	§ 4 odst. 1, § 5 odst. 1 písm. d)
§ 323d odst. 2	§ 12
§ 323d odst. 3	§ 14 odst. 1 písm. a), § 13 odst. 2, § 14 odst. 4
§ 323d odst. 4	§ 14 odst. 2 a 3
§ 323e odst. 1	§ 18 odst. 1
§ 323e odst. 2	§ 18 odst. 1 písm. b)
§ 323f	§ 2 písm. d), § 3, § 4 odst. 2, § 23

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 se závazky vyplývajícími pro Českou republiku z jejího členství v Evropské unii

Mezinárodní smlouvy, jimiž je Česká republika vázána, ani judikatura Evropského soudu pro lidská práva se na oblast, upravenou návrhem zákona, nevztahují.

Návrh zákona je plně v souladu se závazky, které pro Českou republiku vyplývají z jejího členství v Evropské unii. Návrh zákona transponuje do českého právního řádu tyto právní předpisy Evropské unie:

- směrnici Evropského parlamentu a Rady 2002/47/ES ze dne 6. června 2002 o dohodách o finančním zajištění

- čl. 2 a 3 směrnic Evropského parlamentu a Rady 2009/44/ES ze dne 6. května 2009, kterou se mění směrnice 98/26/ES o neodvolatelnosti zúčtování v platebních systémech a v systémech vypořádání obchodů s cennými papíry a směrnice 2002/47/ES o dohodách o finančním zajištění, pokud jde o propojené systémy a pohledávky z úvěru

- čl. 9 směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/26/ES o neodvolatelnosti zúčtování v platebních systémech a v systémech vypořádání obchodů s cennými papíry ve znění směrnice 2009/44/ES.

Lhůta pro transpozici směrnice 2002/47/ES uplynula dne 27. prosince 2003, návrh zákona provádí její novou transpozici. Lhůta pro transpozici směrnice 2009/44/ES uplyne dne 30. prosince 2010.

Návrh zákona je v souladu s judikaturou Soudního dvora Evropské unie a obecnými právními zásadami práva Evropské unie, zejména se zásadou proporcionality a subsidiarity, se zásadou rovného zacházení, nediskriminace a právní jistoty.

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 krátká lhůta, která je dána členskými státy, a tedy i České republice, k zajištění transpozice novelizační směrnice. 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 Soudnímu dvoru Evropské unie postihnout neplnění závazků (netransponováním směrnice) členských států uložením pokuty v rámci jednoho řízení, bez stanovení dodatečné lhůty pro jejich splnění.

Z věcného hlediska vychází navrhovaná právní úprava ze stávající právní úpravy finančního zajištění a nejde tedy o novou úpravu tohoto institutu. Pouze se odstraňují její legislativně-technické, terminologické a systematické nedostatky.

Včasná transpozice směrnice je nutná pro hladké plnění závazků České republiky, plynoucích 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, že dojde k prodlení či nastane jiná skutečnost, sjednaná ve smlouvě (§ 3).

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, 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 a institutům jimi upraveným. Zákon dle požadavku komunitární předlohy vyjádří jednak vztah k některým právním událostem, které mohou „ohrozit či omezit“ plnění ze smlouvy, jíž se finanční zajištění sjednalo, a jednak poměr k obchodnímu zákoníku a dalším předpisům soukromého práva. K tomu obsahuje speciální ustanovení v § 22 a 23.

K § 2:

Z důvodu přehlednosti jsou do tohoto ustanovení zařazena vymezení některých pojmů, kterých zákon používá. Jde o vymezení, která jsou platná pouze pro tento právní předpis.

Písmena a) a b) zavádějí zjednodušené označení poskytovatele a příjemce finančního kolaterálu, které zákon bude dále nazývat pouze „poskytovatelem“ a „příjemcem“.

V písmeni c) se vymezuje pohledávka finančního charakteru, tedy pohledávka, která může být zajištěna podle tohoto zákona. Jedná se o obdobu stávajícího § 323a odst. 2 písm. a) obchodního zákoníku. Finanční zajištění lze využít pro zajištění pohledávek z obchodů, včetně například smlouvy o úvěru, o otevření akreditivu či poskytnutí bankovní záruky, 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. Předmětem obchodu, z něhož vznikla zajišťovaná pohledávka, může být jak pouze jediná z uvedených majetkových hodnot, tak některé z nich ve vzájemné kombinaci, tedy např. komodity na jedné straně a peněžní prostředky na straně druhé.

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.

V písmeni d) se vymezuje repo obchod, tedy varianta fiduciárního převodu, která se může uplatnit v případě finančního kolaterálu v podobě finančních nástrojů. Vymezení odpovídá úpravě obchodního zákoníku [§ 323a odst. 2 písm. e)].

Písmeno e) obsahuje vymezení 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.

V písmeni f) se vymezuje další druh finančního kolaterálu, a to pohledávka na výplatu peněz. Jsou jí peníze v bezhotovostní formě, tedy peníze v jakékoli měně připsané na účet. V textaci se zohledňuje fakt, že dle české právní teorie jsou peníze připsané na účet považovány za pohledávku na jejich výplatu vůči bance nebo jiné osobě, která účet vede; obdobně je tomu např. v případě vkladového listu. Nicméně pohled zahraniční právní teorie se v tomto ohledu může lišit a peníze připsané na účet jsou tak považovány skutečně za peníze, nikoli za pohledávku za bankou nebo jiným subjektem. Navíc pokud dochází k 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.

Písmeno g) pak vymezuje tzv. úvěrovou pohledávku, kterou jakožto nový druh finančního kolaterálu zavádí novelizační směrnice. Toto ustanovení ovšem obsahuje pouze první ze znaků, který musí pohledávka splňovat, aby mohla být kolateralizována. Druhý znak, tedy které osoby mohou být v postavení věřitele této pohledávky, je třeba hledat v ustanovení § 5 odst. 1 písm. e), týkajícím se druhů finančního kolaterálu

K § 3:

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 § 6 a § 2 písm. c), které vymezují pohledávky finančního charakteru 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 dlužníka (který v převážené většině případů je, ale nemusí nezbytně být, poskytovatelem) zajištěné pohledávky finančního charakteru splnit ji řádně a včas a v případě jejího nesplnění dává příjemci 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 zajištěné pohledávky finančního charakteru svůj závazek nesplní řádně a včas, je ovšem pouze jednou z řady možností, kdy nastoupí realizace finančního kolaterálu. Tento zajišťovací institut má totiž chránit příjemce i v jiných situacích, které mohou ohrozit jeho právo na uspokojení.

Je záležitostí smluvních stran finančního zajištění, tedy poskytovatele a příjemce finančního kolaterálu, jak si upraví případ porušení smluvní povinnosti dlužníkem zajištěné pohledávky finančního charakteru (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 příjemce 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. 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 finančního charakteru 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 nebo smluvní ujednání v jeho rámci. Na finanční zajištění se tak nebudou aplikovat například ustanovení upravující zajišťovací převod práva (§ 553 obč. zák.), zajišťovací postoupení pohledávky (§ 554 obč. zák.) či možné způsoby uspokojení ze zástavy (§ 165a odst. 1 obč. zák. či § 44 zákona o cenných papírech). 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 § 9 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 § 4:

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 (§ 5) a s ustanoveními upravujícími vztah zákona a smluvních ujednání v jeho mezích k obecné úpravě zástavního práva a převodu věcí, práv nebo jiných majetkových hodnot ve prospěch věřitele (§ 23). 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; obrat „dohoda o zpětném převodu finančního kolaterálu po splnění závazku“ tu označuje tzv. fiduciární převod, jde tedy o dohodu o převodu finančního kolaterálu na příjemce a jeho následném převodu zpět na poskytovatele poté, co bude zajištěná pohledávka splněna (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 skutečnosti, smluvené stranami. Zvláště pro finanční kolaterál v podobě finančních nástrojů se výslovně uvádí možnost sjednat tzv. repo obchod, jehož vymezení je obsaženo v ustanovení § 2 a který je v praxi finančního zajištění v případě finančních nástrojů obvykle využíván.

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

K § 5:

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

K odst. 1 písm. a) až c):

Písmeno a) uvádí finanční nástroj, který je vymezen v ustanovení § 2, 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 může být pohledávka na výplatu peněz, tedy peníze v bezhotovostní formě, vymezené v ustanovení § 2, jak bylo popsáno výše.

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 ustanovením § 2 písm. g) a dále 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, spořitelní a úvěrní družstvo 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 sektor, který je vázán bankovním tajemstvím, je v případě, že na obou stranách transakce bude banka či spořitelní a úvěrní družstvo, 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

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 speciale 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. pooling, kdy je soubor určených závazků zajištěn souborem majetkových hodnot bez nezbytné vzájemné individuální provázanosti.

K odst. 5:

Zvláště pro případ, že poskytovatelem finančního kolaterálu bude nepodnikající fyzická osoba, jak to umožňuje ustanovení § 7 odst. 4, se stanoví, že finančním kolaterálem v tomto případě může být pouze tzv. majetek zákazníka ve smyslu zákona o podnikání na kapitálovém trhu. Smyslem této úpravy je zajistit, aby fyzické osoby, využívající finančního zajištění k provádění tzv. marginových obchodů, poskytovaly jako finanční kolaterál primárně finanční nástroje, které na základě tohoto marginového obchodu získaly, popřípadě další finanční nástroje a peněžní prostředky, které má příjemce ve své moci v souvislosti s tím, že těmto osobám poskytuje investiční služby. Chráněny by tak byly například peněžní prostředky na vkladových účtech a další majetkové hodnoty fyzických osob, které by jinak mohly být finančním kolaterálem. Z kolateralizace jsou vyloučeny peněžní prostředky, které tvoří vklad přímo u příjemce, jenž je bankou či zahraniční osobou s obdobnou činností, a které nesouvisejí s poskytovanými investičními službami. Může totiž běžně dojít k situaci, kdy fyzická osoba má u téže banky otevřen běžný či vkladový účet, a zároveň využívá investičních služeb, poskytovaných touto bankou, při provádění marginových obchodů. I tyto peněžní prostředky jsou tak „v moci“ příjemce, je proto nutné jejich využití pro účely kolateralizace z důvodů výše uvedené ochrany fyzických osob výslovně vyloučit. Pokud ovšem příjemce, například obchodník s cennými papíry, který není bankou, uloží peněžní prostředky, tvořící součást majetku zákazníka ve výše uvedeném smyslu, na účet u banky, nejsou tyto prostředky samozřejmě z kolateralizace vyloučeny.

K § 6:

Blíže se vymezuje, jaké pohledávky finančního charakteru [§ 2 písm. c)] mohou být zajištěny podle tohoto zákona.

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 dojde k prodlení či nastane jiná smluvená skutečnost (event of default)

Odstavec 3 je přitom paralelou § 5 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 neomezuje 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 § 7:

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. Některé subjekty přitom mohou spadat i do více uvedených kategorií.

K odst. 3:

Odstavec třetí využívá ve shodě se současným zněním obchodního zákoníku diskreci danou směrnicí a zahrnuje pod osoby oprávněné veškeré právnické osoby, neuvedené v předchozích odstavcích, za podmínky, že druhou stranou finančního zajištění je některé z osob uvedených v odstavci 1 či 2. Oproti znění obchodního zákoníku jsou v souladu s FCAD ovšem výslovně zahrnuty i jiné než fyzické zahraniční osoby. Do této kategorie budou spadat sdružení typu německé veřejné obchodní společnosti nebo partnership systému common law, kterým jejich národní právní řád nepřiznává právní subjektivitu. Nově je tato možnost, za dodržení podmínky stejné podmínky kvalifikované protistrany, poskytnuta i podnikajícím fyzickým osobám, pokud sjednávají finanční zajištění v souvislosti se svou podnikatelskou činností. Obecným argumentem pro zavedení této možnosti je skutečnost, že často neexistuje faktický rozdíl mezi např. osobní obchodní společností, nebo jednočlennou společností s ručením omezeným, a podnikající fyzickou osobou, a to ani co do majetku, ani co do zkušeností a vědomostí ohledně obchodování na finančním trhu.

K odst. 4:

Oproti stávající úpravě se dále nově zavádí možnost, aby poskytovatelem (nikoli příjemcem) finančního kolaterálu byla i fyzická osoba, neuvedená v předchozích ustanoveních. 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 jedině obchodník s cennými papíry, banka, která má v bankovní licenci uvedeno povolení k poskytování investičních služeb, či zahraniční osoba oprávněná k poskytování investičních služeb. Výběr subjektů je dán účelem zavedení této možnosti, který je specifikován pod písmenem b). 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 míra zajištění. 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

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. Ze stejného důvodu je stanovena i podmínka písemné smlouvy a povinnosti příjemce finančního kolaterálu (tedy banky, obchodníka s cennými papíry či obdobné zahraniční osoby) poskytovatele před uzavřením smlouvy řádně poučit o podstatě finančního zajištění a zejména o rozdílech oproti běžným zajišťovacím institutům. Fyzická osoba tak bude moci uzavřít smlouvu o finančním zajištění na informovaném základě a zároveň bude díky její písemné formě snadno prokazatelné dodržení výše uvedeného principu opt-in.

Toto ustanovení je třeba navíc číst ve spojení s ustanovením § 5 odst. 5, které zužuje okruh přípustného finančního kolaterálu v tomto případě, jak bylo uvedeno výše.

Je samozřejmé, že při sjednání finančního zajištění fyzickou osobou – nepodnikatelem nebudou v žádném ohledu dotčeny předpisy týkající se ochrany spotřebitele.

K § 8:

Stanoví se časový okamžik, k němuž se způsobilost pro finanční zajištění posuzuje. Toto ustanovení, 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.

K § 9:

K odst. 1:

Finanční zajištění může být založeno pouze smlouvou, z jiného právního důvodu nemůže vzniknout. V souladu s komunitární předlohou neklade zákon na formu smlouvy, jíž 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. Toto ustanovení je třeba chápat jako legem speciale k jakékoli obecné úpravě, která požaduje písemnost smlouvy či klade jiný formální požadavek. Uplatnění takových ustanovení by totiž bylo v rozporu s požadavky FCAD, která stanoví, že vznik finančního zajištění, ani platnost či vymahatelnost smlouvy, kterou se finanční zajištění sjednalo, nesmí být závislé na jakémkoli formálním aktu (čl. 3 odst. 1) a obecně zakazuje vytvářet administrativní překážky pro fungování finančního zajištění. Neuplatní se tak například požadavek občanského zákoníku na písemnou smlouvu v případě zástavního práva či postoupení pohledávky.

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 § 7 odst. 4 písm. c) je v tomto případě lex specialis a pokud je tedy poskytovatelem finančního kolaterálu fyzická osoba, která nejedná v rámci své podnikatelské činnosti, je třeba vždy respektovat princip opt-in, tedy požadavek výslovného smluvního ujednání, že daný vztah bude finančním zajištěním.

K § 10: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, popřípadě osobě, jednající na jeho účet, poskytnout. Poskytnutím se rozumí jakýkoli úkon, který umožní příjemci nebo jeho zástupci užívat finanční kolaterál, držet ho, nakládat s ním či jinak vykonávat práva k němu, tedy mít finanční kolaterál určitým způsobem ve své moci. Takovým úkonem tedy bude nejen převod na účet příjemce či fyzické předání, ale například také zastavení peněžních prostředků na účtu či odevzdání majetkové hodnoty, která je součástí finančního kolaterálu, do úschovy třetí osobě. Vzhledem k tomu, že se na finanční zajištění zástavním právem k cenným papírům užívá ustanovení zákona o cenných papírech, není také 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. Zákon stanoví, že pod pojmem „písemného“ doložení vzniku finančního zajištění je třeba rozumět i jeho zachycení na (jiném než listinném) 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.

K § 11:

Upravuje se nový institut tzv. seznamu úvěrových pohledávek, který zavádí novelizační směrnice.

Úvěrové pohledávky mohou být poskytnuty jakožto finanční kolaterál kteroukoli přípustnou formou, tedy jejich zastavením či postoupením příjemci. Specifickým způsobem, který nejlépe odpovídá institutu seznamu úvěrových pohledávek, je jejich postoupení s odkládací podmínkou.

Seznam úvěrových pohledávek tedy není zvláštním, novým způsobem zajištění, jde jen o zvláštní způsob prokázání vzniku finančního zajištění a identifikace finančního kolaterálu. Předchází mu tedy vždy uzavření smlouvy o zastavení či postoupení pohledávek, na něj zařazených. Zároveň s ním zákon, vzhledem ke zvláštní povaze úvěrových pohledávek ve srovnání s jinými druhy finančního kolaterálu, spojuje zvláštní právní důsledky. Prvním je pravidlo, že pokud strany finančního zajištění výslovně nesjednají formu finančního zajištění jinak, tedy neurčí smluvně, že budou úvěrové pohledávky, zařazené na seznam, zastaveny či postoupeny bez dalšího, ze zákona platí, že tyto úvěrové pohledávky byly postoupeny s odkládací podmínkou. Touto podmínkou je, že nastane prodlení s plněním zajištěné pohledávky finančního charakteru nebo jiná skutečnost stranami sjednaná a vznikne tak právo příjemce na realizaci finančního kolaterálu. Postoupení pak nabude právních účinků pouze u těch pohledávek, které si příjemce vybere za účelem výkonu svého práva na uspokojení, ostatní úvěrové pohledávky tedy postoupeny nebudou.

Finanční kolaterál je poskytnut příjemci tím, že určitý okruh úvěrových pohledávek je zapsán na seznam, který je příjemci předán. I pro tento seznam platí podmínka uvedená v § 10 odst. 2, totiž že poskytnutí finančního kolaterálu a tedy vznik finančního zajištění musí být doložen v písemné formě nebo ve formě ekvivalentní, tedy záznamem, který dokládá vznik finančního zajištění a umožňuje reprodukci v nezměněné podobě. Tyto požadavky je tak nutno vztáhnout na nosič dat, pokud má plnit úlohu seznamu úvěrových pohledávek. Seznam úvěrových pohledávek, který bude tyto požadavky splňovat, tak bude plnohodnotným důkazem složení finančního kolaterálu a jeho poskytnutí příjemci, a to pro jakoukoli osobu, tedy například i dlužníka úvěrové pohledávky na seznam zařazené či insolvenčního správce.

Dalším specifickým pravidlem, které má poskytnout vyšší ochranu práv příjemce finančního kolaterálu, je skutečnost, že poskytovatel nemůže s pohledávkami, které jsou na seznam zařazeny, od okamžiku jeho odevzdání příjemci nakládat. Nesmí tak kteroukoli z úvěrových pohledávek postoupit další osobě, zastavit, prominout dluh, který jí odpovídá apod. Nakládat s nimi ovšem nemůže ani příjemce; smluvně lze dohodnout pouze plnění jednotlivých splátek dluhu, který pohledávce odpovídá, přímo příjemci, k tomu blíže viz § 17.

Příjemce ani poskytovatel nejsou obecně povinni dlužníkovi oznamovat, že úvěrová pohledávka byla kolateralizována. Oznámení bude nutné ve dvou případech. Jednak pokud bude ujednáno plnění splátek příjemci, jak bylo uvedeno výše a jak je podrobně upraveno v odůvodnění k § 17.

Druhým případem, kdy je nutné oznámení dlužníkovi úvěrové pohledávky, je situace, kdy dojde k prodlení s plněním zajištěné pohledávky finančního charakteru nebo nastane jiná smluvená skutečnost a aktivuje se tak právo příjemce realizovat finanční kolaterál. V případě seznamu úvěrových pohledávek k realizaci dojde tak, že příjemce vybere ze seznamu úvěrové pohledávky, se kterými dále naloží jedním z obecně přípustných způsobů výkonu práva na uspokojení z finančního kolaterálu, může si je tedy ponechat, popřípadě je postoupit za úplatu další osobě. Při výkonu tohoto práva totiž dojde ke změně v osobě věřitele úvěrové pohledávky. Tuto problematiku blíže upravují ustanovení § 18 odst. 3 a § 20.

K § 12:

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 ujednat, a to jak ve smlouvě, kterou se sjednává finanční zajištění, tak pomocí pozdějšího smluvního ujednání, které tuto smlouvu doplní.

V souladu s novelizační směrnicí se zakazuje užívat nebo nakládat se zastaveným finančním kolaterálem, pokud jím je úvěrová pohledávka. Tím ovšem není vyloučena možnost sjednat plnění jednotlivých splátek úvěrové pohledávky po dobu trvání finančního zajištění přímo příjemci, upravená v ustanovení § 17. V tomto případě totiž nejde o užívání úvěrové pohledávky ani nakládání s ní ve smyslu novelizační směrnice; peníze, které příjemce obdrží od dlužníka úvěrové pohledávky v rámci jednotlivých splátek, jsou totiž nadále součástí finančního kolaterálu, pouze v jiné podobě, nebo je možné jich na základě smlouvy použít k započtení proti zajištěné pohledávce finančního charakteru.

K § 13:

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. Ustanovení odstavce 2 navazuje na toto pravidlo a řeší opětovný vznik zástavního práva v případě, že dříve zaniklo v důsledku nakládání se zastaveným finančním kolaterálem, jak stanoví odstavec 1. Majetková hodnota, kterou příjemce poskytne jako náhradu za původní kolaterál, se kterým disponoval, se dle tohoto odstavce stává předmětem nového („obnoveného“) 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 § 14:K odst. 1:

Pokud příjemce nakládal 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 vrácení 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 § 15: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.

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 § 16:

Toto ustanovení navazuje na ustanovení týkající se možnosti určení finančního kolaterálu (§ 5 odst. 3) a pohledávky finančního charakteru (§ 6 odst. 2 a 3). Ve svém celku tato ustanovení vytvářejí rámec pro možnost využití finančního zajištění formou tzv. poolingu. Strany si tak mohou sjednat, že finanční kolaterál, jehož složení se může v čase měnit, bude zajišťovat především jiné pohledávky finančního charakteru, které budou vznikat na základě rámcové smlouvy, či v určité době nebo z téhož právního důvodu, aniž by tu byla vazba konkrétní části finančního kolaterálu na konkrétní zajišťovanou pohledávku. Proto lze sjednat i to, že v případě splatnosti některé ze zajištěných pohledávek není třeba poskytnutý finanční kolaterál vracet, ale příjemce si ho může ponechat (tedy zůstane na něj převeden či v jeho prospěch zastaven) i pro účely zajištění dalších pohledávek, blíže charakterizovaných ve smlouvě.

Dále je pro případ poolingu dána stranám finančního zajištění rovněž možnost sjednat, že zastavený finanční kolaterál, se kterým může příjemce na základě smlouvy nakládat, nebude muset nahrazovat při splatnosti kterékoli zajištěné pohledávky finančního charakteru, a to po dobu, po kterou si může ponechat finanční kolaterál pro účely zajištění dalších pohledávek, tedy dokud bude v tzv. poolu. Povinnost nahrazovat část zastaveného finančního kolaterálu při splatnosti kterékoli ze skupiny zajištěných pohledávek by totiž odporovala smyslu poolingu, kdy příjemce by bez důvodu byl povinen v daný okamžik nahrazovat finanční kolaterál, se kterým nakládal, a v zápětí tuto náhradní majetkovou hodnotu mohl opět využít; docházelo by tak ke zbytečným transakčním nákladům.

K § 17:

Ustanovení řeší případ finančního zajištění, kdy je jako finanční kolaterál poskytnuta úvěrová pohledávka. V takovém případě může dojít běžně k tomu, že dlužník této zastavené úvěrové pohledávky bude průběžně splácet poskytnutý úvěr.

K odst. 1:

Zákon jako základní pravidlo stanoví, že dlužník bude splátky úvěru plnit poskytovateli finančního kolaterálu, tedy jeho původnímu věřiteli. To platí, dokud mu nebude oznámeno, či prokázáno, že má plnit příjemci či třetí osobě. Může k tomu dojít ve dvou případech: jednak za trvání finančního zajištění, kdy se strany finančního zajištění smluvně dohodnou, že splátky bude dlužník plnit přímo příjemci – tuto možnost a její právní důsledky upravuje odstavec 2. Druhým případem pak bude situace, kdy dojde k prodlení s plněním zajištěné pohledávky finančního charakteru nebo nastane jiná smluvená skutečnost a příjemce bude oprávněn realizovat finanční kolaterál. Pokud při tomto výkonu práva na uspokojení dojde ke změně v osobě věřitele úvěrové pohledávky, tedy pokud si příjemce úvěrovou pohledávku ponechá nebo ji za úplatu postoupí další osobě (je především o postoupení pohledávky s odkládací podmínkou), bude třeba opět informovat dlužníka, aby byla změna věřitele vůči němu účinná. Toto blíže upravuje ustanovení § 18 odst. 3.

K odst. 2:

Jak bylo uvedeno výše, je možné smluvně dohodnout, že má dlužník plnit jednotlivé splátky už během trvání finančního zajištění příjemci finančního kolaterálu. Doba, po kterou má příjemci plnit, bude smluvně vymezena, typicky bude takové ujednání platit po dobu, než dojde ke splnění zajištěné pohledávky finančního charakteru. Takové ujednání je primárně povinen dlužníkovi oznámit poskytovatel, který má v tomto případě silnější postavení – jde totiž ve vztahu k dlužníkovi úvěrové pohledávky o věřitele, u kterého postačuje, pokud takovouto změnu oznámí, nemusí ji tedy prokazovat; pro příjemce by je prokázání takového ujednání obtížné, vzhledem k možnosti neexistence písemné smlouvy o finančním zajištění. Pokud ovšem poskytovatel svou povinnost nesplní, bude ujednání vůči dlužníkovi účinné i v případě, že mu toto ujednání příjemce prokáže. Dlužník tedy bude povinen plnit příjemci od okamžiku, kdy mu toto ujednání bude oznámeno poskytovatelem, či jinak prokázáno.

Na jednotlivé splátky, plněné příjemci finančního kolaterálu, se pohlíží jako na doplnění zajištění, zůstávají tedy součástí finančního kolaterálu. Smluvně je ovšem možno sjednat jejich odlišný režim, například, že si peněžní prostředky poskytnuté v rámci jednotlivých splátek příjemce ponechá a jejich hodnotu započte proti zajištěné pohledávce finančního charakteru.

K odst. 3:

Tento odstavec upravuje opačnou situaci, tedy případ, kdy doba, po kterou byl dle ujednání stran finančního zajištění dlužník, jehož závazek odpovídá úvěrové pohledávce, povinen plnit příjemci, uplynula. Stane se tak typicky v případě, kdy bude zajištěná pohledávka finančního charakteru splněna a úvěrová pohledávka, zastavená příjemci či postoupená na něj s odkládací podmínkou, se vrátí zpět do plné dispozice poskytovatele. Může k tomu dojít ovšem i tehdy, pokud dojde k realizaci finančního kolaterálu a příjemce si danou úvěrovou pohledávku nevybere ze seznamu k realizaci svého práva na uspokojení.

Skutečnost, že má dlužník plnit opět poskytovateli, mu primárně oznamuje příjemce. Pokud svou povinnost nesplní, může mu tuto skutečnost poskytovatel prokázat. V obou případech bude dlužník opět povinen plnit poskytovateli. Povinnost je tedy stanovena v obráceně podobě oproti předchozímu odstavci, z toho důvodu, že v tomto případě bude mít silnější postavení příjemce – ten má v tomto okamžiku vůči dlužníkovi úvěrové pohledávky postavení věřitele.

K § 18:

K odst. 1:

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 § 5 odst. 1.

K odst. 2:

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 smluvena, včetně určení ceny, která bude za toto propadnutí započtena proti zajištěné pohledávce.

K odst. 3:

Ustanovení upravuje specifický způsob realizace finančního kolaterálu, který byl poskytnut prostřednictvím sestavení seznamu úvěrových pohledávek a jeho předání příjemci. Příjemce z tohoto seznamu nejdříve vybere úvěrové pohledávky, které by měly hodnotou postačovat k uspokojení jeho práva na plnění ze zajištěné pohledávky finančního charakteru. Seznam úvěrových pohledávek se tímto ruší, pokud zbývající úvěrové pohledávky nezajišťují žádnou další pohledávku finančního charakteru; to znamená, že s ostatními úvěrovými pohledávkami, dříve zařazenými na seznam, může od tohoto okamžiku poskytovatel dále nakládat, jejich „blokace“ tedy zaniká, pokud byly zastaveny či postoupeny s odkládací podmínkou, popřípadě budou na příjemce dle smlouvy převedeny zpět, pokud šlo o převod s rozvazovací podmínkou. Vybrané úvěrové pohledávky pak příjemce realizuje způsobem uvedeným ve smlouvě, může si je ponechat, popřípadě je postoupit za úplatu na další osobu.

K odst. 4:

Ustanovení se týká případu, kdy je jako finanční kolaterál poskytnuta jakákoli pohledávka, tedy jak úvěrová pohledávka, tak pohledávka na výplatu peněz. Ustanovení materiálně odpovídá požadavkům na účinnost postoupení pohledávky vůči dlužníkovi dle občanského zákoníku. Pokud tedy byla daná pohledávka postoupena, nebo byla postoupena s odkládací podmínkou, uplatní se v zásadě shodné pravidlo, jaké stanoví i občanský zákoník. Pokud byla ovšem pohledávka pouze zastavena a příjemci finančního kolaterálu „propadla“, k postoupení formálně vzato nedochází, nejde tu o převod práva na plnění, ale o jeho „přechod“ na základě zákona ve spojení s podmínkami smlouvy. Je tedy třeba zvlášť upravit povinnost informovat dlužníka o změně v osobě věřitele této pohledávky. Tato povinnost je primárně uložena poskytovateli, vzhledem k tomu, že tento nemusí dlužníkovi změnu prokazovat, postačí její pouhé oznámení. Příjemce ovšem bude muset dlužníkovi změnu, tedy její právní důvod, prokázat, pokud bude chtít, aby byla vůči němu právně účinná.

Na přechod pohledávky v důsledku realizace finančního kolaterálu se jinak dle zásady analogie legis a dle výslovného ustanovení § 853 občanského zákoníku použijí ustanovení občanského zákoníku, upravující postoupení pohledávky, pokud nejsou v rozporu s jinými ustanoveními zákona o finančním zajištění nebo se smluvním ujednáním v jeho rámci. Aplikovat tak bude možno například oprávnění dlužníka uplatnit vůči pohledávce námitky, které měl před okamžikem změny věřitele. To vyplývá i z obecného ustanovení na ochranu dlužníka, jehož závazek úvěrové pohledávce odpovídá, které je obsaženo v § 24; stanoví, že v důsledku zařazení úvěrové pohledávky do finančního kolaterálu se postavení dlužníka nesmí nijak zhoršit.

K § 19:

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 § 20:

Ustanovení staví na jisto obecnou skutečnost, odvoditelnou už z předchozích ustanovení a z obecné úpravy postoupení pohledávky, že dlužník pohledávky, která je součástí finančního kolaterálu, se vždy zproští svého závazku pouze plněním příjemci, pokud mu tento prokáže, že pohledávku nabyt. Je tak posílena ochrana dlužníků, jejichž závazek těmto pohledávkám odpovídá, což zároveň prospívá i příjemci, neboť dlužník bude na základě tohoto výslovného ustanovení připraven mu plnit bez obav, zda se tím svého závazku skutečně zproští.

Toto pravidlo se uplatní jak v případě, že k nabytí pohledávky příjemcem dojde ještě v průběhu trvání finančního zajištění (např. pokud je pohledávky na příjemce převedena a ještě před splatností zajištěné pohledávky finančního charakteru se stane splatnou), tak v případě, že k nabytí dojde až v důsledku realizace finančního kolaterálu.

Pro případ seznamu úvěrových pohledávek je explicitně stanoveno, že k prokázání nabytí pohledávky příjemcem postačí prokázat skutečnost, že úvěrová pohledávka byla zařazena na seznam, který mu poskytovatel odevzdal, není tedy třeba dále dokládat právní důvod změny věřitele, například smlouvu, jíž se finanční zajištění sjednalo. Tím je významně posílena ochrana práva příjemce na uspokojení z finančního kolaterálu; je mu totiž poskytnut jasný a jednoduchý způsob, jak nabytí úvěrové pohledávky prokázat, což by jinak bylo pro příjemce krajně problematické.

K § 21

V souladu se směrnicí je výslovně upravena možnost dlužníků kolateralizované úvěrové 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 úvěrové 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 § 22:K odst. 1:

Jedná se o důležité ustanovení, které doplňuje úpravu v jednotlivých sektorových předpisech, na něž odkazuje odstavec 2, a upevňuje tak možnost efektivního použití institutu finančního zajištění. Jde o vyloučení vztahů finančního zajištění z dosahu jakýchkoli úkonů správních orgánů či soudů, které jsou vymezeny právními důsledky a účelem, a které by mohly negativně zasáhnout do výkonu práv a povinností z finančního zajištění. Vyloučení účinků výkonu rozhodnutí, exekuce, insolvenčního řízení, likvidace a nucené správy je obsaženo přímo v předpisech, které tyto instituty upravují. Ovšem k plnému dosažení cíle FCAD, která požaduje ochranu výkonu práv z finančního zajištění i před jinými veřejnoprávními zásahy, které sledují uvedený účel, je do zákona o finančním zajištění zařazeno toto obecné ustanovení. Finanční zajištění je tak chráněno i v případě, že bude přijata nová právní úprava, která by na řešení vztahu k finančnímu zajištění nemusela výslovně pamatovat. Z logického výkladu ve spojení s větou druhou pak plyne, že chráněny jsou pouze vztahy finančního zajištění, které byly sjednány ještě před tím, než bylo rozhodnutí přijato či učiněn jiný úkon.

Vyloučení účinků příslušných právních skutečností se dále dle věty druhé umožňuje i v případě, že finanční zajištění bylo sjednáno nebo vzniklo v tentýž den, ovšem až potom, co bylo přijato rozhodnutí či proveden úkon dle odstavce 1. Touto podmínkou je absence oznámení této skutečnosti příjemci resp. nemožnost se o ní dozvědět. Jinými slovy ochrana před účinky těchto zásahů se poskytuje nejpozději do okamžiku, kdy rozhodné opatření nabude příslušných účinků.

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.

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:

Z důvodu vyšší právní jistoty je úprava vztahu insolvenčního řízení, výkonu rozhodnutí, exekuce, nucené správy a likvidace k institutu finančního zajištění ponechána příslušným předpisům. Příslušná ustanovení budou současně novelizována, aby odrážela lépe požadavky FCAD a nevyklučovala například z dosahu insolvenčního řízení finanční zajištění absolutně, ale pouze chránila realizaci finančního kolaterálu příjemcem a zabraňovala automatickému použití ustanovení o neúčinnosti na jednotlivé úkony, vyplývající ze smlouvy, jíž bylo finanční zajištění sjednáno. Dále bude do jednotlivých předpisů doplněno ustanovení obsahující pravidlo uvedené v předchozím odstavci pokud jde o okamžik, ke kterému bylo finanční zajištění sjednáno nebo vzniklo, jak vyžaduje FCAD. Opravena budou i některá opomenutí, zejména vyloučení účinků nucené správy obchodníka s cennými papíry, či vyloučení účinků likvidace kterékoli právnické osoby obecně.

K § 23:

Finanční zajištění je soukromoprávním vztahem, který je dle ustanovení § 261 odst. 3 písm. h) obchodního zákoníku tzv. absolutním obchodem. Je proto samozřejmé, že pro záležitosti zákonem o finančním zajištění neupravené se subsidiárně použije obchodní, resp. občanský zákoník. Odchytky od obecné úpravy v těchto předpisech jsou na řadě míst v zákoně výslovně stanoveny (viz např. vyloučení nutnosti uzavírat písemnou smlouvu v případě zástavního práva nebo odlišné možnosti uspokojení ze zástavy, které jsou obecnou úpravou zástavního práva vyloučeny). Zejména v případě zástavního práva je tak dostatečně vyjasněn vztah ustanovení zákona o finančním zajištění k obecné úpravě v občanském zákoníku, popřípadě v zákoně o cenných papírech. Ustanovení zákona o finančním zajištění obsahují výslovné odchylky od této obecné úpravy a vzhledem k tomu, že tento zákon je k obecným předpisům ve vztahu speciality, budou mít jeho ustanovení přednost. Výslovně se také suspenduje použití občanského zákoníku na právní vztahy související s použitím seznamu úvěrových pohledávek, které náleží do finančního kolaterálu a dále na právní vztahy související s právem vzdání se práva na započtení.

Zákon ovšem často výslovně neřeší právní účinky související s finančním zajištěním ve formě převodu finančního kolaterálu. Je tomu tak proto, že v tomto případě se příjemce stává vlastníkem, popř. mu náleží jiná plná práva ve vztahu k finančnímu kolaterálu. Smluvní volnost stran je v tomto případě širší a často proto není třeba výslovné zákonné úpravy. Obdobně i FCAD v mnoha ohledech řeší zejména finanční zajištění ve formě zástavního práva, ale nikoli ve formě převodu. Z uvedených důvodů je v zákoně obsaženo toto obecné ustanovení, které staví najisto, že ustanovení zákona, ovšem i smluvní ujednání stran, která řeší záležitosti zákonem třeba výslovně neupravené, ovšem pohybující se v jeho mezích, mají přednost před obecnou úpravou občanského a obchodního práva. Bude se jednat zejména o ustanovení upravující zajišťovací převod práva (§ 553 obč. zák.) či postoupení pohledávky (§ 524 – 530 obč. zák.).

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 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.

Za účelem zvýšené ochrany dlužníků 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.

K § 24:

Ustanovení staví na jisto, že postavení dlužníků úvěrových pohledávek se, 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. Jeho postavení je nadále řízeno původním smluvním ujednáním, na jehož základě úvěrová pohledávka vznikla. Nemění se proto obsah jí odpovídajícího závazku, pokud jde například o dobu a místo plnění, výši splátek a jejich splatnost, úroky z prodlení apod., v neprospěch dlužníka.

K § 25:

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. Cílem této úpravy je jednoznačné zakotvení rovného postavení všech stran finančního zajištění, ať už bylo sjednáno podle předchozí nebo nové úpravy.

K § 26:

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.