

**NOVÁ PRÁVNÍ
ÚPRAVA
FINANČNÍHO
ZAJIŠTĚNÍ**

Legislative kapitálového trhu

Únor 2010

KONZULTAČNÍ MATERIÁL V OBLASTI LEGISLATIVY KAPITÁLOVÉHO
TRHU

Shrnutí výsledků 2. veřejné konzultace

© Ministerstvo financí České republiky
Letenská 15 • 118 10 Praha

Pracoviště: Odbor Finanční trhy II, oddělení Kapitálový trh,
Legerova 69, 120 00 Praha 2

1. ÚVOD

Transpozice směrnice 2009/44/ES, kterou se mění a doplňuje směrnice 2002/47/ES Evropského parlamentu a Rady ze dne 6. června 2002 **o dohodách o finančním zajištění** přinese nezanedbatelný dopad do oblasti domácího finančního trhu. Záměrem Ministerstva financí je transponovat tuto směrnici účelně, tj. vyhovět jejich požadavkům s ohledem na potřeby českého kapitálového trhu, a transparentně, tj. zapojit do konzultačního procesu širokou odbornou veřejnost.

Z tohoto důvodu Ministerstvo financí vydalo v prosinci 2009 k veřejné konzultaci v pořadí již druhý konzultační materiál s názvem „**Nová úprava finančního zajištění**“ ve struktuře návrhu legislativního řešení v paragrafovaném znění. Konzultační materiál byl rozdělen do dvou částí. První obsahovala navrhované znění zákona včetně odůvodnění k jednotlivým ustanovením a ve druhé byl uveden změnový zákon včetně odůvodnění, který mění relevantní předpisy v souvislosti s novým zákonem o finančním zajištění.

Cílem tohoto konzultačního materiálu bylo získat vyjádření a komentáře vycházející z praktické aplikace institutu finančního zajištění nejen od poskytovatelů a příjemců finančního kolaterálu, ale také od účastníků trhu, profesních organizací a odborné veřejnosti vůbec k předloženému návrhu legislativního vyjádření. Četná vyjádření zasláná v rámci první konzultace byla do návrhu zákona promítnuta.

2. ÚČASTNÍCI VEŘEJNÉ KONZULTACE

Druhý konzultační materiál k nové právní úpravě finančního zajištění byl uveřejněn na internetových stránkách Ministerstva financí dne 9.12.2009. Lhůta pro zaslání vyjádření byla stanovena do 13.1.2010. Publikace konzultačního materiálu byla dále elektronickou zprávou oznámena 17 advokátním kancelářím, jež se problematikou finančního zajištění zabývají, a 6 profesním asociacím působícím v oblasti finančního trhu.

Ministerstvo obdrželo vyjádření od celkem dvou advokátních kanceláří a dále České bankovní asociace a Asociace pro kapitálový trh ČR, které prezentovaly názor svých členů.

3. OBECNĚ K ZASLANÝM VYJÁDŘENÍM

Návrh na vyčlenění úpravy finančního zajištění do samostatného zákona byl znovu podpořen a současně byla podpořena materiální kontinuita se stávající právní úpravou. Většina zasláných 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.

4. KONKRÉTNÍ PODNĚTY

Základní ustanovení

Respondenti se v zásadě shodli na tom, že pro lepší orientaci a zachování kontinuity s předchozí právní úpravou by bylo přínosné uvést výčet právní povahy finančního zajištění, tedy způsobů, jimiž lze finanční zajištění sjednat s výslovným uvedením, že dochází k převodu vlastnického práva.

Z hlediska účelu finančního zajištění bylo upozorněno, že „event of default“¹ není jen nesplnění závazku, ale jde i o objektivní skutečnosti, o nichž je ve smlouvě dohodnuto, že jsou důvodem realizace finančního kolaterálu.

Předmět a subjekt finančního zajištění

Finanční kolaterál

Ve vyjádření obecně panovala shoda ohledně nutnosti zlepšit vymezení finančního kolaterálu, zejména co do práv souvisejících s cennými papíry poskytnutými jako finanční kolaterál a pohledávek na výplatu peněžních prostředků. Podle směrnice se za peníze jako finanční kolaterál nepovažují pouze pohledávky na výplatu peněžních prostředků z účtů, ale také jakékoliv podobné pohledávky na výplatu peněžních prostředků, např. z vkladů na peněžním trhu („cash“ means money credited to an account in any currency, or similar claims for the repayment of money, such as money market deposits;“). Nezahrnutí těchto pohledávek by tak v rozporu zúžilo okruh způsobilého finančního kolaterálu, což by mohlo mít vážné dopady pro praxi (zejm. pro dřívější ujednání o finančním zajištění).

Ohledně úvěrových pohledávek poskytovaných jako kolaterál dominoval nesouhlas s tím, aby byly vyloučeny úvěrové pohledávky za spotřebiteli a mikro a malými podniky. Pokud vůbec, potom diskrece by dle většinového přesvědčení respondentů měla být aplikovaná pouze na kolateralizaci nebankovních spotřebitelských pohledávek, což zabrání nežádoucímu šíření údajů o spotřebitelích mimo bankovní sektor.

Zajištěné právo na plnění

Opakujícím se bodem bylo, aby se zajišťované pohledávky týkaly obchodů běžně uzavíraných na finančním trhu, nikoli pouze na finančním trhu uzavřených. V této souvislosti bylo navrženo, aby povaha zajišťovaných pohledávek byla vymezena maximálně široce ovšem ve vztahu k finančnímu trhu.

¹ terminus technicus užívaný Rámcovou smlouvou Mezinárodní asociace pro swapy a deriváty (Master Agreement of the ISDA)

Osoby způsobilé sjednat finanční zajištění

Mezi respondenty panuje shoda na co nejvolnějším přístupu k finančnímu zajištění a tedy zachování současného stavu, podle kterého může být poskytovatelem nebo příjemcem finančního kolaterálu jakákoli právnická osoba, pokud je druhou stranou některá z kvalifikovaných osob. Nesouhlas byl vyjádřen s omezením na podnikající právnické osoby.

V této souvislosti zaznívala doporučení rozšířit osobní působnost finančního zajištění i na fyzické osoby podnikatele, přičemž by pro fyzické osoby mohl platit tzv. opt-in princip (podmínka, že bude výslovně sjednáno, že jde o finanční zajištění). Odůvodnění možnosti využití finančního zajištění i fyzickými osobami spočívalo především v 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 by mohlo 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 by pak mohla být posílena efektivita nákladů a vzhledem k vyšší míře zajištění i stabilita celého finančního systému.

Zajišťování

Nesouhlas byl vyjádřen s tím, aby zákon předepisoval základní náležitosti smlouvy, již se sjednává finanční zajištění (tj. co je finančním kolaterálem a pro jakou pohledávku je finanční zajištění poskytováno). S tím, že praxe je taková, že si strany sjednávají pouze to, jaké majetkové hodnoty jsou finančním kolaterálem a v případě, že vznikne nárok na poskytnutí finančního kolaterálu, poskytovatel poskytne konkrétní finanční kolaterál, který odpovídá ujednání mezi stranami.

Respondenti upozornili, že popsány způsoby vzniku finančního zajištění není možné vztáhnout na zaknihované cenné papíry a požadovali, aby text zákona použil výraz „poskytnout“ finanční zajištění v souladu se směrnicí. V této souvislosti bylo připomenuto, že výraz „držet“ (finanční kolaterál) je zužující oproti směrnici, která požaduje kontrolu nad finančním kolaterálem a držba je jen jedním ze způsobů, jak může příjemce finanční kolaterál kontrolovat. Písemně dokládat by se mělo v souladu se směrnicí pouze poskytnutí, nikoli i sjednání finančního zajištění.

Práva a povinnosti v souvislosti s nakládáním s finančním kolaterálem

V obecné rovině podněty směřovaly k tomu, aby se daná ustanovení vztahovala pouze na finanční zajištění ve formě zástavního práva.

Odovědi dále ve vazbě na text konzultačního materiálu upozorňovaly, že v případě poolingu (souboru majetkových hodnot bez nezbytné vzájemné individuální provázanosti, který se může v průběhu času měnit) je třeba vyřešit vracení, resp. nahrazení finančního kolaterálu, aby nedošlo k situaci, kdy kvůli neexistenci propojení mezi konkrétní pohledávkou s konkrétním finančním kolaterálem by bylo nutno při splatnosti kterékoli z pohledávek zajišťovaných v rámci poolingu vracet či nahrazovat veškerý užívaný finanční kolaterál v poolu.

Další podnět směřoval k důslednému rozlišení pojmů „vracení“ a „nahrazení“ finančního kolaterálu, kdy první se týká práva poskytovatele nahradit finanční kolaterál jiným a druhý povinnosti příjemce finanční kolaterál poskytovateli vrátit.

Zdůrazněna byla nutnost postavit na jisto, že vrácený či nahrazený finanční kolaterál se považuje za vzniklý ke stejnému okamžiku, jako vznikl (byl poskytnut) původní finanční kolaterál.

Výkon práva na uspokojení z finančního kolaterálu

Co se týče podmínek výkonu práva na uspokojení z finančního kolaterálu respondenti považovali navázání aktivace tohoto práva na skutečnost srovnatelnou se splatným, ale neuspokojeným zajištěným právem za příliš restriktivní, nekonvenující záměru evropského normotvůrce. Dle jejich soudu by podmínkou výkonu práva na uspokojení mělo být např. snížení ratingu poskytovatele či jeho úpadek včetně objektivních skutečností, jako jsou například změny v daňových předpisech.

Společná, přechodná a závěrečná ustanovení

Nesouhlas byl vyjádřen s úvahou přesunout úpravu závěrečného vyrovnání (close-out netting) do zákona o finančním zajištění. Důvodem je mnohem širší využití institutu závěrečného vyrovnání než jen pro oblast finančního zajištění. Argumenty respondentů směřovaly především k faktu, že 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.

Pokud se jedná o aplikaci ustanovení insolvenčního zákona týkajících se neplatnosti a neúčinnosti právních úkonů, respondenti shodně uvádějí, že finanční zajištění jako takové splňuje podmínky zvýhodňujícího právního úkonu, neboť jeho primárním účelem je zvýhodnit konkrétního zajištěného věřitele před ostatními věřiteli. Navrhují text zákona doplnit tak, aby nemohlo dojít k aplikaci § 235 insolvenčního zákona ex lege.

Stran vyloučení účinků zákonů a zásahů soudu nebo správního orgánu v případě, že finanční zajištění bylo sjednáno nebo vzniklo po zahájení řízení, výkonu rozhodnutí nebo vydání rozhodnutí orgánem veřejné moci, doporučují respondenti nepřesahovat požadavek směrnice a vztáhnout toto ustanovení pouze na případy, kdy finanční zajištění vzniklo sice po zahájení řízení, výkonu

rozhodnutí nebo vydání rozhodnutí orgánem veřejné moci, avšak v témže dni, kdy k zahájení řízení, výkonu rozhodnutí či vydání rozhodnutí orgánem veřejné moci došlo.

5. ZÁVĚR

Ministerstvo financí děkuje účastníkům veřejné konzultace za zaslané podněty, které považujeme v mnohém za inspirativní. Naší ambicí je získané názory kriticky vyhodnotit a poté zohlednit v návrhu zákona.