

**Univerzita Karlova v Praze  
Právnická fakulta**

**Rigorózní práce**  
**JEDNOTNÁ LICENCE**  
**OBCHODNÍKŮ S CENNÝMI PAPÍRY**

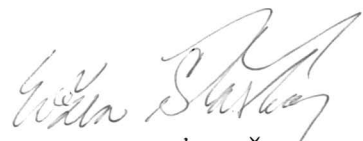
**JUDr. Petr Kotáb  
Mgr. Evžen Šťastný**

**Prosinec, 2005**

## Prohlášení

Prohlašuji, že jsem tuto rigorózní práci zpracoval samostatně a že jsem vyznačil prameny, z nichž jsem pro svou práci čerpal, způsobem ve vědecké práci obvyklým.

V Praze dne 24. prosince 2005



Mgr. Evžen Šťastný

## Obsah

Úvod.....	4
<b>1. Historický základ .....</b>	<b>7</b>
<b>2. Pojem a základní principy jednotné licence .....</b>	<b>11</b>
2.1. Pojem jednotné licence .....	11
2.2. Základní principy jednotné licence .....	12
<b>3. Záměr poskytovat investiční službu na území jiného členského státu .....</b>	<b>14</b>
3.1. Obecný výklad .....	14
3.2. Komunikace na dálku.....	21
3.3. Reklama a propagace služeb .....	23
3.4. Využití zprostředkovatele nebo nezávislé osoby .....	24
<b>4. Svoboda usazování a volný pohyb služeb.....</b>	<b>26</b>
4.1. Svoboda usazování.....	26
4.2. Volný pohyb služeb.....	29
4.3. Hranice mezi volným pohybem služeb a svobodou usazování.....	31
4.3.1. Užití nezávislých osob usazených v jiném členském státě .....	31
4.3.2. Elektronické přístroje .....	37
4.3.3. Současný výkon svobody volného pohybu služeb a svobody usazování .....	38
4.4. Účast v záručním systému.....	39
4.5. Oznamovací proces bankovních obchodníků s cennými papíry .....	42
<b>5. Poskytování služeb prostřednictvím organizační složky .....</b>	<b>46</b>
<b>6. Poskytování služeb bez zřízení organizační složky .....</b>	<b>58</b>
<b>7. Dozor nad obchodníky s cennými papíry a spolupráce dozorových úřadů.....</b>	<b>64</b>
7.1. Provádění dozoru .....	64
7.2. Spolupráce dozorových úřadů.....	71
<b>8. Právní vztahy mezi obchodníkem s cennými papíry a zákazníky .....</b>	<b>74</b>
8.1. Aplikace přímé metody .....	74
8.2. Aplikace kolizní metody .....	78
<b>9. Uzavírání smluv na dálku a elektronická komunikace .....</b>	<b>83</b>
9.1. Uzavírání smluv na dálku.....	83
9.2. Elektronická komunikace.....	86
<b>10. Vybrané otázky jednotné licence .....</b>	<b>89</b>
10.1. Přechod obchodníků od dvou licencí do režimu jednotné .....	89
10.2. Potřeba využívání makléřů.....	91
10.3. Rozsah vzájemně uznávaných činností.....	93
10.4. Aktuální problémy při dozoru nad zahraničními subjekty.....	96
10.4.1. Jazykové znalosti vedoucích poboček (osob jednajících za/jménem zahraničního subjektu) .....	96
10.4.2. Podklady v jazyce státu původu obchodníka s cennými papíry.....	96
10.4.3. Vliv mateřského podniku .....	96
10.4.4. Minimální požadavky na úvěrové obchody .....	97
10.4.5. Outsourcing některých činností v cizině .....	97
10.4.6. Dozorová arbitráž a rozdílné standardy dozoru v členských státech .....	97
10.5. Využití jednotné licence ve vztahu k České republice.....	98
10.6. Budoucnost oznamovacího procesu.....	100
<b>Závěr.....</b>	<b>102</b>
<b>Seznam tabulek a diagramů.....</b>	<b>110</b>
<b>Seznam použité literatury a pramenů.....</b>	<b>111</b>

## Úvod

Vstupem České republiky do Evropské unie a jejím připojením k jednotnému vnitřnímu trhu se otevřela obchodníkům s cennými papíry možnost podnikat na území jednotného vnitřního trhu na základě mezi státy vzájemně uznávané licence (dále jen „jednotná licence“). Českým obchodníkům s cennými papíry se tím otevřel celý evropský finanční trh.

Stejně jako mají obchodníci s cennými papíry s povolením získaným v České republice možnost poskytovat investiční služby na území všech členských států Evropského hospodářského prostoru, mají i obchodníci s cennými papíry z ostatních členských států Evropského hospodářského prostoru možnost poskytovat investiční služby na území České republiky.

Možnost využití jednotné licence zásadním způsobem zjednodušuje vstup obchodníků s cennými papíry z jednoho členského státu Evropského hospodářského společenství na území jiného členského státu. To vede k rozmachu přeshraničního poskytování služeb, důsledkem čehož je posílena konkurence na trhu a zvýšena jeho efektivita. S růstem počtu účastníků na trhu se však zvyšuje i riziko selhání některého z nich. Možnost využití jednotné licence se tak musí odrazit i v práci orgánů, jejichž úkolem je činnost obchodníků s cennými papíry dozorovat.

Během více než jednoleté možnosti využívat výhody jednotné licence se objevilo několik otázek, které způsobují nejistotu obchodníků s cennými papíry při jejich činnosti. Nejistota může některé subjekty odradit od uskutečňování činností, které jim volný pohyb služeb nebo svoboda usazování zaručuje. To v konečném důsledku omezuje účinek základních svobod a efektivitu vnitřního trhu. Nevykonáváním některých činností z důvodu nejistoty je snižována konkurence na trhu. Zákazník má pak užší možnosti při výběru služeb, které by co nejlépe vyhovovaly jeho potřebám a plánovaným nákladům.

Zdroje, které jsou k problematice jednotné licence v českém jazyce k dispozici, nejsou dostatečně podrobné, nejsou adresovány přímo obchodníkům s cennými papíry a neobsahují tak odpovědi na jejich specifické problémy, nebo vznikaly ještě před vstupem

České republiky do Evropské unie a neobsahují odpovědi na otázky, které při praktickém využití tohoto institutu vznikly. Zahraniční zdroje zase nejsou všem obchodníkům s cennými papíry přístupné. Proto jsem se rozhodl na základě svých poznatků při práci na odboru poskytovatelů investičních služeb Komise pro cenné papíry vytvořit materiál, který by byl nápomocný účastníkům kapitálového trhu.

Cílem této práce by tak mělo být vytvořit souborný materiál stanovící základ, jak teoretický tak praktický, shrnující dosavadní zkušenosti, z kterého by dále vycházely jak práce teoretické, tak Komise pro cenné papíry a obchodníci s cennými papíry při své činnosti. Práce si klade rovněž za cíl zhodnotit právní úpravu jednotné licence v České republice s ohledem na směrnice Evropských společenství a právně posoudit i kroky regulátora. Z důvodu aktuálnosti je práce zpracována z pohledu směrnice o trzích s finančními nástroji, která nahradí směrnici o investičních službách, ale jejíž transpoziční lhůta dosud neproběhla. V práci upozorním i na změny, které v problematice jednotné licence směrnice o trzích s finančními nástroji oproti směrnici o investičních službách přinese.

Cíli této rigorózní práce je podřízena její struktura. Nejprve je čtenář uveden do problematiky, kde mu je vysvětlen historický vývoj, pojem a principy jednotné licence obchodníků s cennými papíry.

V další části bude rozebráno, v kterém okamžiku je obchodník s cennými papíry povinen podstoupit oznamovací proces pro možnost poskytovat investiční služby v jiném státě Evropského hospodářského prostoru se zaměřením na hlediska komunikace na dálku, reklamy a propagace služeb a využití zprostředkovatele nebo nezávislé osoby.

Ačkoli smlouva o založení Evropského společenství stanovuje základní principy pro svobodu usazování a svobodu volného pohybu služeb v Evropském společenství, existuje řada oblastí, kde není právní stav zcela jasný. Takovou oblastí je například otázka, na základě jaké svobody je služba poskytována. Na řešení této otázky se zaměří další část této práce. Zkoumána bude rovněž povinnost účasti obchodníků s cennými papíry v záručním systému a oznamovací proces obchodníků s cennými papíry, kteří jsou zároveň bankami.

Následující dvě kapitoly přiblíží průběh oznamovacího procesu z hlediska zákonných a regulatorních požadavků a zhodnotí úspěšnost transpozice směrnice do českého právní řádu. Zvláště bude hodnocen postup při zřízení a bez zřízení organizační složky.

Další kapitola shrne způsob dozoru nad činností obchodníků s cennými papíry působícími v zahraničí na základě jednotné licence z hlediska kompetence dozorových úřadů a regulatorních kroků, které mohou proti obchodníkům s cennými papíry podniknout. Představeny budou i možnosti spolupráce dozorových úřadů.

Při své činnosti na základě jednotné licence vstupují obchodníci s cennými papíry do vztahů s mezinárodním prvkem. Obsahem další kapitoly proto bude snaha odpovědět na otázku právním řádem jakého státu se bude řídit vztah mezi obchodníkem a jeho zákazníkem.

Předposlední kapitola přiblíží, jaký vliv má na činnost obchodníků s cennými papíry komunikace na dálku a komunikace uskutečňovaná elektronickými prostředky, neboť při poskytování investičních služeb na území jiného členského státu k nim nezřídka dochází.

Poslední kapitola je zaměřena na vybrané otázky související s problematikou jednotné licence. Konkrétně se jedná o přechod obchodníků s cennými papíry z režimu dvou licencí do režimu jednotné licence po 1. květnu 2004, povinnost zahraničních obchodníků s cennými papíry poskytovat investiční služby v České republice prostřednictvím makléřů, rozsah vzájemně uznávaných činností a aktuální problémy dozoru nad zahraničními obchodníky s cennými papíry. Na závěr bude shrnut dosavadní vliv jednotné licence na poskytování investičních služeb v České republice, uveden počet obchodníků s cennými papíry, kteří jednotné licence využili a provedena krátká úvaha nad budoucností oznamovacího procesu, zejména u volného pohybu služeb.

## 1. Historický základ

Myšlenka jednotného trhu vychází ze Smlouvy o založení Evropského společenství z 25. března 1957 ve znění Smlouvy z Nice z 26. února 2001 (dále jen „Smlouva“). Jednotný vnitřní trh je definován jako oblast bez vnitřních hranic, v níž je zaručen volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu (tzv. čtyři základní ekonomické svobody). Smlouva zakotvila do práva Evropského společenství práva svobody usazování a svobody poskytovat služby v Evropském společenství a představuje základ pro ustanovení bankovního, pojišťovacího a investičního podnikání. Směrnice o jednotném trhu objasňují práva a svobody vzniklé na tomto základě.

V roce 1973 byly deklarovány první kroky pro jednotný finanční trh zavedením volného pohybu služeb ve směrnici o zrušení omezení svobody usazování a volného pohybu služeb vzhledem k podnikatelským činnostem bank a jiných finančních institucí.<sup>1</sup> Rozvoji jednotné licence v té době bránila obava členských států Evropského společenství o dostatečnou kvalifikovanost subjektu, který by měl podnikat v regulovaném odvětví na jejich území a kterému samy neudělily povolení. Neměly jistotu, že členský stát Evropského společenství, který povolení udělil, nemá méně přísné licenční podmínky či jeho právní řád neukládá dozorovaným osobám plnění méně přísných povinností.

Jako přijatelné východisko se ukázalo sjednocení národních licenčních podmínek a povinností dodržovaných při výkonu činnosti evropským zákonodárcem, provedené příslušnými sektorovými směrnicemi (bankovní, investiční služby, pojišťovny, kolektivní investování) Evropského společenství. Příslušné národní úpravy ve všech členských zemích jsou v takovém případě srovnatelné a přijímající stát nemusí mít obavy, že stát udělivší licenci nepřihlédl ke stejným kritériím, jaké by při licenčním procesu uplatnil on sám. To platí obdobně o povinnostech plněných dozorovaným subjektem v průběhu jeho podnikání – i ty jsou po harmonizaci národních úprav také v zásadě stejné.<sup>2</sup> Hlavní zásady harmonizace národních úprav byly poprvé definovány v tzv. Bílé knize Evropské komise z roku 1985 nazvané „Dokončení vnitřního trhu“.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Směrnice 73/183/EHS

<sup>2</sup> Srov. Příprava Komise pro cenné papíry a tuzemského kapitálového trhu na vstup do EU (analytický dokument), bod 3.3.

<sup>3</sup> COM(85) 310

Jistý předstupeň jednotné licence byl zaveden v roce 1977, kdy směrnice o koordinaci zákonů, nařízení a administrativních ustanovení vztahujících se k založení a provozování činnosti kreditních institucí (tzv. první bankovní směrnice)<sup>4</sup> ustavila povinnost poskytnutí povolení k přijímání vkladů a poskytování úvěrů. Členský stát Evropského společenství, ve kterém kreditní instituce<sup>5</sup> s povolením v jiném členském státě chtěla zřídit organizační složku, ji byl povinen udělit povolení po splnění stanovených personálních požadavků a požadavků na vlastní kapitál.

Navazující druhá směrnice o koordinaci zákonů, nařízení a administrativních ustanovení vztahujících se k založení a provozování činnosti bankovních institucí (dále jen „*druhá bankovní směrnice*“)<sup>6</sup> z roku 1989 nahrazením obligatorního udělení povolení oznamovacím principem zavedla princip jednotné licence tak, jak jej známe nyní. Zároveň rozšířila předmět služeb, na které se princip jednotné licence vztahoval mimo jiné na některé služby investičního bankovníctví.

Obě posledně jmenované směrnice se však nevztahovaly na poskytovatele investičních služeb, tito nemohli využívat výhody jednotné licence a docházelo tak k omezování zdravé konkurence. Pro odstranění tohoto nežádoucího stavu byla v roce 1993 vydána směrnice o investičních službách<sup>7</sup> (dále s ohledem na zavedenou zkratku anglického Investment Services Directive jen „*ISD*“), která zahrnovala účastníky trhu, kteří neměli bankovní licenci. Ti byli poté nazýváni obchodníky s cennými papíry.

Smlouva o Evropském hospodářském prostoru, podepsaná v Portu dne 2. května 1992, rozšířila právní úpravu Evropského společenství na všechny státy Evropského hospodářského prostoru, které nejsou součástí Evropského společenství. Všechna ustanovení, která se vztahují na státy Evropského společenství se tedy vztahují i na státy Evropského hospodářského prostoru.<sup>8</sup> V textu bude dále pro tyto státy užíváno označení „*členský stát*“.

<sup>4</sup> Směrnice 77/780/EHS

<sup>5</sup> Společnosti, jejichž předmětem podnikání je přijímání vkladů a jiných splatných peněžních prostředků od veřejnosti a poskytování úvěrů na vlastní účet. Vedle bank jde tedy také o spořitelny a úvěrní družstva.

<sup>6</sup> Směrnice 89/646/EHS

<sup>7</sup> Směrnice 93/22/EHS

<sup>8</sup> Mimo členských států Evropského společenství též Norsko, Island a Lichtenštejnsko.



Výbor moudrých pod vedením barona Alexandra Lamfalussyho, ustanovený Evropskou radou 17. července 2000,<sup>9</sup> ve své závěrečné zprávě představil novou legislativní techniku založenou na čtyřúrovňovém přístupu,<sup>10</sup> a to rámcových principech, implementačních opatřeních, spolupráci a vynuovení. Úroveň 1, směrnice, má tvořit obecnější „rámcové“ principy, zatímco teprve úroveň 2 mají tvořit konkrétnější technické implementační opatření přijaté Evropskou komisí za spolupráce s příslušným poradním výborem. Návrh Výboru moudrých byl přijat Evropskou radou ve Stockholmu 23. března 2001.

Směrnice o investičních službách byla jako následek rozvoje nových služeb a nástrojů nahrazena směrnicí o trzích s finančními nástroji<sup>11</sup> (dále jen „Směrnice“) ze dne 21. dubna 2004. Na jejím základě je rozšířen seznam vzájemně uznávaných investičních služeb a investičních nástrojů a zvyšuje se úroveň harmonizace jednotlivých národních pravidel. V Úředním věstníku Evropského společenství byla uveřejněna dne 30. dubna 2004. Lhůta pro transpozici Směrnice byla původně stanovena na 24 měsíců, vzhledem k pomalejšímu dokončování implementačních opatření ke Směrnici však byla v červnu 2005 prodloužena o 6 měsíců do 30. října 2006.<sup>12</sup> Poslední, druhá sada implementačních opatření ke Směrnici byla Výborem evropských regulátorů dokončena k 30. dubnu 2005 a předložena ke schválení Evropské komisí.

---

<sup>9</sup> Cílem Výboru moudrých bylo navrhnout opatření k rychlejšímu plnění úkolů v Akčním plánu pro finanční služby. V únoru 2001 Výbor uveřejnil finální zprávu, kterou následně prezentoval na březnovém summitu Evropské rady ve Stockholmu. Doporučení ve finální zprávě se stala základem pro reformu regulatorního rámce evropských finančních trhů. Navrhovaná opatření směřovala k těsnější integraci evropských finančních trhů a vytvoření podmínek pro efektivnější spolupráci regulatorních institucí při implementaci legislativy Evropského společenství. Zpráva doporučila zásadní změnu legislativního procesu v oblasti finančních služeb a zavedení systému, který je znám pod názvem „Lamfalussyho procedura“. Jako další priority definoval Výbor moudrých zřízení Evropského výboru pro cenné papíry, posílení principu jednotné licence a zavedení společných účetních standardů.

<sup>10</sup> Tzv. Lamfalussyho procedura. Jedná se o čtyřstupeňový proces implementace právních předpisů Evropského společenství pro oblast finančního trhu. V prvním stupni vydává Evropská rada společně s Evropským parlamentem rámcové předpisy, zejména směrnice. Ve druhém stupni vydává Evropská komise ve spolupráci s příslušným poradním výborem prováděcí předpisy (implementační opatření) k rámcové legislativě. Ve třetím stupni publikuje Evropská Komise metodické materiály a „guidelines“ k aplikaci předpisů s cílem zajistit konzistentní implementaci a aplikaci. Čtvrtý stupeň spočívá v kontrole souladu národní legislativy s právem Evropského společenství a koordinaci vymáhání jejího plnění mezi dozorovými úřady členských států.

<sup>11</sup> Směrnice 2004/39/ES

<sup>12</sup> Tisková zpráva Evropské komise ze dne 20. června 2005 dostupná na adrese <http://www.europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/759&format=HTML&aged=0&language=EN>

V České republice byla úprava jednotné licence obchodníků s cennými papíry vložena do zákona č. 591/1992 Sb., o cenných papírech (dále jen „*zákon o cenných papírech*“) zákonem č. 362/2000 Sb. s účinností ode dne vstupu v platnost smlouvy o přistoupení České republiky k Evropské unii. S ohledem na přijetí nového zákona č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu (dále jen „*zákon o podnikání na kapitálovém trhu*“) však tato ustanovení nikdy nenabyla účinnosti.

Současná právní úprava jednotné licence obchodníků s cennými papíry je v České republice obsažena v zákoně o podnikání na kapitálovém trhu. Všechna ustanovení jsou transpozicí ISD. Tato práce si klade za cíl shrnout problematiku jednotné licence rovněž z praktického hlediska do budoucna, a tak budou jednotlivá ustanovení zákona o podnikání na kapitálovém trhu srovnávána s novější úpravou ve Směrnici. Význam jednotlivých ustanovení zákona o podnikání na kapitálovém trhu však bude rozebrán i ve světle jejich původu v ISD.

Připravovaná novela zákona o podnikání na kapitálovém trhu si neklade za cíl transpozici Směrnice do českého právního řádu, ale odstranění chyb a nepřesností v zákoně obsažených. Samotné problematiky jednotné licence se dotýká jen ve velmi omezené míře a u rozboru příslušných ustanovení bude na nově navrhované znění a jeho význam upozorněno.

## 2. Pojem a základní principy jednotné licence

### 2.1. Pojem jednotné licence

Vzhledem k relativní novosti principu vzájemného uznávání licencí v České republice, a to i pro odbornou veřejnost, se ještě pevně neustálilo označení, které je pro tento princip používáno. Objevují se označení „evropský pas“, „jednotný evropský pas“, „jednotná evropská licence“.<sup>13</sup> Tato označení jsou většinou překladem anglického označení „single passport“ nebo „European passport“, německého „einheitlicher Pass“ nebo „europäischer Pass“, francouzského „passeport unique“ nebo „passeport européen“, přičemž je označení většinou uváděno v uvozovkách, což naznačuje, že ani v těchto jazycích se nejedná o běžné širší veřejností osvojené označení. Samotná ISD hovoří v bodu 3 Preambule o „jednotném oprávnění“.<sup>14</sup>

Ačkoli se v materiálech v českém jazyce velmi často uvádí označení pas (jednotný či evropský)<sup>15</sup> a toto označení je často používáno na národní i mezinárodní úrovni,<sup>16</sup> rozhodl jsem se v této práci používat označení „jednotná licence“. Důvod je jednak ten, že toto označení používá zákon o podnikání na kapitálovém trhu i zákon o bankách, a lze proto očekávat, že postupem času začne toto označení převládat, dále je toto označení i obsahově vhodné. Jedná se opravdu o licenci, která tím, že je užívána a uznávána na celém území Evropského hospodářského prostoru, má znak jednotnosti. Upřednostnění pojmu „licence“ před „povolením“, které je v zákoně o podnikání na kapitálovém trhu užíváno ve spojení pouze s územím České republiky, zase na první pohled odlišuje, že se jedná o užití v mezinárodním rámci. Je obtížné říci, zda byl takový záměr na straně zákonodárce a jedná se o úmysl, či toto označení bude v některé budoucí novelizaci změněno. Proměna investičního instrumentu na investiční nástroj či registrovaného cenného papíru na kótovaný cenný papír by tomu nasvědčovala.

<sup>13</sup> Příprava Komise pro cenné papíry a tuzemského kapitálového trhu na vstup do EU (analytický dokument), bod 3.3.

<sup>14</sup> Angl. „single authorization“, něm. „einzige Zulassung“, fran. „agrément unique“

<sup>15</sup> Např. Hart J., Pihera V.: Nová právní úprava kapitálového trhu. Právní rozhledy č. 11/2004 nebo Dědič J., Čech P.: Obchodní právo po vstupu ČR do EU aneb Co všechno se po 1. květnu 2004 v obchodním právu změnilo?. 2. vydání, RNDr. Ivana Hexnerová – BOVA POLYGON, Praha, květen 2005, s. 268

<sup>16</sup> Boos Karl-Heinz, Fischer Reinfrid, Schulte-Mattler Hermann: Kreditwesengesetz – Kommentar. 2. Auflage, C.H.Beck, München 2004, s. 1355

## 2.2. Základní principy jednotné licence

Jednotná licence je užitečný nástroj vytvořený za účelem rozvoje jednotného evropského trhu finančních služeb. Hlavní ideou a cílem je zatěžovat poskytovatele služeb licenčním řízením jen jednou v celém Evropském hospodářském prostoru, a v případě, že se rozhodne poskytovat služby v jiném členském státě, původní licenci mu zde pouze „uznat“.<sup>17</sup>

Princip jednotné licence spočívá v tom, že obchodník s cennými papíry může poskytovat investiční služby na základě oprávnění vydaného příslušným dozorovým úřadem státu, ve kterém má sídlo<sup>18</sup> (dále jen „domovský stát“) ve všech ostatních zemích společenství (dále jen „hostitelský stát“). Dozorový úřad hostitelského státu nemá právo podmiňovat zahájení činnosti obchodníka s cennými papíry na území hostitelského státu splněním dodatečných požadavků.<sup>19</sup>

Před zahájením činnosti v jiném členském státě má obchodník s cennými papíry pouze povinnost oznámit záměr poskytovat investiční služby v jiném členském státě domovskému dozorovému úřadu (oznamovací princip), který v případě realizace záměru obchodníka provádí dozor i nad jeho činností na území hostitelských států (princip dozoru země sídla).<sup>20</sup> Při poskytování služeb v jiných členských státech je obchodník s cennými papíry vázán právní úpravou země sídla a pouze v určitém rozsahu též předpisy hostitelského státu upravujícími ochranu investorů. Nad dodržováním těchto předpisů v hostitelském státě dohlíží příslušný dozorový úřad dané země (k rozsahu dozoru jednotlivými státy více viz kapitola 7).

Hostitelský stát není oprávněn kontrolovat, zda instituce zamýšlející vykonávat činnost na jeho území na základě volného pohybu služeb nebo prostřednictvím organizační složky splnila základní podmínky pro získání povolení ve svém domovském státě. Takovou kontrolu může provádět pouze domovský stát sám. Udělení povolení je záležitostí

<sup>17</sup> Příprava Komise pro cenné papíry a tuzemského kapitálového trhu na vstup do EU (analytický dokument), bod 3.3.

<sup>18</sup> Jedná se o sídlo v širším smyslu. V některých členských státech může být obchodníkem s cennými papíry i fyzická osoba. S ohledem na definici domovského státu v ISD a Směrnici je státem sídla u právnické osoby stát, ve kterém má své sídlo (v užším smyslu), u fyzické osoby a právnické osoby, která podle práva státu, podle něžž byla zřízena, nemá sídlo je jím stát, ve kterém má ústředí.

<sup>19</sup> Metodika - Evropský pas pro české obchodníky s cennými papíry (OCP-EU) - účinná od 1.5.2004, bod 1.

<sup>20</sup> Tamtéž

domovského státu a hostitelský stát jej nemůže zpochybňovat.<sup>21</sup> Pokud má hostitelský stát důvod pochybovat o souladu se standardními podmínkami, může využít článek 227 (dříve 170) Smlouvy nebo požádat Evropskou komisi o podniknutí kroků proti domovskému státu pro nedodržení povinností podle článku 226 (dříve 169) Smlouvy.<sup>22</sup>

Tvůrci Směrnice si byly samozřejmě vědomi možnosti subjektů hledat pro získání povolení k poskytování investičních služeb členský stát, který jim svými požadavky na udělení povolení nebo přísností dozoru bude nejlépe vyhovovat a ve kterém se budou snažit povolení získat. Snahou tvůrců Směrnice je spojit udělení povolení s členským státem, kde obchodník s cennými papíry vykonává většinu svých činností. Tuto snahu shrnuje bod 22 Preambule Směrnice, podle kterého *„principy vzájemného uznávání a dozoru domovského státu vyžadují, aby dozorový úřad členského státu neudělil nebo odejmul povolení v případě, že faktory jako obchodní plán, geografická distribuce nebo aktuálně vykonávané činnosti jasně indikují, že obchodník s cennými papíry si vybral právní systém jednoho členského státu z důvodu vyhnutí se přísnějším standardům používaným v jiném členském státě na jehož území zamýšlí vykonávat nebo vykonává většinu svých činností. Obchodník s cennými papíry, který je právnickou osobou by měl získat povolení v členském státě, kde má své sídlo. Obchodník s cennými papíry, který není právnickou osobou, by měl získat povolení ve státě, kde má své ústředí. Dále by měl členský stát požadovat, aby ústředí obchodníka s cennými papíry bylo umístěno v jeho domovském státě a aby zde skutečně vyvíjel činnost.“* Důsledné aplikování takového přístupu členskými státy by zamezilo vyhýbání se přísnější regulaci, které můžeme, zejména po rozšíření Evropské unie o nových 10 států, pozorovat.

Princip jednotné licence je v komunitárním právu uplatňován v zásadě ve stejné podobě vedle obchodníků s cennými papíry též u kreditních institucí, pojišťovacích společností, u osob kolektivního investování (směrnice 85/611/EHS) i při registraci cenných papírů (směrnice 81/298/ES a 2001/34/ES).<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Srov. Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 10. září 1996 v podobné záležitosti v případě C-11/95 Komise v. Belgie. ESD dovodil, že přijímající členský stát nebyl oprávněn k aplikaci práva státu původu vztahující se k televiznímu vysílání a zajistit soulad se směrnicí 89/552/EHS (známá jako „televize bez hranic“)

<sup>22</sup> Úřední sdělení pro bankovní sektor, s. 14, Úřední sdělení pro pojišťovací sektor, s. C 43/12

<sup>23</sup> Příprava Komise pro cenné papíry a tuzemského kapitálového trhu na vstup do EU (analytický dokument), bod 3.3.

### 3. Záměr poskytovat investiční službu na území jiného členského státu

#### 3.1. Obecný výklad

Jak již bylo zmíněno v předchozí kapitole, poskytování investičních služeb obchodníkem s cennými papíry v jiných členských státech je vázáno na oznámení záměru obchodníka s cennými papíry dozorovému úřadu domovského státu.

Pro rozhodnutí, zda je obchodník povinen učinit oznámení, tj. zda zamýšlená činnost podléhá režimu jednotné licence, je nezbytné posoudit následující skutečnosti:

- zda plánovaná činnost je poskytováním investiční služby;
- zda se bude jednat o činnost prováděnou na území jiného členského státu.

Co se rozumí pod „poskytováním investičních služeb“ a „na území jiného členského státu“ není zcela jednoznačné a ani praxe v jednotlivých členských státech není zcela identická. Při posuzování je nezbytné vzít v úvahu několik kritérií. V případech, kdy nelze níže uvedená kritéria použít a kdy nastávají pochybnosti o přístupu konkrétního členského státu, je nutné posoudit daný případ individuálně a obchodníkům lze jen doporučit obrátit se s dotazem na posouzení situace na dozorový úřad příslušného členského státu.

Jelikož komunitární právo hovoří o *podnikání* (čl. 18 odst. 1 ISD) resp. poskytování *investičních služeb* (čl. 31 odst. 1 Směrnice) na území jiného členského státu je zřejmé, že se oznamovací povinnost nevztahuje na jednorázové, ale ani ojedinělé poskytnutí investiční služby na území jiného členského státu. Jednotlivé nebo nárazové poskytnutí investiční služby bez znaků opakovatelnosti záměr obchodníka neprokazuje. Takový závěr potvrzuje i skutečnost, že v rámci oznamovacího procesu obchodník s cennými papíry sděluje plán obchodní činnosti, kterou hodlá na území jiného členského státu poskytovat. O obchodním plánu jistě nelze hovořit, pokud obchodník s cennými papíry náhodně a ojediněle poskytne investiční službu na území jiného členského státu. Předpokladem

povinnosti provést oznámení tedy je, že se u obchodníka s cennými papíry bude jednat o záměr provádět činnost opakovaně.<sup>24</sup>

Pro určení, zda je třeba poskytnutí investiční služby oznámit, je třeba ono poskytnutí služby rovněž lokalizovat, tedy určit, zda bude služba skutečně poskytována na území jiného členského státu. Na rozdíl od jiných nepochybných činností, jakými jsou např. zhotovení účesu či postavení domu, nemusí být v případě poskytování investičních služeb toto umístění vždy jednoznačné. Tato nejistota ještě narůstá s možností uzavření smlouvy na dálku nebo prostřednictvím elektronické komunikace. Při posuzování této otázky existují 2 názorové proudy.

První z nich je založen na stanovisku Evropské komise uveřejněném v úředním sdělení č. 97/C 209/04 Volný pohyb služeb a zájem na obecném blahu v druhé bankovní směrnici<sup>25</sup> pro bankovní sektor (dále jen „úřední sdělení pro bankovní sektor“). Pro některé části výkladu je inspirující i úřední sdělení Evropské komise č. 2000/C 43/03 Volný pohyb služeb a obecné blaho v pojišťovacím sektoru<sup>26</sup> (dále jen „úřední sdělení pro pojišťovací sektor“). Principy obsažené v úředním sdělení pro bankovní sektor, ačkoli se vztahuje na kreditní instituce, je možné aplikovat i na investiční služby. K tomu vede článek 11 ISD obsahující ustanovení o pravidlech jednání se zákazníky, který se taktéž vztahuje na firmy poskytující investiční služby, které podnikají na základě směrnice o založení a provádění činností kreditních institucí<sup>27</sup> (dále jen „bankovní směrnice“). U mnohých závěrů, které Evropská komise uvádí, není důvod, proč by je nebylo možné vztahovat na činnost obchodníků s cennými papíry. Obzvláště, pokud služby poskytované kreditními institucemi jsou svou povahou velmi podobné těm, poskytovaným obchodníky s cennými papíry. Úřední sdělení Evropské komise má status vodítka a není závazné pro národní soudy členských států. Jediným orgánem oprávněným závazně vykládat Smlouvu a sekundární právní předpisy je Evropský soudní dvůr. Evropský soudní dvůr nicméně může

<sup>24</sup> Srov. Boos Karl-Heinz, Fischer Reinfrid, Schulte-Mattler Hermann: Kreditwesengesetz – Kommentar. 2. Auflage, C.H.Beck, München 2004, s. 1362

<sup>25</sup> Commission interpretative communication: Freedom to provide services and the interest of the general good in the Second Banking Directive

<sup>26</sup> Commission interpretative communication: Freedom to provide services and general good in the insurance sector

<sup>27</sup> Směrnice 2000/12/ES

brát při interpretaci Smlouvy a sekundárních právních předpisů úřední sdělení Evropské komise v úvahu.

Evropská komise při hledání místa poskytnutí služby zkoumala různá kritéria, která by mohla být v této souvislosti rozhodná (je třeba zdůraznit, že se nejedná o hraniční určovatele ve smyslu mezinárodního práva soukromého a tedy ani určení rozhodného práva či daňového systému, který bude použit na právní vztah mezi obchodníkem s cennými papíry a zákazníkem, více k této problematice níže v kapitole 8). Těmito kritérii byly například iniciátor nabídky, residence spotřebitele, sídlo poskytovatele služby, místo podepsání smlouvy atd. Žádné z těchto kritérií však nešlo uspokojivě aplikovat na činnosti popsané v příloze druhé bankovní směrnice.<sup>28</sup>

Aby byla umožněna jasná interpretace „výkonu činnosti na území jiného členského státu“, je podle názoru Evropské komise třeba zjistit, kde je uskutečňováno „charakteristické plnění“ služby, tedy hlavní činnost, za kterou je poskytována úplata.<sup>29</sup> S ohledem na charakter služeb je možné toto kritérium uveřejněné v úředním sdělení pro bankovní sektor vztáhnout i na obchodníky s cennými papíry. V případě pojišťovacích institucí je rozhodujícím kritériem místo, kde leží pojišťované riziko.<sup>30</sup>

Z uvedeného přístupu vychází britský regulátor Úřad pro finanční služby<sup>31</sup> (dále jen „FSA“), podle jehož názoru<sup>32</sup> by společnosti z Velké Británie, které jsou kreditní institucí nebo obchodníkem s cennými papíry měly používat test charakteristického plnění vždy, když zvažují, zda je pro jejich činnost potřeba předchozího oznámení. FSA nicméně uvedené společnosti upozorňuje, že jiné členské státy mohou mít odlišný názor. Některé členské státy, jak je uvedeno níže, totiž uplatňují tzv. test oslovení, tj. zda je to spotřebitel či poskytovatel, kdo iniciuje obchodní vztah.

Aplikace testu charakteristického plnění v praxi znamená, že britský makléř, který přijímá pokyny telefonicky od zákazníka z Francie pro provedení na burze ve Velké Británii může být považován za obchodujícího nebo přijímajícího a předávajícího pokyny

<sup>28</sup> Úřední sdělení pro bankovní sektor, s. 6

<sup>29</sup> Tamtéž

<sup>30</sup> Úřední sdělení pro pojišťovací sektor, s. C 43/13

<sup>31</sup> Financial Services Authority

<sup>32</sup> FSA Handbook, Appendix 3 – Guidance on passporting issues, bod 3.6.1



na území Spojeného království. Stejně tak v případě britské společnosti provádějící obhospodařování portfolia je třeba zkoumat, kde jsou vykonávána investiční rozhodnutí a řízení obhospodařování majetku. V praxi však obecně situaci vypadá tak, že výběr jednotlivých nástrojů, které budou nakupovány do zákaznických portfolií a jejich váhu v příslušném typu portfolia stanoví kolektivní orgán obchodníka s cennými papíry, označovaný obvykle jako investiční výbor. V mezích nastavených investičním výborem poté konkrétní makléř příslušný ke správě portfolia činí rozhodnutí, který konkrétní investiční nástroj a v jakém množství bude pro zákazníka nakoupen, případně prodán. K uskutečnění tohoto nákupu či prodeje dává pokyn dalšímu makléři, zajišťujícímu obchodníkovi přístup na trh. Podle mého názoru v případě, kdy všechny tyto subjekty vykonávají činnost v jiném státě, je pro určení místa charakteristického plnění rozhodující, kde se nachází makléř – správce portfolia, protože je to on, kdo v konečném důsledku rozhoduje o přesném složení portfolia investičních nástrojů zákazníků. Pokud však obchodník s cennými papíry zamýšlí vyslat zaměstnance nebo dočasně oprávněného zprostředkovatele na území jiného členského státu a tam na dočasné bázi provádět investiční služby, je třeba, aby společnost prošla oznamovacím procesem pro volný pohyb služeb.

FSA je dále názoru, že tam, kde se společnost z Velké Británie stane členem regulovaného trhu, který má své zapsané sídlo nebo pokud nemá zapsané sídlo, své skutečné sídlo v jiném členském státě, má být aplikován stejný test charakteristického plnění. Podle tohoto testu fakt, že společnost z Velké Británie má obrazovku, na které jsou zobrazovány kurzy neznámá, že tato společnost obchoduje na území domovského státu regulovaného trhu.

Určení místa poskytnutí investiční služby na základě charakteristického plnění má důsledek i pro určení kdy, tedy v jakém okamžiku, se jedná o poskytnutí služby a tedy před jakým jednáním je třeba oznámení učinit.

Není tak třeba oznamovat v souvislosti s přípravnou činností či jednáním následným při poskytnutí investiční služby. Takovým jednáním může být propagace služeb na území hostitelského členského státu či návštěva zákazníka, která se netýká

charakteristického plnění při poskytování investiční služby a není jí ani dočasná návštěva na území hostitelského státu za účelem uzavření smlouvy se zákazníkem.<sup>33</sup>

Na druhou stranu, pokud obchodník s cennými papíry vyše svého zaměstnance nebo i jen dočasně oprávněného zprostředkovatele na území jiného členského státu za účelem výkonu charakteristického plnění pro zákazníka-neresidenta, bude se jednat o činnost, pro níž je potřeba oznámení.<sup>34</sup>

Oznámení též není potřeba, pokud je investiční služby poskytována osobě, která se osobně dostaví do státu, kde je obchodník s cennými papíry usazen (tzv. pasivní volný pohyb služeb).

Stejný přístup jako britský regulátor zvolil i rakouský regulátor Úřad pro dozor nad finančním trhem<sup>35</sup> (dále jen „FMA“). Na svých stránkách upozorňuje, že povolení k poskytování investičních služeb opravňuje pouze k poskytování investičních služeb a nabízení investičních služeb není v rozsahu povolení zahrnuto a nepodléhá tak bezprostřední příslušnosti a dozoru FMA.<sup>36</sup>

Druhý názorový proud je reprezentován zejména německým regulátorem – Spolkovým úřadem pro dozor nad finančními službami<sup>37</sup> (dále jen „BaFin“) a lze ho stručně charakterizovat jako princip oslovení. BaFin se k uvedené problematice vyjádřil ve stanovisku Upozornění k povinnosti mít povolení podle § 32 odst. 1 KWG ve spojení s § 1 odst. 1 a odst. 1a KWG k přeshraničnímu výkonu bankovních činností a/nebo přeshraničnímu výkonu finančních služeb<sup>38</sup> ze září 2003 nahrazenému stanoviskem stejného názvu z dubna 2005.

BaFin uvádí, že oznámení je potřeba, pokud zahraniční subjekt zamýšlí se cíleně obracet v Německu na trh, aby jiným subjektům (jedno zda fyzickým či právnickým

<sup>33</sup> Úřední sdělení pro bankovní sektor, s. 6

<sup>34</sup> Tamtéž

<sup>35</sup> Finanzmarktaufsicht

<sup>36</sup> <http://www.fma.gv.at/de/fma/markttei/wertpapi/wertpapi/wertpapi.htm>

<sup>37</sup> Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

<sup>38</sup> Hinweise zur Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 und Abs. 1a KWG von grenzüberschreitend betriebenen Bankgeschäften und/oder grenzüberschreitend erbrachten Finanzdienstleistungen

osobám), které mají své sídlo nebo obvyklý pobyt v Německu, opakovaně a podnikatelsky nabízel investiční služby. Povolení však není potřeba, pokud se příjemce služby sám, z vlastní iniciativy, obrací na jejího poskytovatele, tedy v případě, kdy se jedná se o pasivní volný pohyb služeb. Tato vylučující podmínka odpovídá postoji i Evropské komise a FSA.

V České republice se k záležitosti, kdy se jedná o poskytování investiční služby na území České republiky, několikrát, a třeba říci, že nepřiliš konzistentně, vyjádřila Komise pro cenné papíry (dále jen „Komise“).

V metodice Komise Evropský pas pro české obchodníky s cennými papíry účinné od 1. května 2004 je k záměru poskytovat investiční služby v úvodu bodu 3 odkazováno na výklad v úředním sdělení Evropské komise pro bankovní sektor, a tedy užití testu charakteristického plnění, a i následující text obsahuje závěry shodné s úředním sdělením pro bankovní sektor. V metodice Jednotná licence (tzv. Evropský pas) pro zahraniční poskytovatele investičních služeb se Komise k problematice nevyjádřila.

Odlišný názor na skutečnost, kdy se jedná o poskytování investičních služeb na území České republiky vyjádřila Komise ve stanovisku Kdy se jedná o poskytování investičních služeb na území České republiky ze dne 29.10.2003. Podle tohoto stanoviska je rozhodující, „jak těsný je vztah dané činnosti k českému území“. Jako typické případy Komise uvádí činnost vykonávanou prostřednictvím jakéhokoliv zařízení typu pobočky umístěné na území České republiky, činnost vykonávanou za pomoci jiné osoby na území České republiky, ať již zaměstnanec či na základě obchodněprávního vztahu a činnost spočívající v poskytování investičních služeb investorům z České republiky v zahraničí, pokud je provázeno aktivním nabízením služeb cíleným na území ČR (včetně např. reklamy v českém jazyce na internetu). Takový přístup ukazuje na uplatňování principu oslovení podle německého modelu.

V konkrétním případě se Komise vyjádřila k problematice v rozhodnutí KCP/14/2003 o poznání „britštějí“. Komise je shodného názoru s Evropskou komisí i přístupem některých regulátorů, že propagační činnost nezakládá poskytnutí investiční služby. V rozhodnutí uvedla „umístěním předmětných informací (tj. nabízení investiční služby ve vztahu k spotovým, opčním a termínovým obchodům veřejnosti) na www

*stránkách účastníka řízení ještě nedošlo také k poskytnutí inzerovaných služeb“.* Naproti tomu Komise uvedla, že *„znak poskytování investiční služby je naplněn již v okamžiku, kdy se obchodník zaváže službu poskytnout; není rozhodné, zda svůj závazek splní“*, tedy jinými slovy nemusí dojít k charakteristickému plnění.

Taková stanoviska musí na veřejnost působit poněkud zmateně. Podle mého názoru je třeba si při předjímání přístupu Komise vybrat proud reprezentovaný Evropskou komisí a FSA, tedy metodiku Evropský pas pro české obchodníky s cennými papíry a rozhodnutí KCP/14/2003. Názor vyjádřený v metodice je nejaktuálnější, vyjádřený speciálně pro problematiku jednotné licence a lze si ho vysvětlit odklonem Komise od ochránářského přístupu uplatňovaným od jejího založení v roce 1998. Pro uplatnění tohoto názoru by hovořilo i očekávané, i když nikoli povinné, uplatnění doktríny *stare decisis*, kdy názor vyjádřený v rozhodnutí KCP/14/2003 bude brán jako precedenční pro další rozhodnutí.

Dvojitý přístup není problémem pouze České republiky, ale celého Evropského společenství. Uplatňováním rozdílných kritérií vede k situaci, kdy dvěma státy bude stejná situace posuzována odlišně. K problému nedochází, pokud oba státy uvedenou činnost nepovažují či naopak považují za přeshraniční poskytování investiční služby (uplatní se dozor úřadu, který povolení vydal). Konflikt nastává v okamžiku, kdy jeden regulátor bude tvrdit, že poskytovatel investiční služby uskutečňuje na jeho území investiční služby a bude požadovat po dozorovém úřadu jeho domovského státu příslušné kroky související s dozorovou činností, tento je však nebude chtít podniknout, neboť podle jeho názoru o přeshraniční poskytování služby nepůjde. Zde se bude muset vyjádřit Evropský soudní dvůr, který s konečnou platností rozhodne o přístupu, který se uplatní.

Dle mého názoru je reálné očekávat, že zvítězí princip charakteristického plnění. Je to totiž až faktická činnost osoby poskytující investiční službu, která je jako citlivá součást národních ekonomik regulována. Protekcionistický přístup uplatňovaný v některých státech s cílem chránit zákazníka již od okamžiku jeho oslovení bude muset být realizován prostřednictvím jiných norem, nikoli vztažením poskytnutí služby pod dozorovou pravomoc příslušných úřadů již od oslovení zákazníka.

### 3.2. Komunikace na dálku

Uvedené přístupy v náhledu na přeshraniční poskytování služeb a tedy i potřebu provést oznámení se odlišují i v případě komunikace mezi poskytovatelem a příjemcem služby na dálku.

S odkazem na princip charakteristického plnění, tedy kde je služba vykonávána v praxi, je Evropská komise názoru, že poskytování služeb na dálku např. prostřednictvím internetu, nevyžaduje předchozí oznámení, neboť na obchodníka s cennými papíry nelze nahlížet, že vykonává činnosti na území státu zákazníka.<sup>39</sup>

V úředním sdělení pro pojišťovací sektor Evropská komise k tomuto uvedla, že *„užití prostředků komunikace na dálku (telefon, fax atd.) a obzvláště elektronický obchod (např. prostřednictvím internetu) pro výkon pojišťovací činnosti zahrnující riziko, které se nachází v členském státě jiném než členský stát podnikání pojistitele by měl být považován jako výkon pojišťovací činnosti na základě volného pohybu služeb, kdy nedochází k pohybu žádné ze smluvních stran“*, dále *„... místo, kde jsou umístěny technologické prostředky pro poskytnutí služby (např. kde je umístěn internetový server) není relevantní pro určení státu podnikání pojišťovací společnosti uskutečňující svou činnost na dálku“* a *„... pojišťovací společnost operující na území jednoho členského státu, která je připravena uzavírat smlouvy prostřednictvím internetu zahrnující rizika v jiném členském státě bude pravděpodobně potřebovat uskutečnit oznamovací proces“*.

Na druhou stranu ve stejném úředním sdělení uvedla *„... užití metod elektronického obchodu pro samotný účel propagace, poskytující obchodní informace nebo zlepšující povědomí o pojišťovací společnosti nemůže být považován za pojišťovací činnost“* a *„... je vyloučené podřadit takovouto propagaci nebo informační činnost pod oznamovací proces založený třetí směrnici (článek 34 a následující), která byla vytvořena pro skutečnou pojišťovací činnost vykonávanou na základě volného pohybu služeb.“*

Uvedené vede k závěru, že Evropská komise považuje oznámení za nutné, pouze pokud má společnost záměr poskytovat služby na území jiného členského státu.

<sup>39</sup> Úřední sdělení pro bankovní sektor, s. 7

Komunikace s potenciálním zákazníkem ještě neznamená takový záměr a tedy ani povinnost provést oznámení. Zvláštními aspekty souvisejícími s regulací elektronického obchodu se blíže zaobírá kapitola 9.

BaFin je odlišného názoru. Podle něj, jsou-li v Německu usazení potenciální zákazníci oslovováni zahraničním subjektem přímo prostřednictvím pošty nebo e-mailu či faxu, a jsou-li jim tak nabízeny investiční služby, je třeba k této činnosti provést oznámení. To nicméně není potřeba, pokud k takové činnosti dochází v rámci smluvního vztahu, který byl mezi poskytovatelem a příjemcem služby uzavřen již dříve na základě iniciativy příjemce (opět z důvodu pasivního volného pohybu služeb).

Při komunikaci prostřednictvím internetu je podle názoru BaFinu rozhodující, zda jsou nabízené služby podle obsahové podoby internetové stránky směřovány na německý trh. Obrací-li se příslušný subjekt např. pomocí reklamy cíleně na německý trh, jedná se o činnost, ke které je třeba provést oznámení. Rozhodná přitom není technická dostupnost stránky na internetu, ale obsah hlavní strany a celková obsahová podoba stránek. Disclaimer na stránkách je pouze jedním z hodnotících kritérií. Dalšími jsou charakteristika doménového jména, jazyk, popis produktů, finanční a jiné informace poskytované zákazníkům a vztahující se k určitému státu, právní rámec, údaje o ceně, možnosti plateb nebo jmenování německé kontaktní osoby.

Komise stojí v záležitosti komunikace na dálku někde uprostřed mezi těmito názorovými proudy. Na základě názorů uvedených v rozhodnutí KCP/14/2003 nepovažuje komunikaci mezi poskytovatelem služby a jejím příjemcem za poskytnutí služby do okamžiku, kdy se poskytovatel zaváže službu poskytnout, tedy ne ještě v okamžiku, kdy ji nabízí neurčitým osobám (jako německý přístup), ale již před jejím skutečným poskytnutím (vykonáním charakteristického plnění, jak je názorem Evropské komise a FSA).

Evropská komise k problematice povinnosti provést oznámení při komunikaci se zákazníkem na dálku dodává, že si je vědoma potřeby řešení této otázky případ od případu, což může být obtížné a současně si je vědoma, že dokud se Evropský soudní

dvůr v této situaci nevyjádří, má každá instituce možnost z důvodu právní jistoty učinit oznámení, i když by podle výše uvedených kritérií nebylo oznámení potřeba.

### 3.3. Reklama a propagace služeb

Rovněž náhled na reklamu a nabídku služeb je v rámci Evropského hospodářského prostoru odlišný. Evropská komise se sice nevyjádřila přímo v otázce, kdy by oznámení mělo být nutné, pokud obchodník s cennými papíry propaguje své služby v jiném členském státě, nicméně se k této otázce vyjádřila ve svých úředních sděleních pro bankovní a pojišťovací sektor a tyto závěry jsou opět v obecných ustanoveních aplikovatelné na obchodníky s cennými papíry.

Podle názoru Evropské komise propagace služeb ani nabídka služeb nemohou být spojeny s povinností podstoupit oznamovací proces. Takové spojení by bylo uměle vykonstruováno, neboť v druhé bankovní směrnici pro to není žádné výslovné ustanovení. Není to předchozí nabídka služeb neresidentovi, ale pouze záměr vykonávat služby na území jiného státu, které článek 20 druhé bankovní směrnice podmiňuje oznámením. Mimo to skutečnost, že se instituce obrací na zákazníky, neznamená nutně, že zamýšlí poskytovat služby na území jiného státu. Spojení propagace služeb s oznámením by vedlo k nesmyslné situaci, ve které by instituce byla nucena oznamovat záměr dozorovým úřadům všech států, kde může být reklama teoreticky přijata, ačkoli v některých státech nezamýšlí vyvíjet žádnou činnost. Předchozí existence reklamy nebo nabídky nemůže být spojena s potřebou souladu s oznamovacím procesem, nicméně existence reklamy může indikovat zájem poskytovat investiční služby, který vede k potřebě oznámení.

Evropská komise je proto názoru, že z důvodu jednoduchosti a souladu s druhou bankovní směrnicí všechny formy reklamy ať cílené či jiné a všechny nabídky služeb učiněné na dálku jakýmkoli způsobem by měly být vyňaty z povinnosti oznamování. Pouze pokud kreditní instituce zamýšlí vykonávat aktivity na území zákaznickova státu na základě volného pohybu služeb, je povinna záměr oznámit.<sup>40</sup> Stejný je i názor FSA, která ve své příručce výslovně upozorňuje, že současné nařízení o regulovaných činnostech<sup>41</sup> již

<sup>40</sup> Úřední sdělení pro bankovní sektor, s. 7

<sup>41</sup> Regulated Activities Order

na rozdíl od dřívější úpravy v zákoně o finančních službách z roku 1986<sup>42</sup> nezakotvuje úpravu, že nabízení vykonání regulované činnosti je samo o sobě regulovanou činností. Tato změna se zdá být podle názoru FSA konzistentní se skutečností, že zahraniční firmy mohou činit svoji propagaci přístupnou osobám ve Spojeném království bez potřeby oznámení podle ISD.<sup>43</sup>

Názor, že propagací služby ještě nedochází k poskytnutí služby vyjádřila v rozhodnutí KCP/14/2003 i Komise. Stejně s odkazem na toto rozhodnutí se vyjádřila i v materiálu Evropský pas pro české obchodníky s cennými papíry.

Názor německého regulátora je opět odlišný. Podle něj je rozhodující pro určení, zda určitá reklama zakládá povinnost oznámení záměru bez ohledu na její způsob a formu šíření, její obsahová podoba. Oznámení, která již obsahují výroky týkající se určité služby podléhají povinnosti oznámení záměru. Nicméně oznámení, která obsahují pouze obecný reklamní charakter, této povinnosti nepodléhají. Tak je například přípustné bez oznámení záměru šířit reklamu „Obchodník s cennými papíry XY je nejlepší obchodník s cennými papíry“, neboť toto sdělení se neobrací na zákazníky s nabídkou konkrétních služeb. Oznámení záměru již však bude potřebovat slogan, který se vztahuje k uzavření smlouvy k určitému produktu nebo jmenuje určité nabízené služby. Takovým je například sdělení „Obchodník s cennými papíry XY nabízí nejlepší podmínky pro nákup cenných papírů“.

I v oblasti komunikace na dálku a propagace služeb bude třeba najít jednotný přístup, neboť rozdílné názory jednotlivých regulátorů mohou vést k vyžadování zásahu ze strany domovského dozorového úřadu, který této žádosti nevyhoví, protože z jeho pohledu k přeshraničnímu poskytnutí služby nedošlo.

### 3.4. Využití zprostředkovatele nebo nezávislé osoby

Názorový rozpor na nutnost předchozího oznámení se objevuje částečně i v případech, kdy společnost využívá na území jiného členského státu zprostředkovatele nebo nezávislé osoby.

<sup>42</sup> Financial Services Act 1986

<sup>43</sup> FSA Handbook, Appendix 3 – Guidance on passporting issues, bod 3.6.31



Podle názoru Evropské komise pokud kreditní instituce užije zprostředkovatele k poskytování dočasných nebo příležitostných bankovních služeb na území členského státu, musí nejprve učinit oznámení na základě volného pohybu služeb. Tam však, kde povinnosti zprostředkovatele se omezují pouze na získávání zákazníků, je názoru, že kreditní instituce nemůže být posuzována, že určitě zamýšlí vykonávat činnost na území jiného členského státu. Oznámení tedy není nutné.

Německý regulátor je názoru, že v případech, kdy zahraniční subjekt získává zákazníky v Německu tím, že cíleně navštěvuje potenciální zákazníky, jedno zda prostřednictvím závislých či nezávislých spolupracovníků, se jedná o činnost, ke které je třeba předchozího oznámení. Taktéž je třeba provést oznámení, pokud zahraniční subjekt za účelem získávání nových zákazníků v Německu vybuduje a užívá síť německých zprostředkovatelů, a to i za podmínky, že tito již mají ke své činnosti potřebné povolení. BaFin tedy v souladu s principem oslovení požaduje oznámení již pro oslovení potenciálního zákazníka, nikoli pro poskytnutí služby, jak požaduje Evropská komise.

V České republice je na základě různých vyjádření Komise situace nejasná. Ačkoli by odkaz v bodu 3 materiálu Evropský pas pro české obchodníky s cennými papíry vedl k užití přístupu Evropské komise, je ve stejném bodě uvedeno, že kritériem pro určení, zda se jedná o poskytování služeb na území jiného státu je, že obchodník hodlá využívat místních zprostředkovatelů při kontaktu se zákazníky z jiných členských států Evropské unie. Taktéž stanovisko Kdy se jedná o poskytování investičních služeb na území České republiky výslovně uvádí jako typické případy poskytování investičních služeb činnost vykonávanou za pomoci jiné osoby na území České republiky, ať již zaměstnanec či na základě obchodněprávního vztahu. Komise se v tomto případě tedy spíše přiklání k německému přístupu, že i oslovování potenciálních zákazníků využitím zprostředkovatelů nebo nezávislých osob na území České republiky je podmíněna oznámením záměru.

## 4. Svoboda usazování a volný pohyb služeb

Právo Evropského společenství rozlišuje mezi tzv. usazením a poskytováním služeb. Rozdíl mezi těmito právy nemusí být vždy zřetelný, přesto má rozhodující význam na posuzování činnosti obchodníka s cennými papíry na území jiného členského státu, zejména na jeho práva a povinnosti vůči dozorovému úřadu hostitelského státu.

Rozdíl mezi oběma svobodami je posuzován zejména na základě ustálené judikatury Evropského soudního dvora. Rozhodujícími znaky pro odlišení obou svobod je zřízení organizační složky a délka trvání činnosti.

I k této záležitosti se Evropská komise vyjádřila ve svých úředních sděleních pro bankovní a pojišťovací sektor. Uvedené závěry je možno plně aplikovat též na obchodníky s cennými papíry.

### 4.1. Svoboda usazování

Článek 43 (dříve 52) Smlouvy garantuje příslušníkům členských států právo na usazení v jiném členském státě, a pokud jsou již usazeni, pak právo na založení organizační složky (pobočky) nebo dceřiné společnosti.

Pobočka je v článku 4 odst. 26 Směrnice definována jako „*místo podnikání jiné než sídlo, které je součástí obchodníka s cennými papíry, které nemá právní subjektivitu a které poskytuje investiční služby a může taktéž provádět doplňkové služby, ke kterým má obchodník s cennými papíry povolení. Všechna místa podnikání v jednom členském státě zřízená obchodníkem s cennými papíry s ústředím v jiném členském státě jsou považována za jednu pobočku.*“ Zákon o podnikání na kapitálovém trhu v této souvislosti ve shodě s terminologií obchodního zákoníku hovoří o organizační složce podniku, což není nic jiného než pobočka. Organizační složkou podniku se rozumí určitá místně a organizačně odloučená část podniku, která nemá samostatnou právní subjektivitu. ,

To, že všechna místa podnikání v jednom členském státě zřízená obchodníkem s cennými papíry s ústředím v jiném členském státě jsou považována za jednu organizační

složku znamená, že pokud obchodník s cennými papíry hodlá zřídit druhé a další místo podnikání, nemusí již za tím účelem provádět oznamovací proces. Je však třeba poznamenat, že zřízení (ale i zrušení) nového místa podnikání je změna v informacích poskytovaných v rámci oznamovacího procesu a obchodník s cennými papíry je povinen oznámit tuto změnu nejméně jeden měsíc před jejím provedením.

Právo na usazování předpokládá nikoliv přechodnou přítomnost v hostitelském státě. Jak formuloval generální advokát Legér ve věci Gebhard,<sup>44</sup> usadit se znamená začlenění, resp. integraci do národního hospodářství. Usazování předpokládá (pevnou) entitu (zařízení) v hostitelském státě. Pevné zařízení předpokládá především určitou podnikatelskou organizaci, i když na tento pojem nelze klást příliš velké požadavky. Prakticky však jde o případ určitého zařízení, kde je vyvíjena činnost, resp. reálné výkony živnostenského charakteru (C-221/89 Factortame II).<sup>45</sup>

Evropská Komise ve svých úředních sděleních pro bankovní a pojišťovací sektor uvedla, že na společnosti, které jsou trvale přítomny v členském státě, ve kterém poskytují služby, se vztahují ustanovení o právu na usazování. Takový názor vychází z judikatury Evropského soudního dvora, podle které „*příslušník členského státu, který vykonává podnikatelské aktivity na stabilním a kontinuálním základě na území jiného členského státu, aniž by v něm založil organizační složku, spadá pod kapitolu vztahující se k právu na usazování a nikoli kapitolu vztahující se k službám.*“<sup>46</sup> Ve stejném rozsudku Evropský soudní dvůr dále uvádí, že „*dočasný charakter poskytování služeb neznámá, že se poskytovatel nemůže vybavit určitou formou infrastruktury (pokoj, kancelář, ...) v rozsahu, v jakém je tato infrastruktura nezbytná pro účel poskytování příslušné služby. V takových případech by dočasný charakter poskytovaných služeb měl být určován s ohledem na jejich trvání, pravidelnost, opakování a kontinuitu. Pouhá existence takové infrastruktury v členském státě ještě není jednoznačným důkazem, že situace spadá pod ustanovení o svobodě usazování.*“

<sup>44</sup> Případ C-55/94 Gebhard

<sup>45</sup> Tichý/Arnold/Svoboda/Zemánek/Král: Evropské právo. 2. vydání. C. H. Beck, Praha, 2004, s. 482

<sup>46</sup> Případ C-55/94 Gebhard

V případě Komise vs. Německo<sup>47</sup> se Evropský soudní dvůr vyjádřil, že „... *pojišťovací společnost z členského státu, která udržuje trvalou přítomnost v jiném členském státě, spadá pod ustanovení Smlouvy o svobodě usazování, rovněž když přítomnost nemá formu pobočky nebo zastupitelství, ale sestává se pouze z kanceláře řízené zaměstnanci společnosti nebo osobou, která je nezávislá, ale oprávněná jednat na trvalém základě za společnost jako by to bylo zastupitelství*“. Podle Evropského soudního dvora tedy společnost s napojením na zprostředkovatele usazeného na území jiného členského státu, která takto vykonává činnost v tomto členském státě na stabilním a trvalém základě, může spadat do rozsahu pravidel svobody usazování.

Evropský soudní dvůr v tomto rozsudku usiloval, aby svoboda poskytování služeb nebyla zneužívána k obcházení pravidel, která by se na společnost aplikovala v hostitelském státě, pokud by zde byla usazena.<sup>48</sup> Od vydání rozsudku však byla pravidla v pojišťovacím sektoru významně změněna vydáním směrnic týkajících se zakládání pojišťovacích společností a podnikání v pojišťovacím sektoru a došlo tak k významnému snížení rizika zneužití. Pravidla pro výkon pojišťovací činnosti byla významně harmonizována, ať již je pojišťovací činnost vykonávána v jiném členském státě na základě svobody usazování nebo volného pohybu služeb. Stejně tak došlo prostřednictvím ISD a obzvláště Směrnice k harmonizaci pravidel jednání v sektoru obchodníků s cennými papíry.

Na základě judikátů Evropského soudního dvora a zejména případů Gebhard a VT4 je Evropská komise názoru, že členský stát, ve kterém jsou poskytovány služby, nemůže automaticky považovat trvalou přítomnost poskytovatele služeb na svém území jako usazení a podřídít ho ve všech situacích pravidlům vztahujícím se ke svobodě usazování.<sup>49</sup>

Z uvedeného vyvozuje Evropská komise závěr, že „*kreditní instituce nebo pojišťovací společnost může být činná na určitém území členského státu, aby vykonávala omezené množství úkolů pro své již existující zákazníky. Taková kreditní instituce nebo pojišťovací společnost by mohla mít infrastrukturu nutnou k provádění těchto úkolů*

<sup>47</sup> Případ 205/84 Komise vs. Německo

<sup>48</sup> Případ 205/84, odstavce 21 a 22, srov. též případ C-148/91 Veronica a případ C-56/96 VT4 (viz názor generálního advokáta Lenze)

<sup>49</sup> Úřední sdělení pro pojišťovací sektor, s. C 43/9

bez toho, že by byla považována za usazenou ve smyslu komunitárního práva. Pokud by však kreditní instituce nebo pojišťovací společnost zašla za takto omezené množství úkolů, mohla by spadat do rozsahu práva na usazování. To by nastalo například pokud by nabízela příslušníkům hostitelského státu bankovní služby tak, jako by to dělala pobočka.<sup>50</sup> Tento závěr lze podle mého názoru plně použít též na činnost obchodníků s cennými papíry.

## 4.2. Volný pohyb služeb

Článek 49 (dříve článek 59) Smlouvy zaručuje příslušníkům Evropského společenství usazeným v některém členském státě svobodu poskytovat přeshraniční služby příslušníkům jiného členského státu.

S ohledem na rozhodnutí Evropského soudního dvora volný pohyb služeb může ovlivnit pohyb poskytovatele služby, jak je chápáno v třetím odstavci článku 50 Smlouvy, nebo pohyb příjemce služby (případně jím zplnomocněné osoby) do členského státu poskytovatele a taktéž poskytnutí služby aniž by došlo k jakémukoli pohybu poskytovatele nebo příjemce<sup>51</sup> (v tomto případě se může poskytnutí a přijetí uskutečnit poštou, telefonem, faxem, přes počítačový terminál nebo jiným obdobným způsobem). Jinými slovy se článek 49 Smlouvy aplikuje ve všech případech, kde osoba poskytující služby tyto služby nabízí v jiném členském státě než ve kterém je usazena, ať je příjemce této služby usazen kdekoliv. Ustanovení Smlouvy o volném pohybu služeb se neaplikují pouze pokud jsou všechny relevantní části dotčené činnosti omezeny na jeden členský stát.<sup>52</sup>

Na základě směrnic o jednotném trhu nejsou dotčena ustanovení o poskytování služeb, pokud se příjemce za účelem obdržení služby přesune do státu poskytovatele, neboť v tomto případě poskytovatel nezamýšlí poskytnout službu na území jiného členského státu (jedná se o již výše zmíněný pasivní volný pohyb služeb).

<sup>50</sup> FSA Handbook, Appendix 3 – Guidance on passporting issues, bod 3.5.4, Úřední sdělení pro bankovní sektor, s. 10

<sup>51</sup> Spojené případy 286/82 a 26/83, Luisi a Carbone; případ C-76/90 Säger; případ C-384/93 Alpine Investments

<sup>52</sup> Spojené případy C-225/95, C-226/95 a C-227/95 Kapasakalis

## Dočasné aktivity

Tam, kde je činnost vykonávána poskytovatelem, který je přítomný na území členského státu, kde službu provádí, je koncept poskytování služeb odlišen od usazení svým dočasným charakterem, když právo na usazování předpokládá trvalou přítomnost v hostitelském státě.<sup>53</sup> Odlišení vychází ze Smlouvy samé, která v třetím odstavci článku 50 uvádí, že v případech kdy poskytovatel služby přichází do jiného členského státu, osoba poskytující službu může v důvodu poskytnutí této služby „dočasně“ provádět svoji činnost ve státě, kde je služba poskytována. Jak jsem již uvedl výše, na základě judikatury Evropského soudního dvora je třeba dočasnou povahu poskytování služby určit ve světle trvalosti, pravidelnosti, opakovatelnosti a kontinuity. Skutečnost, že poskytování služby je dočasné neznámá, že se poskytovatel služby nemůže vybavit určitou formou infrastruktury v hostitelském státě v rozsahu, v jakém je tato infrastruktura nezbytná pro účel poskytování dotčené služby.<sup>54</sup>

V případě, kdy činnost spočívá v poskytování služeb na trvalé bázi z domovského státu, ale nedochází u ní k pohybu poskytovatele do členského státu, na jehož území je prováděna, spadá pod rozsah svobody volného pohybu služeb.<sup>55</sup>

## Zákaz obcházení národního práva

Evropský soudní dvůr se dále vyjádřil, že hostitelský stát je oprávněn podniknout kroky k zabránění poskytovateli služeb, jehož činnost je zcela nebo převážně směřována na jeho území (tj. hostitelský stát), v nepatřičném využívání volného pohybu služeb omezeného v článku 49 Smlouvy za účelem obcházení pravidel odborné péče, která by se na něj vztahovala, pokud by byl usazen na území tohoto (hostitelského) členského státu.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Případ C-55/94 Gebhard, odstavce 25 až 27; Případ C-221/89 Factortame: „koncept usazování ve smyslu článku 43 (dříve 52) Smlouvy ovlivňuje současné provádění ekonomické činnosti stálým usazením v jiném členském státě po nedefinované období“ (odstavec 20)

<sup>54</sup> Případ C-55/94 Gebhard, odstavec 27

<sup>55</sup> Případ C-56/96 VT4

<sup>56</sup> Případ 205/84 Komise vs. Německo; Případ 33/74 Van Binsbergen; Případ C-148/91 Veronica; Názor generálního advokáta Lenze v případě C-23/93 TV 10, odstavce 56 až 68; Případ C-56/96 VT4. Viz též názor generálního advokáta Lenze v případě C-212/97 Centros, případ týkající se domnělého zneužití sekundárního práva na usazování. Soud aplikoval case-law na obcházení rozvinuté v kontextu svobody poskytování služeb

Dodává, že taková situace spíše spadá do rozsahu kapitoly o svobodě usazování a nikoli volném pohybu služeb.<sup>57</sup>

Pro určení, zda se jedná o pokus „obcházet“ článek 49 je důležitým měřítkem četnost opakování činnosti. Ta ale není dostatečná pro definování podnikání vykonávaného na základě volného pohybu služeb, neboť usazení může být uskutečňováno též na příležitostném základě.<sup>58</sup> Podle názoru Evropské komise se nejedná o obcházení tam, kde je společnost opakovaně kontaktována příslušníky jiných členských států na svém území (např. prostředky elektronické komunikace), pokud nebyl prokázán na straně poskytovatele služby zájem obcházet národní pravidla těchto členských států. Jak je blíže rozvedeno v kapitole 4.3.3, obchodník s cennými papíry by přitom měl být vždy schopen spojit svoji činnost s volným pohybem služeb nebo svobodou usazování.

### **4.3. Hranice mezi volným pohybem služeb a svobodou usazování**

Mezi konceptem volného pohybu služeb a svobodou usazování není vždy jasná hranice. Obzvláště obtížná je taková klasifikace v situacích, kdy společnost za účelem poskytování investičních služeb na území jiného členského státu používá nějakou formu trvalé infrastruktury. K tomu dochází obzvláště v těchto situacích:

- Užitím nezávislých osob usazených v hostitelském členském státě
- Užitím elektronických přístrojů poskytujících investiční služby

#### **4.3.1. Užití nezávislých osob usazených v jiném členském státě**

V tomto případě je problém v určení v jakém rozsahu obchodník s cennými papíry usazený ve státě A, který ke své činnosti poskytování investičních služeb využívá nezávislou osobu<sup>59</sup> usazenou v členském státě B, může být považován jakoby sám poskytoval investiční služby na trvalém základě v členském státě B, a tak byl považován

<sup>57</sup> Případ 205/84 Komise vs. Německo, odstavec 22; Případ 33/74 Van Binsbergen, odstavec 13

<sup>58</sup> Úřední sdělení pro pojišťovací sektor, s. C 43/8

<sup>59</sup> Zde je třeba zdůraznit, že pojem „nezávislá osoba“ je označení pro subjekt (fyzickou nebo právnickou osobu), který je právně odlišný od obchodníka s cennými papíry na něžž je napojený, bez ohledu na jeho formu nebo označení (není tedy rozhodující, zda jedná na účet jednoho nebo více obchodníků s cennými papíry nebo zprostředkovává uzavření smlouvy mezi obchodníkem s cennými papíry a zákazníkem).

za obchodníka s cennými papíry usazeného v hostitelském státě místo toho, aby byla jeho činnost posuzována jako přeshraniční poskytování služeb. I zde je třeba vycházet z judikatury Evropského soudního dvora.

V rozsudku De Bloos<sup>60</sup> se Evropský soudní dvůr vyslovil, že „jednou z podstatných charakteristik konceptu pobočky nebo zastupitelství je skutečnost, že jsou subjektem řízení a kontroly ovládajícího subjektu“.

Podrobněji toto Evropský soudní dvůr rozvedl v rozsudku Somafer:<sup>61</sup> „Koncept pobočky, zastupitelství nebo jiného usazení zahrnuje místo výkonu podnikatelské činnosti, která se jeví trvalá, stejně tak jako vztah k ovládajícímu subjektu, má management a je materiálně vybavena k provádění podnikatelské činnosti ve vztahu k třetím stranám tak, že ačkoli tyto ví, že zde existuje právní vazba na ovládající subjekt, jehož sídlo je v zahraničí, nemusí jednat přímo s tímto ovládajícím subjektem, ale mohou uzavírat obchody v místě podnikání.“

Z uvedeného vyplývá, že osoba, která obdržela od obchodníka s cennými papíry pověření, v rámci něhož však není zavedena její kontrola a řízení obchodníkem, nemůže být považována za jeho organizační složku, zastupitelství nebo usazení.

V rozsudku Blanckaert & Willems<sup>62</sup> se Evropský soudní dvůr zabýval nezávislostí obchodního zástupce: „Nezávislý obchodní zástupce, který pouze sjednává obchody do té míry, že jeho právní statut mu ponechává volnost plánovat svou práci a rozhodnout jakou část svého času věnuje zájmům společnosti, kterou souhlasil zastupovat a kterému tato společnost nemůže bránit, aby zastupoval současně více společností soutěžících ve stejném výrobním nebo marketingovém odvětví a který nadto pouze předává příkazy ovládající osobě aniž by byl vázán jejich podmínkami nebo jejich vykonáním, nemá charakter pobočky, zastupitelství nebo jiného usazení...“

<sup>60</sup> Případ 14/76 De Bloos, odstavec 20

<sup>61</sup> Případ 33/78 Somafer, odstavec 12, srov. též případ C-439/93 Lloyd's Register of Shipping vs. Campenon Bernard, odstavec 18

<sup>62</sup> Případ 139/80 Blanckaert & Willems



Dále ve svém stanovisku k případu Shearson Lehmann Hutton<sup>63</sup> generální advokát Darmon uvedl: „*Vazba závislosti nebo podřízenosti vůči společnosti usazené v jiném signatářském státě<sup>64</sup> zde není rozhodujícím kritériem. Podle našeho názoru takové kritérium spočívá ve skutečnosti, zda ono sekundární usazení má možnost vstupovat do právních vztahů s třetími stranami.*“

Závěrem ve své zprávě k Bruselské konvenci pan Jenard poznamenává, že zastupitelství nebo pobočka existuje pouze tam, „*kde zahraniční společnost je reprezentována osobou oprávněnou jednat způsobem, který ji zavazuje ve vztahu k třetím stranám.*“<sup>65</sup>

Na základě těchto precedentů je Evropská komise názoru, že k závěru, aby vazba mezi nezávislou osobou jako např. nezávislým zprostředkovatelem a společností (bankou, obchodníkem s cennými papíry nebo pojišťovnou) byla posuzována tak, že společnost spadá pod rozsah ustanovení upravujících právo na usazování, spíše než ta upravující volný pohyb služeb, musí nezávislá osoba současně splňovat tato tři kritéria:

- a) být subjektem řízení a kontroly společnosti, kterou reprezentuje,
- b) být schopna společnost zavazovat,
- c) obdržet trvalý mandát.

Obchodník s cennými papíry tedy bude spadat do rozsahu pravidel vztahujících se na usazení pouze tehdy, pokud nezávislá osoba, jedno zda fyzická nebo právnická, jedná jako jeho „skutečné prodloužení“.<sup>66</sup>

Ad a) Nezávislá osoba musí být subjektem řízení a kontroly společnosti, kterou reprezentuje

Pro ověření, zda je tato podmínka splněna, je třeba zkontrolovat, zda nezávislá osoba může svobodně organizovat svoji práci a rozhodovat, jakou část svého času věnuje

<sup>63</sup> Případ C-89/91 Shearson Lehmann Hutton, názor generálního advokáta Darmona, odstavec 45

<sup>64</sup> Výraz signatářský stát je použit, protože se případ týká Bruselské konvence o soudní působnosti a výkonu rozsudků v civilních a obchodních věcech.

<sup>65</sup> OJ C 59, 5.3.1979, s. 1

<sup>66</sup> Srov. Úřední sdělení pro pojišťovací sektor, s. 43/10

obchodníkovi. Dalším prvkem je, zda nezávislá osoba může reprezentovat několik v rámci jedné investiční služby si konkurujících obchodníků s cennými papíry, nebo je naproti tomu vázána exkluzivní smlouvou s jedním obchodníkem.

Výhradní mandát získaný zprostředkovatelem od jednoho obchodníka s cennými papíry je indicií, že zprostředkovatel je subjektem řízení a kontroly tohoto obchodníka. Není nicméně neobvyklé, že zprostředkovatelé reprezentují několik konkurenčních obchodníků současně. Často se však může jednat o různé investiční služby a v tom případě není splněna podmínka vzájemně si konkurujících obchodníků.

V takových případech, kdy zprostředkovatel pracuje pro několik obchodníků, z nichž pouze jeden z nich mu dal exklusivní mandát, by měl být takový zprostředkovatel považován za organizační složku tohoto obchodníka v rozsahu, v jakém ho mandát tohoto obchodníka staví pod řízení a kontrolu tohoto obchodníka. Ostatní obchodníci by na druhou stranu byli subjekty pravidel upravujících volný pohyb služeb.

Ad b) Nezávislá osoba musí společnost zavazovat

Pro určení, zda je tato podmínka splněna, je třeba v souladu s rozhodnutími Evropského soudního dvora zkoumat, zda úkony nebo rozhodnutí nezávislé osoby mohou zavázat obchodníka s cennými papíry ve vztahu k třetím stranám, které tak nemusí jednat přímo s obchodníkem samým a mohou jednat s nezávislou osobou.

Zavazování obchodníka s cennými papíry vůči zákazníkům je výsledkem zejména pověření daného obchodníkem zprostředkovateli jednat se zájemci o investiční služby a sjednávat poskytování investičních služeb jménem a na účet obchodníka neusazeného v hostitelském státě. Cílem zastupitelství nebo organizační složky je sjednávat poskytování investičních služeb s třetími stranami jménem a na účet sídla, které je tak přímo zavazováno, protože zastupitelství je „prodloužením“ sídla. Pokud nezávislá osoba může například učinit jménem obchodníka návrh, který obsahuje všechny podstatné náležitosti navrhované investiční služby, ale obchodník může odmítnout návrh podaný nezávislou osobou a podepsaný zákazníkem, podmínka schopnosti zavazovat není splněna. Jedná-li se však o činnost, kdy zprostředkovatel činí nabídku jménem obchodníka, ale pouze

obchodník je oprávněn smlouvu podepsat, aniž by ji ovšem mohl odmítnout, tato podmínka splněna je.<sup>67</sup>

V některých případech mohou určité součásti mandátu daného obchodníkem s cennými papíry nezávislé osobě poukazovat na úmysl obchodníka být přímo zavazován držitelem mandátu. Například v případě, kdy obchodník umožnil zprostředkovateli rozhodnout, přijmout a vypořádat žádost mu doručenou a rozhodnutí zprostředkovatele zavazuje obchodníka vůči třetím stranám. Tuto funkci je třeba nicméně odlišovat od mandátu pouze zpracovávat písemnosti vztahující se k žádosti.

Ad c) Nezávislá osoba musí obdržet trvalý mandát

Schopnost nezávislé osoby (tj. zprostředkovatele) usazeného v jiném členském státě zavazovat obchodníka musí být založena na dlouhodobém, trvalém mandátu a nikoli na mandátu omezeném časově nebo jednotlivou instrukcí. Tato trvalost a kontinuita mandátu dokazuje, že obchodník zamýšlí výkon investičních služeb poskytovaných na území jiného členského státu integrovat do hospodářství tohoto státu. Pokud obchodník zamýšlí využívat zprostředkovatele na území jiného členského státu k poskytování investičních služeb dočasně a příležitostně, je třeba aplikovat úpravu upravující volný pohyb služeb.

Obchodník s cennými papíry, který se rozhodne poskytovat investiční služby na základě volného pohybu služeb, musí být schopen využívat určitých služeb k umožnění své činnosti v jiném členském státě. Takovými službami jsou např.:

- Agitátoři, kteří neprovádějí poskytování investičních služeb, ale jejichž činnost je omezena na přeposílání návrhů od potenciálních zákazníků obchodníkovi k akceptaci
- Místní poskytovatelé právních, daňových nebo účetních služeb
- Osoby zpracovávající písemnosti vztahující se k poskytování investičních služeb
- Správce informačního systému

<sup>67</sup> FSA Handbook, Appendix 3 – Guidance on passporting issues, bod 3.5.9

Je třeba zdůraznit, že jediný mandát, který ústí v trvalou přítomnost stejným způsobem jako by se jednalo o organizační složku obchodníka s cennými papíry ve státě poskytování služeb, je ten, kterého se týkají činnosti, které jsou součástí předmětu činnosti společnosti tj. podnikání v oblasti poskytování investičních služeb. Mandát daný osobám usazeným na území jiného členského státu k výkonu činností, které nejsou poskytováním investičních služeb, nemůže být brán v úvahu při určování, zda jde o poskytování investičních služeb na území jiného členského státu. Takovým by mohl být například mandát daný jiné společnosti k spravování nemovitostí patřících obchodníkovi.

Uvedené vede k závěru, že pouze při současném splnění všech tří výše uvedených podmínek může být obchodník s cennými papíry využívající nezávislou osobu (tj. zprostředkovatele) trvale usazenou v hostitelském státě posuzován, jako by měl organizační složku v hostitelském členském státě se všemi důsledky z toho vyplývajícími. Na základě toho musí obchodník s cennými papíry projít procesem pro otevření pobočky podle článku 32 Směrnice, resp. článku 17 ISD. V souvislosti s tím musí být činnost zprostředkovatele vykonávána v souladu s pravidly, která se vztahují na činnost poboček.

Skutečnost, že tyto podmínky mají za následek, že se na obchodníka s cennými papíry nazírá jako na subjekt svobody usazování neznámá, že nezávislá osoba představuje pobočku obchodníka. Pobočka je „*místo podnikání jiné než sídlo, které je součástí obchodníka s cennými papíry*“. To, že osoba je posuzována jako nezávislá znamená, že nemůže být „součástí“ obchodníka. Obchodník pak bude usazen ve formě společnosti s vlastní právní subjektivitou. To platí bez ohledu na soulad nezávislé osoby s ustanoveními týkajícími se zahájení a výkonu podnikatelské činnosti v členském státě, v němž je nezávislá osoba usazena.<sup>68</sup>

Pokud by onou nezávislou osobou v jiném členském státě byl jiný obchodník s cennými papíry, oznámení podle názoru Evropské komise není potřeba. Skutečnost, že zprostředkovatelský obchodník s cennými papíry je sám subjektem dozoru v členském státě, kde je usazen, nabízí členskému státu dostatečnou garanci pro to, aby nepovažoval oznámení za nutné. Pokud zprostředkovatelský obchodník s cennými papíry jedná svým jménem, oznámení není potřeba, protože taková situace nespadá do rozsahu přeshraničního

<sup>68</sup> Úřední sdělení pro pojišťovací sektor, s. C 43/11

poskytování služeb.<sup>69</sup> Německý regulátor však, jak je uvedeno výše v podkapitole 3.4, v této souvislosti uvádí, že i při využití osob s potřebným povolením je obchodník s cennými papíry povinen provést oznámení.

#### 4.3.2. Elektronické přístroje

Elektronickými přístroji se zde rozumí pevné automatické hlasové přístroje schopné poskytovat investiční služby. Takové přístroje mohou být jedinou formou usazení obchodníka s cennými papíry v hostitelském státě. Do rozsahu svobody usazování spadají při splnění kritérií stanovených Evropským soudním dvorem a uvedených výše v bodu 4.3.1. Aby však takový přístroj bylo možné považovat za usazení, musel by mít vlastní způsob rozhodování, což je z definice nemožné, dokud Evropský soudní dvůr nepřipustí, že tento pojem nezahrnuje pouze lidské rozhodování, ale též elektronické rozhodování.

Elektronický přístroj ve skutečnosti nejspíše nebude jediným místem podnikání obchodníka s cennými papíry v daném členském státě. Spíše bude přiřazen ve stejném státě k pobočce nebo zastupitelství. I v tomto případě přístroj není věc svého práva, ale je upraven pravidly upravující podnik, ke kterému je přiřazen.

Pokud je však přístroj jedinou přítomností obchodníka s cennými papíry v členském státě pro určitý typ investičních činností, může být jeho přítomnost podle názoru Evropské komise posuzována jako poskytování investičních služeb na území tohoto členského státu. Přítomnost osoby nebo společnosti v hostitelském státě zodpovědné za technickou správu přístroje (udržování, opravy, vybavování) nelze považovat za usazení obchodníka s cennými papíry, ale nebrání tomu, aby byla činnost obchodníka považována za vykonávanou na základě volného pohybu služeb (a sice jako volný pohyb služeb bez pohybu poskytovatele nebo příjemce).<sup>70</sup>

Evropská komise v úředních sděleních pro bankovní a pojišťovací sektor nevyloučila možnost, že technologický vývoj v budoucnu může vést ke změně jejího názoru. Pokud by takový vývoj způsobil, že obchodník s cennými papíry by mohl mít

<sup>69</sup> Srov. Úřední sdělení pro bankovní sektor, s. 12

<sup>70</sup> Srov. *Boos Karl-Heinz, Fischer Reinfrid, Schulte-Mattler Hermann: Kreditwesengesetz – Kommentar*. 2. Auflage, C.H.Beck, München 2004, s. 1360

v dané zemi pouze přístroj, který by mohl „jednat“ jako pobočka, rozhodovat tak, že by byla zcela odstraněna potřeba zákazníka mít kontakt s hlavní společností, Evropská komise by byla nucena zvážit přiměřenou komunitární úpravu. Současná úprava je stále založena na mechanismu, který vychází z „lidské“ koncepce pobočky (například plán obchodní činnosti musí obsahovat jména osob odpovědných na řízení pobočky). Proto za současných pravidel není možné považovat přístroje za pobočku.<sup>71</sup>

#### 4.3.3. Současný výkon svobody volného pohybu služeb a svobody usazování

Podle názoru Evropské komise z obsahu Smlouvy, směrnic ani rozsudků Evropského soudního dvora nevyplývá nic, co by znemožňovalo současný výkon činnosti na základě volného pohybu služeb a současně ve formě usazení. To platí nejen pokud se jedná o rozdílné činnosti, ale i v případech, kdy jde o totožnou činnost.

Společnost musí být nicméně schopna jasně spojit svoji činnost s jednou z těchto dvou forem. Toto spojení je nutné jak z daňových, tak z regulatorních důvodů (např. určení příslušného dozorového úřadu, účast v záručním systému). Mělo by být zaručeno, aby společnost nebyla schopna spojit své činnosti „uměle“ s úpravou týkající se volného pohybu služeb jako způsob vyhnutí se právní nebo daňové soustavě, která by se aplikovala na stejnou činnost, pokud by byla posuzována jako vykonávaná prostřednictvím pobočky nebo jiné formy usazení.<sup>72</sup>

V případě, kdy by obchodník s cennými papíry byl činný na území jiného členského státu na základě volného pohybu služeb a rozsahem své činnosti spadal spíše mezi pravidla svobody usazování, bylo by podle názoru Evropské komise pravděpodobně v rozporu s komunitárním právem, pokud by členský stát nutil takového obchodníka k usazení jako předpoklad pro další pokračování jeho činnosti.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> Srov. Úřední sdělení pro pojišťovací sektor, s. C 43/12

<sup>72</sup> Úřední sdělení pro bankovní sektor, s. 14

<sup>73</sup> Srov. Úřední sdělení pro bankovní sektor, s. 14, Úřední sdělení pro pojišťovací sektor, s. C 43/14

#### 4.4. Účast v záručním systému

Úprava záručních systémů na komunitární úrovni je obsažena ve směrnici o systémech pro odškodnění investorů,<sup>74</sup> jejímž cílem je posílit ochranu investorů a důvěru ve finanční systém. Tato směrnice je mladší než ISD a počítá proto již s jednotnou licencí. Systém pro odškodnění investorů je na území České republiky provozován Garančním fondem obchodníků s cennými papíry (dále jen „*Garanční fond*“).

Pokud obchodník s cennými papíry poskytuje investiční služby na základě jednotné licence v několika členských státech, vzniká otázka, kterého záručního systému se má účastnit, tedy, u kterého záručního systému má být majetek jeho zákazníků pojištěn a z kterého by, v případě obchodníkovy neschopnosti plnit své závazky spočívající ve vydání majetku zákazníkům z důvodu přímo souvisejícího s jeho finanční situací, byla investorům poskytována náhrada. Další otázky vznikají v situacích, kdy záruční systém v jednom členském státě poskytuje v případě potíží obchodníka náhradu vyšší než záruční systém ve státě druhém. Tato situace může zasáhnout do konkurenčního boje obchodníků s cennými papíry, kdy soutěžním kritériem není jen kvalita a cena služeb, ale též příslušnost k tomu kterému záručnímu systému.

Odpověď na tyto otázky je obsažena v článku 7 směrnice o systémech pro odškodnění investorů. Podle odstavce prvního zahrnuje systém pro odškodnění investorů i organizační složky obchodníka s cennými papíry založené v jiném členském státě. Český obchodník s cennými papíry poskytující prostřednictvím organizační složky investiční služby na základě jednotné licence je tedy povinen přispívat do Garančního fondu v příslušné procentuální výši hodnoty majetku zákazníků, jehož součástí je i majetek zákazníků svěřený mu prostřednictvím organizační složky v jiném členském státě. Náhrada z Garančního fondu se pak vztahuje i na zahraniční zákazníky obchodníka, a to v rozsahu stanoveném v § 130 odst. 10 zákona o podnikání na kapitálovém trhu.

V případě, kdy úroveň nebo rozsah krytí nabízeného záručním systémem v hostitelském státě je vyšší než krytí poskytované záručním systémem ve státě, ve kterém obchodník s cennými papíry získal povolení, je hostitelský stát povinen zajistit, že na jeho

<sup>74</sup> Směrnice 97/9/ES

území bude existovat systém, kterého se organizační složka obchodníka s cennými papíry může dobrovolně účastnit, aby doplnila krytí poskytované investorům na základě záručního systému jeho domovského státu (tzv. topping-up).<sup>75</sup> Pokud český obchodník s cennými papíry využil této možnosti a účastní se dobrovolně záručního systému v jiném členském státě, je na základě § 134 odst. 1 zákona o podnikání na kapitálovém trhu povinen informovat Garančního fond o své účasti v tomto záručním systému.

V současné době není nijak upravena situace, kdy záruční systém domovského státu obchodníka s cennými papíry nabízí vyšší úroveň náhrady než záruční systém hostitelského státu. Tato situace byla upravena pouze pro přechodné období, které trvalo do 31. prosince 1999. Do tohoto data nesměla být úroveň ani rozsah krytí vyšší než maximální úroveň nebo rozsah krytí v hostitelském státu (tzv. export ban). Zákazníci organizační složky obchodníka s cennými papíry poskytujícího investiční služby na základě jednotné licence tak měli právo na krytí ve stejné výši jakou poskytoval záruční systém hostitelského státu, a to i v případě, kdy úroveň nebo rozsah krytí v domovském státě obchodníka s cennými papíry byl vyšší. Od 1. ledna 2000 přestalo toto omezení platit a může se tak stát, že zákazníci organizační složky obchodníka s cennými papíry z jiného členského státu mají nárok na vyšší náhradu ze záručního systému než zákazníci obchodníka s cennými papíry se sídlem v tomto členském státě. Dosavadní zkušenost nenasvědčuje tomu, že by se mělo jednat o významnou konkurenční výhodu či nevýhodu.

Proti platnosti směrnice o systémech pro odškodnění investorů a alternativně proti export ban a topping-up a proti povinnému členství v záručním systému byla Spolkovou republikou Německo podána žaloba k Evropskému soudnímu dvoru. Tato žaloba byla odmítnuta rozsudkem ze dne 13. května 1997.<sup>76</sup>

Komise v metodice Evropský pas pro české obchodníky s cennými papíry<sup>77</sup> uvádí, že výjimkou z povinnosti přispívat do Garančního fondu je situace, „*kdy úroveň záručního systému hostitelského státu je na vyšší úrovni než záruční systém zabezpečovaný Garančním fondem v České republice a obchodník se účastní záručního systému osob poskytujících investiční služby v hostitelském státě v rozsahu stanoveném příslušnými*

<sup>75</sup> Deutsche Bank Monthly Report July 2000, s. 30

<sup>76</sup> Případ C-233/94 Spolková republika Německo v. Evropský parlament a Rada Evropské Unie

<sup>77</sup> Metodika - Evropský pas pro české obchodníky s cennými papíry (OCP-EU), bod 5.7.5



*předpisy daného státu.*“ Tento názor není dle mého názoru správný. Obchodník s cennými papíry z České republiky se musí účastnit záručního systému provozovaného Garančním fondem. Takový závěr vyplývá z článku 2 odstavce 1 směrnice o systémech pro odškodnění investorů, podle kterého je každý členský stát povinen zajistit, aby byl na jeho území zaveden a uznáván jeden nebo více záručních systémů a obchodníci s cennými papíry s povolením v tomto členském státě nemohli poskytovat investiční služby, pokud se neúčastní takového systému. Stejně tak článek 7 hovoří o dobrovolné účasti na doplnění krytí, tedy dobrovolném připojištění. Směrnice o systémech pro odškodnění investorů nebere v úvahu možnost, že by obchodník s cennými papíry přestoupil do záručního systému jiného členského státu.<sup>78</sup>

V případě, že obchodník s cennými papíry není schopen plnit své závazky spočívající ve vydání majetku zákazníkům z důvodu přímo souvisejícího s jeho finanční situací a není pravděpodobné, že je bude schopen splnit do 1 roku, Komise podle § 134 odst. 2 zákona o podnikání na kapitálovém trhu informuje o tomto zahraniční záruční systém, u kterého se obchodník s cennými papíry připojil. Jelikož se nikde v českém právním řádu nevyskytuje povinnost obchodníka s cennými papíry informovat o své účasti v jiném záručním systému Komisi, může být plnění této povinnosti Komisí problematické. Takovou povinnost by měl mít logicky s ohledem na znění § 134 odst. 1 zákona o podnikání na kapitálovém trhu spíše Garanční fond. Ten je také podle § 134 odst. 3 zákona o podnikání na kapitálovém trhu povinen spolupracovat se zahraničním záručním systémem, u kterého má obchodník s cennými papíry připojištěn majetek svých zákazníků, zejména při poskytování náhrad z obou těchto záručních systémů. Podle zásad obsažených v příloze č. II směrnice o systémech pro odškodnění investorů je však tato povinnost uložena dozorovému úřadu členského státu. Do zákona o podnikání na kapitálovém trhu by tak mělo být vloženo ustanovení o povinnosti obchodníka s cennými papíry informovat Komisi o záručních systémech, u nichž je připojištěn, případně o tuto povinnost rozšířit rozsah informací sdělovaných Garančním fondem Komisi v § 128 odst. 2 zákona o podnikání na kapitálovém trhu..

<sup>78</sup> Shodný závěr obsahuje rovněž německá úprava, srov. *Boos Karl-Heinz, Fischer Reinfrid, Schulte-Mattler Hermann: Kreditwesengesetz – Kommentar. 2. Auflage, C.H.Beck, München 2004, s. 1383*

Ustanovení § 133 zákona o podnikání na kapitálovém trhu upravující placení příspěvku do Garančního fondu zahraniční osobou se podle mého názoru vztahuje pouze na obchodníky s cennými papíry se sídlem mimo území Evropského hospodářského prostoru. To vyplývá ze skutečnosti, že každý členský stát je povinen zajistit funkční záruční systém na svém území na směrnici o systémech pro odškodnění investorů požadované minimální úrovni a Česká republika má právě na tuto minimální úroveň svůj záruční systém nastaven.<sup>79</sup> V případě, kdy by byla zvýšena výše náhrady poskytována investorům z Garančního fondu a Garanční fond by tak mohl poskytovat zajištění na vyšší úrovni než záruční systémy některých členských států, byla by Česká republika povinna umožnit dobrovolné připojištění obchodníků s cennými papíry z těchto států. Taková změna by legislativně nebyla obtížná a šla by řešit vložím odstavce 4 do § 133 zákona o podnikání na kapitálovém trhu ve znění obdobném tomu v odstavci 3 s tím, že tento odstavec by se vztahoval pouze na obchodníky s cennými papíry z členských států a jednalo by se o účast dobrovolnou, nikoli povinnou.

#### 4.5. Oznamovací proces bankovních obchodníků s cennými papíry

Obchodníky s cennými papíry lze podle kriteria, zda mají či nemají bankovní licenci, rozdělit na dvě skupiny – na bankovní a nebankovní. Vzhledem k tomu, že jednotná licence je upravena jak v zákoně o podnikání na kapitálovém trhu, tak v zákoně o bankách, vzniká otázka, podle jakého zákona podstoupí bankovní obchodník s cennými papíry oznamovací proces v případě, že bude chtít poskytovat investiční služby na území jiného členského státu.

Na komunitární úrovni je tato otázka řešena ve Směrnici. Podle článku 1 odstavce 2 Směrnice se na činnost kreditních institucí při poskytování investičních služeb aplikují pouze v tomto odstavci uvedená ustanovení. Z článků 31 a 32 Směrnice, které upravují volný pohyb služeb a svobodu usazování se na kreditní instituce vztahuje v článku 31 odst. 1, 5 a 6, v článku 32 odstavce 1 a 7. Z uvedeného plyne, že kreditní instituce mohou

<sup>79</sup> Slovensko má do 30. dubna 2007 vyjednanou výjimku podle článku 4 směrnice o záručních systémech a úroveň krytí poskytovaného zákazníkům slovenských obchodníků s cennými papíry je nižší. Článek 7 směrnice o záručních systémech nicméně hovoří o povinnosti hostitelského státu zajistit organizačním složkám zahraničních obchodníků s cennými papíry možnost dobrovolného připojení k záručnímu systému hostitelského státu pro doplnění krytí. Členské státy tak nemohou slovenské obchodníky s cennými papíry k takové účasti nutit, neboť by se z jejich strany jednalo o nedovolené omezování svobody usazování.

volně v souladu se Směrnicí poskytovat investiční služby v jiném členském státě prostřednictvím jednotné licence na základě volného pohybu služeb nebo svobody usazování. Nicméně ustanovení Směrnice upravující samotný proces předání informace dozorovému úřadu hostitelského státu se na kreditní instituce nepoužijí a je tedy nutné aplikovat ty, které jsou obsažené v člácích 20 a 21 bankovní směrnice. Cílem směrnic je tedy podřídit oznamovací proces bankovním pravidlům.

Takový přístup je logický, neboť i povolení k poskytování investičních služeb je bankovním obchodníkům s cennými papíry udělováno na základě bankovní směrnice a nikoli na základě Směrnice. Úřad udělující bankovnímu obchodníkovi s cennými papíry povolení k poskytování investičních služeb by nicméně měl v souladu s bodem 18 preambule Směrnice zkoumat jeho soulad s požadavky uvedenými ve Směrnici. V České republice přesně podle tohoto modelu uděluje bankovním obchodníkům s cennými papíry povolení k poskytování investičních služeb Česká národní banka. Než však takové povolení udělí, požádá Komisi o posouzení, zda obchodník s cennými papíry vyhovuje požadavkům, které vyplývají ze zákona o podnikání na kapitálovém trhu a vztahují se na nebankovní obchodníky s cennými papíry.

Stejný byl přístup k uvedené problematice i v ISD. Podle článku 2 odst. 1 ISD se ani článek 14 odst. 1 stanovující právo poskytovat služby v jiném členském státě na základě volného pohybu služeb nebo svobody usazování, ani články 17 a 18 ISD upravující proces předání informace o záměru poskytovat službu na území hostitelského státu na kreditní instituce neaplikovaly a bylo nutné využít příslušné články ve směrnicích 77/780/EHS a 89/646/EHS.

V zákoně o podnikání na kapitálovém trhu je mezi ustanoveními upravujícími postup při oznamování záměru poskytovat investiční služby na území jiného členského státu na základě volného pohybu služeb i svobody usazování v § 21 odst. 8 a § 22 odst. 7 uvedeno, že se postup uvedený v zákoně o podnikání na kapitálovém trhu nepoužije, jestliže se obchodník s cennými papíry rozhodne postupovat podle zvláštního právního předpisu, který upravuje činnost bank, tedy podle zákona o bankách. Bankovnímu obchodníkovi s cennými papíry je tak dána možnost volby podle jakého zákona postup zvolí.

Rozhodne-li se bankovní obchodník s cennými papíry nepostupovat podle ustanovení zákona o podnikání na kapitálovém trhu, bude postupovat v podle § 5c a násl. zákona o bankách. Problémem zde nicméně je, že ačkoli zákon o bankách umožňuje v § 1 odst. 3 písm. h) bankám provádět jako další činnost poskytování investičních služeb, v ustanovení § 5d jsou činnosti spadající do režimu jednotné licence podle zákona o bankách uvedeny pouze některé investiční služby. Zákon o bankách tak umožňuje bankovním obchodníkům s cennými papíry například obchodovat na vlastní účet či účet klienta s nástroji peněžního trhu, neumožňuje však například přijímat a předávat pokyny týkající se investičních nástrojů. Investiční služby v § 5d zákona o bankách uvedené se navíc většinou vztahují pouze k cenným papírům a nikoli dalším investičním nástrojům. Jedná se o následek doslovného převzetí seznamu činností, které jsou předmětem vzájemného uznávání v příloze I bankovní směrnice bez přihlídnutí ke skutečnosti, že i podle jiných směrnic existují vzájemně uznávané služby, které banky poskytují. Přesný překlad navíc bohužel vede i k terminologickým nedorozuměním. V zákoně o bankách uváděné „převoditelné cenné papíry“<sup>80</sup> zná zákon o podnikání na kapitálovém trhu pod označením „investiční cenné papíry“.

Tento právní stav vede k závěru, že pokud by bankovní obchodník s cennými papíry hodlal poskytovat na území jiného členského státu službu neuvedenou v § 5d zákona o bankách, musel by postoupit oznamovací proces podle zákona o podnikání na kapitálovém trhu. Takový přístup je velmi nepraktický. Bankovní obchodník s cennými papíry, který by chtěl na území jiného členského státu obhospodařovat cenné papíry klientů, jak je uvedeno v § 5d písm. k) zákona o bankách, by mohl projít oznamovacím procesem podle zákona o bankách. Pokud by ale chtěl zákazníkovo portfolio zajišťovat proti kursovému riziku využitím derivátů, musel by již postupovat podle zákona o podnikání na kapitálovém trhu. Z tohoto důvodu se Komise a Česká národní banka dohodly, že pokud bude chtít bankovní obchodník s cennými papíry poskytovat investiční služby na základě jednotné licence, stačí projít oznamovací proces podle zákona o bankách. Uvedený postup není jednoznačně právně podložený. Lze nicméně argumentovat, že ustanovení § 21 odst. 8 a § 22 odst. 7 zákona o podnikání na kapitálovém trhu umožňují obchodníkům s cennými papíry, kteří jsou bankou, použít ve vztahu k investičním službám uvedeným v zákoně o podnikání na kapitálovém trhu oznamovací

<sup>80</sup> V anglickém znění „transferable securities“, v německém „übertragbare Wertpapiere“

proces uvedený v zákoně o bankách a nikoli v zákoně o podnikání na kapitálovém trhu. Uvedená ustanovení tak fakticky rozšiřují seznam činností uvedený v § 5d zákona o bankách o v něm neuvedené investiční služby.

V případě, že obchodník s cennými papíry postupuje při oznamování záměru poskytovat investiční služby na území jiného členského státu podle § 5c a násl. zákona o bankách, informuje dozorový úřad hostitelského státu o podmínkách poskytování náhrad z Garančního fondu a o změnách týkajících se podmínek poskytování náhrad z Garančního fondu Česká národní banka.

## 5. Poskytování služeb prostřednictvím organizační složky

Rozhodne-li obchodník s cennými papíry poskytovat investiční služby na území jiného členského státu prostřednictvím organizační složky, musí o tom učinit oznámení svému dozorovému úřadu. Tato povinnost je v českém právním řádu zakotvena v § 21 odst. 1 zákona o podnikání na kapitálovém trhu, který transponuje článek 32 odst. 1 Směrnice. Založení této organizační složky se řídí příslušnými právními předpisy hostitelského státu.

V oznámení o záměru poskytovat investiční služby na území jiného členského státu musí obchodník s cennými papíry v souladu s § 21 odst. 2 zákona o podnikání na kapitálovém trhu uvést

- a) hostitelský stát, ve kterém má být organizační složka umístěna,
- b) plán obchodní činnosti obsahující zejména druhy a rozsah investičních služeb, které mají být v hostitelském státě poskytovány,
- c) organizační strukturu organizační složky,
- d) adresu organizační složky, na které mohou být požadovány informace a dokumenty,
- e) údaje o vedoucím organizační složky.

Směrnice oproti české úpravě požaduje navíc informaci, zda obchodník s cennými papíry zamýšlí využívat ke své činnosti na území hostitelského státu tzv. vázané zprostředkovatele,<sup>81</sup> což jsou podle definice v článku 4 odst. 1 bod 25 Směrnice „*fyzické nebo právnické osoby, které jednají na plnou a bezpodmínečnou odpovědnost pouze jednoho obchodníka s cennými papíry a na jeho účet, propagují investiční služby zákazníkům a potenciálním zákazníkům, přijímají a předávají instrukce nebo pokyny od zákazníků ve vztahu k investičním službám nebo investičním nástrojům, umísťují investiční nástroje nebo poskytují rady zákazníkům nebo potenciálním zákazníkům ve vztahu k těmto investičním nástrojům nebo službám*“. Tyto osoby je třeba odlišovat od investičních zprostředkovatelů podle § 29 a násl. zákona o podnikání na kapitálovém trhu, kteří se od nich liší zejména tím, že nemusí být vázáni pouze ve vztahu k jednomu

<sup>81</sup> V anglickém znění „*tied agents*“, v německém „*vertraglich gebundene Vermittler*“

obchodníku s cennými papíry a obchodníci s cennými papíry za jejich jednání nejsou odpovědní. Se zavedením vázaných zprostředkovatelů do českého právního řádu se dá očekávat, že se § 21 odst. 2 zákona o podnikání na kapitálovém trhu o povinnost uvádět tuto informaci rozšíří. Pokud obchodník s cennými papíry využije ke své činnosti vázaného zprostředkovatele usazeného na území členského státu jiného než je jeho domovský stát, je tento zprostředkovatel posuzován jako organizační složka a je subjektem povinností vztahujících se na organizační složku.

Komise nad rámec zákona i Směrnice požaduje k plánu obchodní činnosti upřesnění, ke kterým investičním nástrojům hodlá obchodník s cennými papíry investiční služby poskytovat, a dále předpokládaný rozsah činnosti, s odhadem počtu zákazníků a objemu zákaznického majetku v následujících letech a finanční plán pro založení a výkon činnosti pobočky s uvedením způsobu financování.<sup>82</sup>

Nad rámec zákona i Směrnice požaduje Komise vedle organizační struktury organizační složky též schéma začlenění organizační složky v organizační struktuře obchodníka s cennými papíry, přesný popis činností souvisejících s poskytováním investičních služeb, které budou prováděny přímo organizační složkou v zahraničí, a uvedení počtu zaměstnanců nebo osob, které budou tyto činnosti vykonávat.<sup>83</sup>

Údaje o vedoucím organizační složky je třeba vykládat v souladu s ustanovením § 2 písm. b) zákona o podnikání na kapitálovém trhu, tedy jako jméno a příjmení, datum narození, adresa bydliště. Komise nad rámec zákonného ustanovení požaduje rodné číslo vedoucího organizační složky a podrobný strukturovaný profesní životopis obsahující údaje o dosaženém vzdělání a odborné praxi s popisem vykonávaných činností a údaje o výkonu samostatné podnikatelské činnosti.<sup>84</sup>

Obchodníka s cennými papíry, jehož oznámení nesplňuje zákonem stanovené náležitosti, vyzve Komise k odstranění nedostatků podání a určí lhůtu pro doplnění oznámení. Neodstraní-li obchodník nedostatky oznámení ve stanovené lhůtě, zahájí

<sup>82</sup> Srov. Metodika - Evropský pas pro české obchodníky s cennými papíry (OCP-EU) - účinná od 1.5.2004, bod 5.3.

<sup>83</sup> Tamtéž

<sup>84</sup> Tamtéž

Komise s obchodníkem správní řízení z vlastního podnětu doručení oznámení o zahájení správního řízení. V případě nesplnění podmínek nebo nedoložení vyžádaných podkladů pro posouzení oznámení o záměru, Komise rozhodnutím odmítne předat informace obsažené v oznámení dozorovému úřadu hostitelského státu.<sup>85</sup>

Oznámení, resp. předpoklady obchodníka k poskytování investičních služeb v jiném členském státě, posuzuje Komise s odkazem na § 21 odst. 5 zákona o podnikání na kapitálovém trhu, který vychází z požadavku v článku 32 odst. 3 Směrnice, z hlediska organizační struktury a finanční situace obchodníka ve vztahu k obchodnímu plánu organizační složky. Zde je třeba upozornit na rozdílnost pojmů užitých v článku 32 Směrnice (a stejně tak článku 17 ISD), kde se v odstavci druhém hovoří o organizační struktuře<sup>86</sup> organizační složky, ale v odstavci třetím o administrační struktuře<sup>87</sup> obchodníka s cennými papíry. Tato nuance není v odstavcích 2 a 5 zákona o podnikání na kapitálovém trhu zohledněna. Domnívám se, že pojem administrační struktura je širší a zahrnuje též organizační strukturu a personální vybavení obchodníka s cennými papíry jako celku, což však zákon o podnikání na kapitálovém trhu na rozdíl od níže deklarovaného přístupu Komise neodráží.

Komise posuzuje zejména dostatečnou kapitálovou vybavenost obchodníka a vytvoření nezbytných organizačních předpokladů s ohledem na rozsah plánovaného poskytování investičních služeb organizační složkou v zahraničí, zohledňující zejména opatření k zamezení vzniku střetu zájmů mezi jednotlivými činnostmi vykonávanými organizační složkou, opatření vnitřního kontrolního systému a dostatečné personální vybavení organizační složky.<sup>88</sup>

Při posuzování Komise vychází z dat získaných od obchodníka s cennými papíry v rámci pravidelné informační povinnosti týkající se jeho ekonomické situace, kapitálové přiměřenosti a z informací uvedených obchodníkem v oznámení.<sup>89</sup>

<sup>85</sup> Metodika - Evropský pas pro české obchodníky s cennými papíry (OCP-EU) - účinná od 1.5.2004, bod 5.2.

<sup>86</sup> V anglickém znění „organisational structure“, německém „Organisationsstruktur“

<sup>87</sup> V anglickém znění „administrative structure“, německém „Verwaltungsstruktur“

<sup>88</sup> Metodika - Evropský pas pro české obchodníky s cennými papíry (OCP-EU) - účinná od 1.5.2004, bod 5.4.

<sup>89</sup> Tamtéž



Pokud Komise nepovažuje umístění organizační složky obchodníka s cennými papíry v hostitelském státě za vhodné z důvodu organizační struktury nebo finanční situace<sup>90</sup> ve vztahu k obchodnímu plánu organizační složky, zahájí v této věci správní řízení a zašle do 3 měsíců ode dne doručení oznámení<sup>91</sup> obchodníkovi s cennými papíry rozhodnutí o tom, že odmítá sdělit dozorovému úřadu hostitelského státu údaje uvedené v oznámení. S ohledem na článek 32 odst. 5 Směrnice musí rozhodnutí obsahovat důvody, pro které Komise odmítla předat informace o záměru poskytovat investiční služby dozorovému úřadu hostitelského státu. Proti tomuto rozhodnutí není přípustný opravný prostředek, tedy rozklad, o kterém rozhoduje prezidium Komise. V souladu s článkem 52 Směrnice a § 4 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudní správní řád, je nicméně možné podat žalobu k věcně a místně příslušnému soudu, Městskému soudu v Praze.

Pokud Komise nemá námitek proti umístění organizační složky obchodníka s cennými papíry v hostitelském státě, sdělí do 3 měsíců ode dne doručení oznámení o záměru poskytovat služby na území hostitelského státu toto oznámení dozorovému úřadu hostitelského státu a o tomto sdělení bez zbytečného odkladu informuje obchodníka s cennými papíry. Současně se sdělením informací o záměru obchodníka s cennými papíry poskytovat investiční služby sdělí Komise dozorovému úřadu hostitelského státu informace o podmínkách poskytování náhrad z Garančního fondu. Komise musí na základě § 21 odst. 7 zákona o podnikání na kapitálovém trhu vycházejícího z článku 32 odst. 4 Směrnice sdělit dozorovému úřadu hostitelského státu i všechny změny týkající se podmínek poskytování náhrad z Garančního fondu, ke kterým ve vztahu k předaným informacím dojde. Pokud by Komise obchodníkovi později odňala povolení, musí o tomto svém kroku informovat dozorový úřad hostitelského státu bez zbytečného odkladu.

Obchodník s cennými papíry je na základě § 21 odst. 4 zákona o podnikání na kapitálovém trhu vycházejícího z článku 17 odst. 5 ISD oprávněn začít poskytovat investiční služby v hostitelském státě po uplynutí 2 měsíců ode dne, kdy dozorový úřad hostitelského státu obdrží oznámení od Komise. Směrnice (a taktéž předešlá ISD) však umožňuje obchodníkovi s cennými papíry usadit se a začít poskytovat služby již dříve

<sup>90</sup> Směrnice používá obratu „má pochybnosti o přiměřenosti administrační struktury nebo finanční situace obchodníka s cennými papíry“

<sup>91</sup> Směrnice vhodněji používá obratu „po obdržení všech informací“, čímž se vyhýbá výkladovým problémům pro případ, že oznámení neobsahuje všechny požadované informace a obchodník s cennými papíry je vyzván k jeho doplnění.

za podmínky, že obdrží oznámení dozorového úřadu hostitelského státu. V tomto případě se jedná o implementaci směrnice v neprospěch tuzemského obchodníka s cennými papíry. Taková diskriminace je možná,<sup>92</sup> i když podle mého názoru neodůvodněná.

V této souvislosti je třeba zmínit posun, ke kterému ve Směrnici oproti dřívější úpravě v ISD a též zákonu o podnikání na kapitálovém trhu dochází, a to, že dvouměsíční lhůta začíná běžet od okamžiku, kdy dozorový úřad domovského státu odeslal oznámení dozorovému úřadu hostitelského státu, nikoli od okamžiku, kdy jej tento obdržel. Obchodník s cennými papíry tak může získat přesnou informaci o počátku běhu lhůty od svého dozorového úřadu v případě, kdy je dozorový úřad hostitelského státu pasivní.

Jestliže dojde u obchodníka s cennými papíry ke změně týkající se předávaných informací, je povinností obchodníka s cennými papíry informovat o těchto změnách Komisi a dozorový úřad hostitelského státu nejpozději jeden měsíc před jejich provedením. Tato povinnost je v § 21 odst. 6 zákona o podnikání na kapitálovém trhu obsažena na základě článku 17 odst. 6 ISD. Podle článku 32 odst. 9 Směrnice plní obchodník tuto povinnost pouze vůči Komisi, která ji poté sdělí dozorovému úřadu hostitelského státu. Ustanovení § 21 odst. 6 zákona o podnikání na kapitálovém trhu na rozdíl od znění ISD i Směrnice nestanoví povinnost provést toto oznámení o změně v písemné podobě.

Část věty za středníkem v § 21 odst. 6 zákona o podnikání na kapitálovém trhu je přinejmenším nelogická. Ustanovení „*pokud obchodník s cennými papíry nemůže tuto lhůtu z objektivních důvodů dodržet, oznámí změnu bez zbytečného odkladu*“ jde proti smyslu ustanovení ISD, které jako důvod jednoměsíční lhůty v článku 17 odst. 6 uvádí možnost dozorového úřadu domovského státu učinit rozhodnutí, zda má či nemá námitky proti takovéto změně a možnost dozorového úřadu hostitelského státu se připravit na dozorovou činnost. Zkrácení této lhůty takové rozhodnutí a přípravu znemožňuje nebo alespoň ztěžuje.

Znění článku 32 odst. 9 Směrnice na rozdíl od dřívější úpravy v ISD již neobsahuje při informování o změně v předávaných informacích možnost dozorového úřadu domovského státu nově posuzovat situaci z důvodu vhodnosti administrační struktury nebo

<sup>92</sup> Tichý/Arnold/Svoboda/Zemánek/Král: Evropské právo. 2. vydání. C. H. Beck, Praha, 2004, s. 486

finanční situace obchodníka s cennými papíry ve vztahu k obchodnímu plánu organizační složky, nicméně podle mého názoru tu taková možnost je. Pokud by totiž došlo k takové změně, která způsobila, že administrační struktura nebo finanční situace obchodníka s cennými papíry ve vztahu k obchodnímu plánu organizační složky by nebyla vhodná pro poskytování investičních služeb v jiném členském státě prostřednictvím organizační složky, neměl by dozorový úřad domovského státu zůstat pasivní a měl by vzniklou situaci řešit, například zákazem poskytovat investiční služby obchodníkem v jiném členském státě prostřednictvím organizační složky. Nepředání informací dozorovému úřadu hostitelského státu by, vzhledem k již nastalé změně a její pravděpodobné neznalosti ze strany dozorového úřadu hostitelského státu, nebylo vhodné.

Směrnice na rozdíl od předešlé ISD taktéž neobsahuje ustanovení, že by se dozorový úřad hostitelského státu měl během dvou měsíců po obdržení informace o záměru obchodníka s cennými papíry poskytovat na jeho území investiční služby prostřednictvím organizační složky připravit na dozor organizační složky a v případě, že je to nutné, oznámit obchodníkovi s cennými papíry podmínky, včetně pravidel jednání, za kterých musí být v zájmu obecného blaha<sup>93</sup> vykonávána jeho činnost na území hostitelského státu.

Stejná formulace, ale pro kreditní instituce, byla obsažena i v článku 19 odstavec 4 druhé bankovní směrnice a Evropská komise se k tomuto problému vyjádřila v úředním sdělení pro bankovní sektor. Podle jejího názoru je nepochybné, že uvození „v případě, že je to nutné“ indikuje diskreční pravomoc členského státu pro informování o podmínkách pro výkon činnosti v zájmu obecného blaha. Evropská komise je nicméně názoru, že v souladu s duchem druhé bankovní směrnice by měla být kreditní instituce hodlající zřídit v hostitelském státě organizační složku informována o pravidlech aplikovaných v zájmu obecného blaha v tomto státě. Důvodem je i skutečnost, že by členské státy měly kreditní instituci informovat o pravidlech, jejichž plnění po ní budou vyžadovat. Diskrece při oznamování pravidel v zájmu obecného blaha byla podle názoru Evropské komise překážkou svobody usazování a přislíbila se v budoucnu pokusit tuto situaci odstranit.<sup>94</sup> Stejná formulace se však objevuje i v článku 20 odst. 4 bankovní směrnice. Směrnice

<sup>93</sup> V anglickém znění „in the interest of the general good“, v německém „aus Gründen des Allgemeininteresses“

<sup>94</sup> Úřední sdělení pro bankovní sektor, s. 16

nicméně již ustanovení o diskreci pro informování o pravidlech jednání v zájmu obecného blaha a v souvislosti s rozvojem jednotného trhu ani zmínku o zájmech na obecném blahu neobsahuje a spoléhá se, že v rámci implementačních opatření dojde k takové harmonizaci pravidel jednání obchodníka s cennými papíry, že nebude třeba aplikovat ustanovení pro ochranu zájmu na obecném blahu hostitelského státu.

Zákon o podnikání na kapitálovém trhu nestanoví obchodníkovi s cennými papíry poskytujícímu služby na území České republiky na základě jednotné licence prostřednictvím organizační složky povinnost poskytovat služby v souladu s pravidly ve veřejném zájmu. Pokud by ale nedodržel opatření přijatá ve veřejném zájmu, hrozí mu v § 174 zákona o podnikání na kapitálovém trhu pokuta až 10.000.000 Kč. Z porovnání obsahu zákona o podnikání na kapitálovém trhu a ISD je zřejmé, že „*veřejný zájem*“ užitý v českém právním předpise vyjadřuje to, pro co je v ISD užitó „*zájem na obecném blahu*“.<sup>95</sup>

Co jsou opatření přijatá ve veřejném zájmu, resp. v zájmu obecného blaha, není vždy jednoznačné. Ani česká právní úprava ani komunitární právo přesnou definici neobsahují. V českém právním řádu se toto spojení objevuje zejména v souvislosti s ochranou životního prostředí<sup>96</sup> nebo na základě směrnic upravujících činnost bank v § 5k zákona o bankách. V komunitárním právu je třeba vzít na pomoc rozhodnutí Evropského soudního dvora. Ten ve svých rozhodnutích označil za takový zájem ochranu příjemce služeb, ochranu zaměstnanců, včetně sociální ochrany, zachování dobré reputace národního finančního sektoru, předcházení podvodnému jednání, sociální pořádek, ochranu intelektuálního vlastnictví, kulturní politiku, ochranu národního historického a uměleckého dědictví, soudržnost daňového systému, bezpečnost silnic, ochranu věřitelů a ochranu řádného uplatňování spravedlnosti.

Tento seznam samozřejmě není konečný a mohou se objevit i jiné zájmy, které projdou „testem“ obecného blaha. Evropský soudní dvůr se v rozhodnutí Gebhard<sup>97</sup> vyjádřil, že „*národní opatření schopná zamezit nebo omezit výkon základních svobod*

<sup>95</sup> Obdobně je v německých právních předpisech užíváno odlišných překladů „Allgemeininteresse“ a „Gemeinwohl“ z anglického „general good“, viz *Boos Karl-Heinz, Fischer Reinfrid, Schulte-Mattler Hermann: Kreditwesengesetz – Kommentar*. 2. Auflage, C.H.Beck, München 2004, s. 1372

<sup>96</sup> Např. § 35 zákona č. 289/1995 Sb., vodní zákon

<sup>97</sup> Případ C-55/94, odstavec 37

zaručených Smlouvou musí splňovat 4 podmínky: musí být aplikovány nediskriminujícím způsobem, musí být ospravedlněny požadavky obecného zájmu, musí být vhodné pro dosažení cíle, který sledují a nesmí jít za hranici, která je nutná pro jejich dosažení“. Pravidlo vztahující se k veřejnému zájmu je vykonatelné proti osobě poskytující služby pouze pokud „není tento zájem chráněn pravidly, jichž je osoba poskytující služby subjektem v členském státě, v němž je usazena“.<sup>98</sup> Seznam opatření přijatých v zájmu obecného blaha se tak může při splnění uvedených podmínek dále rozrůstat. S ohledem na nepřímý účinek komunitárního práva,<sup>99</sup> je třeba pojem opatření v zájmu obecného blaha vykládat i s ohledem na rozhodnutí Evropského soudního dvora.

Interpretace § 174 zákona o podnikání na kapitálovém trhu, kde je pod písmenem b) stanovena možnost Komise uložit pokutu až 10.000.000 Kč obchodníkovi s cennými papíry poskytujícímu investiční služby na základě jednotné licence v České republice za nedodržení pravidel opatření přijatých ve veřejném zájmu, přičemž v § 24 odst. 7 ani § 25 odst. 3, na které je odkazováno, ani jinde v zákoně o podnikání na kapitálovém trhu povinnost dodržovat opatření přijatá ve veřejném zájmu není uvedena, je problematická. Dle mého názoru jde o chybnou transposici článku 19 odst. 6 ISD. Ten umožňuje hostitelskému státu přijímat „přiměřená opatření zabraňující nepatřičnostem nastalým na jejich území, které jsou v rozporu s pravidly jednání ve vztahu k zákazníkům, stejně jako s dalšími právními či kontrolními předpisy přijatými v zájmu obecného blaha“. Nevztahuje se tedy pouze na dozorový úřad hostitelského státu, nýbrž na jakoukoli složku státu. Taková opatření mají být realizována složkou, do jejíž působnosti porušení předpisu přijatého v zájmu obecného blaha patří. Jako příklad si lze představit situaci, kdy úřad práce zasáhne proti obchodníkovi s cennými papíry provinivšímu se proti ustanovením zákoníku práce na ochranu zaměstnanců. Za připomenutí stojí, že obdobná situace se vyskytuje v zákonu o kolektivním investování.<sup>100</sup>

Zaslání oznámení obchodníkovi s cennými papíry o přijetí informace o záměru obchodníka s cennými papíry poskytovat investiční služby na území hostitelského státu je i bez výslovné povinnosti obsažené v ISD pravidlo, které se mezi členskými státy dodržuje. Stejně tak dozorový úřad hostitelského státu zasílá obchodníkům s cennými papíry

<sup>98</sup> Případ C-76/90 Säger v. Dennemeyer

<sup>99</sup> Srov. Tichý/Arnold/Svoboda/Zemánek/Král: Evropské právo. 2. vydání. C. H. Beck, Praha, 2004, s. 300

<sup>100</sup> Zákon č. 189/2004 Sb.

informace o rozsahu povinností organizační složky obchodníka s cennými papíry vyplývajících z platných právních předpisů daného členského státu, zejména informací o konkrétních pravidlech jednání ve vztahu k zákazníkům a o rozsahu informační povinnosti obchodníka vůči dozorovému úřadu hostitelského státu. Obchodník je na území hostitelského státu oprávněn poskytovat investiční služby v rozsahu a ve vztahu k investičním nástrojům, které uvedl v oznámení. Z logiky věci vyplývá, že tento rozsah nesmí být širší než rozsah povolení obchodníka k poskytování investičních služeb na území České republiky.<sup>101</sup>

Povinnosti Komise při přijetí oznámení o záměru obchodníka s cennými papíry z jiného členského státu poskytovat na území České republiky investiční služby prostřednictvím organizační složky jsou obsaženy v § 24 zákona o podnikání na kapitálovém trhu. Komise je povinna obchodníkovi s cennými papíry zaslat neprodleně informaci o tom, že obdržela údaje týkající se jeho zamýšleného poskytování investičních služeb na území České republiky a do 2 měsíců ode dne, kdy obdržela údaje o zamýšleném poskytování investičních služeb na území České republiky, sdělit informační povinnosti a pravidla jednání se zákazníky, které obchodník s cennými papíry musí při výkonu své činnosti na území České republiky dodržovat. Obchodník s cennými papíry je poté oprávněn začít poskytovat investiční služby na území České republiky po obdržení sdělení informačních povinností a pravidel jednání se zákazníky, nebo po uplynutí dvouměsíční lhůty ode dne, kdy Komise oznámení o záměru obchodníka s cennými papíry obdržela od dozorového úřadu hostitelského státu. Povinností Komise v případě změny informačních povinností a pravidel jednání se zákazníky je informovat tohoto obchodníka s cennými papíry o těchto změnách.

Komise dosud obdržela pouze jedno oznámení o záměru obchodníka s cennými papíry poskytovat investiční služby na území České republiky prostřednictvím organizační složky. Informace, které mu byly zaslány jsou shodné s těmi, které jsou zasílány obchodníkům s cennými papíry se záměrem poskytovat investiční služby na základě volného pohybu služeb a které jsou uvedeny v kapitole 6.

<sup>101</sup> Metodika - Evropský pas pro české obchodníky s cennými papíry (OCP-EU) - účinná od 1.5.2004, bod 5.5.

Ustanovení § 24 odst. 4 a 5 zákona o podnikání na kapitálovém trhu obsahuje povinnost obchodníka s cennými papíry poskytujícího investiční služby na území České republiky na základě jednotné licence oznámit Komisi nejméně 1 měsíc předem každou změnu v údajích o organizační složce, v organizační struktuře nebo v plánu činnosti a v případě, že tuto lhůtu nemůže z objektivních důvodů dodržet, oznámit ji bez zbytečného odkladu. Plnění této povinnosti, pokud by nebylo obchodníkem s cennými papíry uskutečňováno, by bylo třeba řešit postupem podle článku 19 odstavců 3 až 5 ISD. Jelikož se však § 146 zákona o podnikání na kapitálovém trhu vztahuje pouze k informační povinnosti podle § 16 a nikoli na oznamovací povinnost obchodníka, což dokazuje i rozsah deliktů, za které lze uložit sankci podle § 174, nemůže Komise takový postup použít. Tento problém bude automaticky vyřešen uplynutím transpoziční lhůty Směrnice, neboť na jejím základě nemá obchodník s cennými papíry povinnost oznamovat údaje o změnách dozorovému úřadu hostitelského státu, ale pouze dozorovému úřadu domovského státu, který je poté dozorovému úřadu hostitelského státu předá.

Povinnosti, jejichž plnění Komise dále požaduje po obchodníkovi s cennými papíry poskytujícímu investiční služby na území České republiky prostřednictvím organizační složky obsahuje § 24 odst. 7 zákona o podnikání na kapitálovém trhu. Jedná se o plnění informační povinnosti obchodníka s cennými papíry podle § 16 zákona o podnikání na kapitálovém trhu s výjimkou povinností v odstavcích 4 až 6 a dodržování pravidel jednání se zákazníky. Informace podle § 16 odst. 2 písm. b) až e) obchodník s cennými papíry uvádí ohledně investičních služeb, které poskytuje prostřednictvím organizační složky, případně ohledně zákazníků, jimž se tímto způsobem investiční služby poskytují. Plnění informační povinnosti blíže rozvádí vyhláška č. 267/2004 Sb., o obsahu informačních povinností obchodníka s cennými papíry a způsobu jejich plnění. Rozsah je až na informování o kapitálové přiměřenosti a informování o všech osobách s kvalifikovanou účastí na obchodníkovi a o osobách úzce propojených s obchodníkem shodný s informační povinností obchodníků s cennými papíry, kteří získali povolení k poskytování investičních služeb v České republice. Obchodník s cennými papíry poskytující investiční služby na základě jednotné licence prostřednictvím organizační složky je tak povinen předložit Komisi výroční zprávu, informovat o své hospodářské situaci a pouze ve vztahu ke skutečnostem, které se týkají poskytování investičních služeb prostřednictvím organizační složky informovat o druzích a rozsahu poskytnutých

investičních služeb, poskytnout přehled regulovaných trhů a osob, prostřednictvím nichž prováděl pokyny zákazníků s uvedením skutečností, které ovlivnily výběr těchto osob a případného prospěchu, který od těchto osob obdržel, informovat o obchodech, které uzavřel nebo obstaral a o objemu zákaznického majetku. Požadavek na plnění těchto povinností je vložen na základě článku 19 odst. 1 a 2 ISD, který opravňuje hostitelské státy vyžadovat pravidelně pro statistické účely informace o činnosti obchodníků s cennými papíry na jejich území, získávat údaje pro účely výkonu monetární politiky a pro výkon povinností převzatých na základě ISD (pravidla jednání ve vztahu k zákazníkům a opatření přijatá v zájmu obecného blaha) ve stejném rozsahu jako po obchodnících s cennými papíry, jimž udělil povolení. Směrnice obsahuje obdobné zmocnění k získávání informací v článku 61. Vedle pravidelných hlášení o činnosti obchodníka na území hostitelského státu pro statistické účely jde o údaje pro výkon dozoru svěřeného hostitelskému státu podle Směrnice (k tomu více podkapitola 7.1.).

Oprávnění Komise požadovat výroční zprávu a informace o hospodářské činnosti je pochybné. Jak bylo uvedeno v předchozím odstavci, hostitelský stát může požadovat informace pouze pro statistické účely o činnosti obchodníka s cennými papíry na jeho území a údaje pro výkon monetární politiky a pro kontrolu souladu činnosti obchodníka s pravidly jednání ve vztahu k zákazníkům a opatření přijatých v zájmu obecného blaha. Údaje obsažené ve výroční zprávě a údaje o hospodářské situaci však do tohoto rozsahu nepatří a Česká republika tak tímto požadavkem překračuje svoje oprávnění získaná na základě ISD a omezuje svobodu usazování. Zahraniční obchodník s cennými papíry proto podle mého názoru nemusí tyto povinnosti plnit.

Z tohoto důvodu byla podle mého názoru též zbytečná debata, která proběhla k otázce účetních pravidel, kterými se má organizační složka řídit. Aby totiž měly předkládané údaje o hospodářské situaci obchodníka pro hostitelský stát vypovídací hodnotu, musí být zpracovány podle stejných účetních pravidel jaké používají ostatní srovnávané subjekty, tedy podle účetních pravidel hostitelského státu. K tomuto závěru se snažila dojít Komise i Česká národní banka.

Podle Komise princip domácí kontroly uplatňovaný v mnoha kategoriích služeb by měl také znamenat, že podnikatel může vést účetnictví i pro své pobočky a dceřiné



společnosti podle práva státu svého sídla. Takový přístup vychází z úvahy, že pobočka není nezávislá společnost, nemá právní subjektivitu a jako část společnosti by měla uplatňovat stejné účetní standardy. Podle § 1 odst. 2 písm. b) zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví ve spojení s § 21 odst. 3 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník (dále jen „obchodní zákoník“) však pobočka zahraniční firmy v režimu jednotné licence spadá pod definici účetní jednotky. Z tohoto důvodu by měla pobočka zahraniční firmy vést účetnictví podle českých právních předpisů. V ostatních zemích Evropské unie však může být situace jiná, a tak může být pro pobočku tuzemské osoby v zahraničí povoleno vést účetnictví podle práva státu svého sídla.<sup>102</sup> Možnost pobočky vést účetnictví stejně jako společnost, jejíž je součástí, obsahuje například rakouská právní úprava.

Obdobně jako Komise se vyjádřila ve svém stanovisku Jednotná bankovní licence v bankovním sektoru v části III, bodu 4 Česká národní banka: „*Zasílání hlášení poboček zahraničních bank v režimu jednotné licence České národní bance v zásadě vychází z účetnictví. Pobočka zahraniční banky v režimu jednotné licence u sledovaných ekonomických činností vede účetnictví podle zákona o účetnictví. Pobočky zahraničních bank působících v České republice na základě licence udělené Českou národní bankou i podle jednotné licence budou plnit vykazovací povinnosti vůči České národní bance podle opatření ČNB (č. 3/2003, které nabylo účinnosti 1. 1. 2004) vydaného na základě zákona o České národní bance.*“

Stejně jako problematika účetnictví se jeví nadbytečné řešení otázky v jakém jazyce obchodník s cennými papíry předloží Komisi svou výroční zprávu a konsolidovanou výroční zprávu, jejichž součástí je účetní závěrka ověřená auditorem podle § 16 odst. 1 zákona o podnikání na kapitálovém trhu. Obchodníci s cennými papíry z jiných členských států samozřejmě takovou zprávu nemají k dispozici v českém jazyce. Navíc se zpráva týká celého obchodníka s cennými papíry, nikoli pouze pobočky. Komise v této souvislosti nemá výrazné požadavky a spokojí se s výroční zprávou obchodníka v cizím jazyce. Pomineme-li, že požadavek na předložení výroční zprávy Komisi je na základě znění ISD i Směrnice neoprávněný, je otázka, zda je taková cizojazyčná zpráva s údaji podle často odlišných účetních metodik skutečným přínosem a uvedená povinnost by neměla být zrušena.

<sup>102</sup> Příprava Komise pro cenné papíry a tuzemského kapitálového trhu na vstup do EU (analytický dokument), bod 3.3.

## 6. Poskytování služeb bez zřízení organizační složky

I v případě, že se obchodník s cennými papíry rozhodne poskytovat investiční služby na území jiného členského státu bez založení organizační složky na základě volného pohybu služeb, musí o tomto svém rozhodnutí učinit oznámení.

V českém právním řádu je tato povinnost zakotvena v § 22 odst. 1 zákona o podnikání na kapitálovém trhu, který transponuje článek 31 odst. 1 Směrnice.

Oznámení musí podle § 22 odst. 2 zákona o podnikání na kapitálovém trhu obsahovat

- a) hostitelský stát, ve kterém obchodník s cennými papíry hodlá poskytovat investiční službu,
- b) plán obchodní činnosti obsahující zejména druhy a rozsah investičních služeb, které obchodník s cennými papíry hodlá poskytovat.

Směrnice v článku 31 odst. 2 obsahuje navíc povinnost, v případě, že obchodník s cennými papíry zamýšlí využívat na území jiného členského státu vázané zprostředkovatele, uvést tento záměr. V případě plánovaného využití vázaných zprostředkovatelů musí dozorový úřad domovského státu na žádost dozorového úřadu hostitelského státu v přiměřené lhůtě sdělit identitu těch vázaných zprostředkovatelů, které obchodník s cennými papíry hodlá využít na území hostitelského státu. Dozorový úřad hostitelského státu poté může informace o vázaných zprostředkovatelích uveřejnit.

Komise požaduje plán obchodní činnosti obchodníka, obsahující zejména návrh rozsahu investičních služeb (ve vztahu k jednotlivým investičním nástrojům), které by měly být v zahraničí poskytovány, dále předpokládaný rozsah činnosti s odhadem počtu zákazníků a objemu zákaznického majetku v následujících letech.<sup>103</sup>

V případě, že oznámení neobsahuje všechny požadované údaje, Komise vyzve obchodníka s cennými papíry k odstranění nedostatků a určí lhůtu pro doplnění oznámení.

<sup>103</sup> Metodika - Evropský pas pro české obchodníky s cennými papíry (OCP-EU) - účinná od 1.5.2004, bod 6.3.

Neodstraní-li obchodník nedostatky oznámení ve stanovené lhůtě, zahájí Komise s obchodníkem správní řízení z vlastního podnětu doručením oznámení o zahájení správního řízení. V případě nedoložení potřebných podkladů Komise rozhodnutím odmítne předat informace obsažené v oznámení dozorovému úřadu hostitelského státu.<sup>104</sup>

Obsahuje-li oznámení všechny náležitosti nebo bylo-li o požadované náležitosti doplněno, Komise do 1 měsíce ode dne jejich doručení předá oznámení dozorovému úřadu hostitelského státu. Současně jej informuje o podmínkách poskytování náhrad z Garančního fondu. V případě volného pohybu služeb Komise neposuzuje oznámení z hlediska vhodnosti organizační struktury ani finanční situace.<sup>105</sup>

Obchodník s cennými papíry může podle § 22 odst. 4 zákona o podnikání na kapitálovém trhu začít poskytovat investiční služby na území hostitelského státu, jakmile dozorový úřad hostitelského státu oznámení od Komise obdrží. Naproti tomu v článku 31 odst. 1 Směrnice (a stejně i v článku 18 odst. 2 ISD) je možné zahájení poskytování činnosti na území hostitelského státu stanoveno k okamžiku odeslání informací dozorovým úřadem domovského státu dozorovému úřadu hostitelského státu. Obchodník s cennými papíry tak může dotazem na svůj domovský dozorový úřad zjistit, zda může začít poskytovat investiční služby na území hostitelského státu, případně mu domovský dozorový úřad může tuto skutečnost oznámit současně s odesláním oznámení dozorovému úřadu hostitelského státu. Je tak zabráněno problému zjišťování počátku možnosti poskytovat investičních služeb v hostitelském státě, pokud dozorový úřad v tomto státě neposkytuje dostatečnou součinnost. V tomto směru by měl být zákon o podnikání na kapitálovém trhu novelizován. Je však obecně zavedou praxí, že úřady dozoru hostitelských států oznámení o obdržení informace o záměru obchodníka s cennými papíry poskytovat investiční služby na jeho území obchodníkovi s cennými papíry sdělují. Komise má povinnost neprodleně informovat obchodníka s cennými papíry hodlajícího poskytovat investiční služby v České republice na základě jednotné licence o obdržení oznámení o jeho záměru stanovenou v § 25 odst. 1 zákona o podnikání na kapitálovém trhu.

<sup>104</sup> Metodika - Evropský pas pro české obchodníky s cennými papíry (OCP-EU) - účinná od 1.5.2004, bod 6.2.

<sup>105</sup> Tamtéž, bod 6.4.

V praxi vypadá situace tak, že Komise po obdržení oznámení o záměru zahraničního obchodníka s cennými papíry podnikat v České republice na základě volného pohybu služeb zasílá dotyčnému obchodníkovi informaci o obdržení tohoto oznámení, která obsahuje poučení o povinnosti dodržovat pravidla jednání se zákazníky platná v České republice, poučení o informační povinnosti a v příloze relevantní právní předpisy s upozorněním, že kompletní právní předpis v anglickém znění a další informace nalezne na internetových stránkách Komise. Obchodník je dále požádán o zaslání elektronické adresy (e-mailu) společnosti a osoby odpovědné za poskytování investičních služeb v České republice. Příloha obsahuje anglické znění § 15, 16, 24, 25 a 146 zákona o podnikání na kapitálovém trhu, § 12 – 22 vyhlášky č. 258/2004 Sb. a § 1, 2 a 3 odst. 1, 3, 5 a 6 vyhlášky č. 267/2004 Sb. Další příloha obsahuje detailní informace o rozsahu a způsobu plnění informační povinnosti. Potvrzení o obdržení oznámení Komise dozorovému úřadu nezasílá.

V případě záměru českého obchodníka s cennými papíry poskytovat investiční služby na území jiného členského státu na základě volného pohybu služeb je součástí oznámení zasílaného zahraničnímu dozorovému úřadu obchodní firma, IČ a adresa obchodníka, dále jméno a příjmení, telefon, fax a e-mail kontaktní osoby a tabulka s uvedením investičních služeb ve vztahu k investičním nástrojům, které obchodník s cennými papíry zamýšlí na území hostitelského státu vykonávat.

Komise požaduje oznámení obchodníka s cennými papíry ve dvou vyhotoveních a to jednou v českém a jednou v anglickém jazyce (pro účely zaslání dozorovému úřadu hostitelského státu).<sup>106</sup> Komisi zasílané dokumenty do zahraničí jsou v angličtině, s výjimkou Slovenska, kam jsou zasílány v češtině. Stejně tak Komise požaduje, aby jí zasílané dokumenty byly v češtině, případně angličtině.

Odlišně postupuje například německý Bafin, který požaduje, aby němečtí obchodníci s cennými papíry při ohlašování svého záměru podnikat na území jiného členského státu zasílali dokumenty v němčině a jazyce státu, kde chtějí podnikat. Je-li vše v pořádku, zasílá Bafin dozorovému úřadu oznámení v jazyce příslušné země.

<sup>106</sup> Metodika - Evropský pas pro české obchodníky s cennými papíry (OCP-EU) - účinná od 1.5.2004, bod 5.2.

Oznámení o obdržení oznámení zasílá Bafin jak obchodníkovi s cennými papíry, tak dozorovému úřadu domovského státu. Přílohou oznámení o obdržení záměru zasílaného obchodníkovi, je upozornění na povinnosti, které obchodníkovi s cennými papíry na území Německa vznikají.

Pokud dojde ke změně některé skutečnosti obsažené v plánu obchodní činnosti, je obchodník s cennými papíry podle § 22 odst. 5 zákona o podnikání na kapitálovém trhu (a v souladu s článkem 18 odst. 3 ISD) povinen tuto změnu oznámit Komisi a dozorovému úřadu hostitelského státu. Směrnice se v tomto směru, obdobně jako v případě svobody usazování, v článku 31 odst. 4 od uvedeného ustanovení lehce liší. Požaduje, aby obchodník s cennými papíry oznámil tuto změnu v písemné podobě pouze dozorovému úřadu domovského státu a stanovuje lhůtu jednoho měsíce před zavedením této změny. Dozorový úřad domovského státu poté o změně informuje dozorový úřad hostitelského státu. V tomto směru bude nutné zákon o podnikání na kapitálovém trhu novelizovat. Komise informuje dozorový úřad hostitelského státu i o změnách týkajících se podmínek poskytování náhrad z Garančního fondu a bez zbytečného odkladu též o odnětí povolení k činnosti obchodníka s cennými papíry.

ISD u volného pohybu služeb obdobně jako u svobody usazování obsahuje ustanovení o možnosti dozorového úřadu hostitelského státu v případě, že je to vhodné, oznámit obchodníkovi s cennými papíry podmínky, včetně pravidel jednání, za kterých musí být v zájmu obecné blaha vykonávána jeho činnost na území hostitelského státu. K uvedenému i s ohledem na znění článku 174 zákona o podnikání na kapitálovém trhu platí stejné, co je uvedeno výše v kapitole 5.

Obchodníci s cennými papíry se sídlem v jiném členském státě, kteří zamýšlejí poskytovat investiční služby v České republice mohou podle § 25 odst. 2 zákona o podnikání na kapitálovém trhu začít s touto činností, jakmile Komise obdržela oznámení o tomto jejich záměru případně po uplynutí jednoho měsíce ode dne, kdy tyto údaje obdržel dozorový úřad jejich domovského státu.

Zahraniční obchodník s cennými papíry je na základě § 25 odst. 3 zákona o podnikání na kapitálovém trhu povinen dodržovat informační povinnost podle § 16

zákona o podnikání na kapitálovém trhu, oznámit Komisi každou změnu svého plánu činnosti a dodržovat pravidla jednání obchodníka s cennými papíry ve vztahu k zákazníkům. Informační povinnost není v zákoně o podnikání na kapitálovém trhu omezena, jako je tomu u organizační složky v případě svobody usazování na služby poskytované na území České republiky a ze zákona o podnikání na kapitálovém trhu by tedy vyplývala tato povinnost pro všechny investiční služby poskytované těmito obchodníky s cennými papíry. Tato povinnost jde nad rámec oprávnění hostitelských států stanovených v článku 19 odst. 2 ISD, kde se získávání dat o činnosti obchodníků s cennými papíry poskytujících investiční služby na základě jednotné licence bez zřízení organizační složky vztahuje pouze na informace nutné pro sledování souladu jejich činnosti se pravidly v hostitelském státě, která se na ně vztahují, a nesmí tak být hostitelskými státy vyžadována. Korigovat tento nedostatek zákona o podnikání na kapitálovém trhu se snaží vyhláška č. 267/2004 Sb. Ta v § 1 odst. 3 omezuje informační povinnost jen na skutečnosti, které se týkají poskytování investičních služeb na území České republiky. Věcně se informační povinnost vztahuje pouze na druhy a rozsah poskytnutých investičních služeb, přehled regulovaných trhů a osob, prostřednictvím nichž obchodník prováděl pokyny zákazníků s uvedením skutečností, které ovlivnily výběr těchto osob a případného prospěchu, který od těchto osob obdržel, obchody, které obchodník uzavřel nebo obstaral a objem zákaznického majetku. Tuto nepřesnost v zákoně odstraní jeho připravovaná novela, která změní znění § 25 odst. 3 písm. a) na „*dodržuje informační povinnosti podle § 16 odst. 2 písm. b) až e), pokud jde o investiční služby poskytnuté na území České republiky*“.

Stejně jako v případě informační povinnosti osob poskytujících služby na základě jednotné licence prostřednictvím organizační složky jde podle mého názoru požadavek na plnění informační povinnosti nad rámec ISD. Hostitelský stát není v případě obchodníků s cennými papíry podnikajících na jeho území na základě volného pohybu služeb oprávněn žádat informace o rozsahu jeho činnosti, nýbrž pouze informace pro sledování souladu jeho činnosti se standardy hostitelského státu, které se na něj vztahují, tedy pravidla jednání se zákazníky a opatření přijatá v zájmu obecného blaha. Požadavek na jakékoliv jiné informace jde nad rámec ISD a omezuje volný pohyb služeb.

Směrnice ve svém článku 61 umožňuje získávání dat a informací pouze v případě poskytování investičních služeb na území jiného členského státu prostřednictvím organizační složky. Obchodníci poskytující investiční služby bez zřízení organizační složky proto takovou povinnost od konce transpozičního období nebudou muset plnit.

Směrnice na rozdíl od dřívější ISD obsahuje v článku 31 i ustanovení týkající se obchodníků s cennými papíry (a provozovatelů trhů), kteří provozují tzv. vícestranný obchodní systém.<sup>107</sup> Podle článku 4 odst. 1 bodu 15 Směrnice se jedná o „*vícestranný systém provozovaný obchodníkem s cennými papíry nebo provozovatelem trhu, který propojuje zájmy vícero třetích stran o koupi nebo prodej investičních nástrojů – v tomto systému a za nediskrečních pravidel – způsobem, který vede k uzavření smlouvy*“. Členské státy jsou povinny takovým obchodníkům s cennými papíry nebo provozovatelům trhu umožnit bez dalších právních nebo administrativních překážek provést vhodné činnosti na svém území, aby byl umožněn přístup a používání těchto systémů uživatelům nebo účastníkům usazených na jejich území. Tito obchodníci s cennými papíry musí nicméně oznámit svému dozorovému úřadu záměr provést takové úpravy a označit členský stát, na jehož území je hodlají provést. Tento dozorový úřad je následně povinen během jednoho měsíce sdělit tento záměr dozorovému úřadu státu, ve kterém má k úpravě dojít. Dozorový úřad hostitelského státu je oprávněn žádat dozorový úřad domovského státu provozovatele systému o sdělení identity členů nebo účastníků takových systémů usazených v hostitelském státě. Dozorový úřad domovského státu je povinen v přiměřené lhůtě takovou informaci poskytnout.

<sup>107</sup> V anglickém znění „multilateral trading facility“, v německém „multilaterales Handelssystem“

## 7. Dozor nad obchodníky s cennými papíry a spolupráce dozorových úřadů

### 7.1. Provádění dozoru

Dozor nad obchodníky s cennými papíry poskytujícími investiční služby v jiném členském státě na základě jednotné licence probíhá na principu dozoru domovského státu.<sup>108</sup> To znamená, že s výjimkou určitých činností dozoruje obchodníka s cennými papíry dozorový úřad státu, ve kterém obchodník s cennými papíry získal povolení.

V současné době vychází úprava rozdělení kompetencí mezi dozorovými úřady domovského a hostitelského státu obsažená v zákoně o podnikání na kapitálovém trhu z ISD, zejména článků 8, 11, 19 a 24. Jak v případě poskytování služeb prostřednictvím organizační složky, tak na základě volného pohybu služeb, dozoruje dodržování pravidel jednání ve vztahu k zákazníkům hostitelský stát a pravidla obezřetného poskytování investičních služeb domovský stát. Toto dělení je výsledkem neschopnosti členských států najít v rámci přijímání ISD úplnou shodu ohledně minimálních podmínek jednání obchodníků s cennými papíry vůči jejich zákazníkům.

Podle článku 8 ISD dozorové úřady domovského státu dozorují, aby obchodník s cennými papíry po celou dobu splňoval podmínky výše základního kapitálu, jeho vedoucí osoby měly dobrou pověst a byly dostatečně zkušené a obchodník splňoval podmínku dostatečné kapitálové přiměřenosti. Podle článku 8 odstavce 3 je řádný dozor nad obchodníkem s cennými papíry povinností dozorového úřadu domovského státu, ať obchodník s cennými papíry založí organizační složku nebo poskytuje služby v jiném státě či nikoliv, a to bez ohledu na ustanovení, která stanovují úkoly úřadů hostitelského státu.

Podle článku 11 odstavce 2 ISD bez ohledu na rozhodnutí přijatá v kontextu harmonizace pravidel jednání se zákazníky, je jejich implementace a dozor nad jejich dodržováním povinností členského státu, ve kterém je služba poskytována.

---

<sup>108</sup> Bod 3 preambule ISD



Za účelem umožnění výkonu dozoru jsou v článku 19 ISD dozorovým úřadům v hostitelských státech přiznána oprávnění ke sběru dat a informací. Dozorové úřady hostitelského státu tak mohou po obchodnících, kteří na jejich území poskytují služby prostřednictvím organizační složky, požadovat pro statistické účely pravidelná hlášení o jejich aktivitách na území hostitelského státu, a dále požadovat údaje pro výkon monetární politiky a informace o jejich činnosti, jaké mohou požadovat po obchodnících s cennými papíry, kterým samy udělily povolení. Po obchodnících s cennými papíry, kteří na jejich území poskytují investiční služby na základě volného pohybu služeb, mohou požadovat informace pro účely sledování, zda výkon jejich činnosti je v souladu s pravidly hostitelského státu, která se na ně vztahují. Ani tyto požadavky však nesmí být přísnější než ty, které dozorové úřady využívají ve vztahu k obchodníkům s cennými papíry, kterým udělily povolení.

Komise pro účely dozoru nad dodržováním pravidel obezřetného podnikání považuje organizační složku obchodníka s cennými papíry za nedílnou součást podniku obchodníka s cennými papíry.<sup>109</sup> Pravidla obezřetného poskytování investičních služeb podle § 12 zákona o podnikání na kapitálovém trhu a pravidla kapitálové přiměřenosti na individuálním základě podle § 9 zákona o podnikání na kapitálovém trhu se tak vztahují na obchodníka s cennými papíry jako celek.

Český obchodník s cennými papíry je povinen v rámci pravidelné informační povinnosti podle § 16 zákona o podnikání na kapitálovém trhu zahrnovat do vykazovaných údajů i data týkající se činnosti vykonávané jeho organizační složkou v zahraničí (týká se zejména povinnosti obchodníka informovat o své hospodářské situaci a kapitálové přiměřenosti, o druzích a rozsahu poskytnutých investičních služeb, o regulovaných trzích včetně zahraničních a osobách, jejichž prostřednictvím prováděl pokyny zákazníků, o obchodech, které uzavřel nebo obstaral na účet zákazníků prostřednictvím regulovaných trhů nebo jiných osob a o objemu majetku zákazníků).<sup>110</sup> Na činnost pobočky v zahraničí se nevztahují česká pravidla jednání se zákazníky, ale pravidla jednání stanovená v hostitelském státě. Informaci o těchto pravidlech podává obchodníkovi s cennými papíry

<sup>109</sup> Metodika - Evropský pas pro české obchodníky s cennými papíry (OCP-EU) - účinná od 1.5.2004, bod 5.7.

<sup>110</sup> Tamtéž, bod 5.7.4.

dozorový úřad hostitelského státu v rámci oznamovacího procesu.<sup>111</sup> Informační povinnost zahraničních obchodníků s cennými papíry podnikajících v České republice již byla blíže rozvedena v kapitolách 5 a 6.

Oprávnění hostitelských států v případě porušení povinností obchodníkem s cennými papíry, který poskytuje investiční služby na základě jednotné licence na jejich území, obsahuje článek 19 odstavce 3 až 8 ISD. K transpozici těchto ustanovení dochází v České republice v § 146 odst. 1 až 4 zákona o podnikání na kapitálovém trhu. Na základě těchto ustanovení v případě, že obchodník s cennými papíry poskytující investiční služby na území České republiky na základě jednotné licence nedodrží pravidla jednání se zákazníky nebo informační povinnost, Komise ho na tuto skutečnost upozorní a požádá o zjednání nápravy. Nejedná-li obchodník s cennými papíry nápravu, informuje Komise dozorový úřad domovského státu. Nevedou-li opatření přijatá dozorovým úřadem domovského státu vůči obchodníkovi s cennými papíry k nápravě, může Komise po informování dozorového úřadu domovského státu uložit opatření k nápravě nebo sankci sama. V případě možného ohrožení zájmu investorů může Komise uložit obchodníkovi opatření k nápravě bez předchozího upozornění. O uložení opatření k nápravě pak Komise bez zbytečného odkladu informuje Evropskou komisi a příslušné dozorové úřady jiných členských států. Jestliže Evropská komise po konzultaci s příslušnými dozorovými úřady jiných členských států rozhodne, že uložené opatření k nápravě má být změněno nebo zrušeno, je Komise tímto rozhodnutím vázána.

Těžko pochopitelný je význam § 146 odstavce 6 zákona o podnikání na kapitálovém trhu. Toto ustanovení stanovuje, že Komise nemusí v případě porušení informační povinnosti nebo pravidel jednání ve vztahu k zákazníkům osobou poskytující investiční služby na území České republiky na základě jednotné licence využít postup podle odstavců 1 až 4 a může rovnou uložit opatření k nápravě nebo sankci. Proč tedy § 146 zákona o podnikání na kapitálovém trhu vůbec odstavce 1 až 4 obsahuje? Nebo obráceně. Proč obsahuje ustanovení § 146 odst. 6?

Domnívám se, že jde opět o nepochopení článku 19 odstavce 6 ISD a z toho plynoucí jeho chybnou transpozici. Jak již bylo výše uvedeno, článek 19 odst. 6 umožňuje

---

<sup>111</sup> Tamtéž, bod 5.7.3.

hostitelskému státu přijmout „*přiměřená opatření zabraňující nepatříčností nastalým na jejich území, které jsou v rozporu s pravidly jednání ve vztahu k zákazníkům, stejně jako s dalšími právními či kontrolními předpisy přijatými v zájmu obecného blaha*“ bez ohledu na předchozí ustanovení článku 19. Ta upravují porušení právních nebo regulatorních předpisů přijatých v hostitelském státě podle těch ustanovení ISD, která svěřují pravomoc dozorovým úřadům hostitelského státu,<sup>112</sup> tj. vedle pravidel jednání ve vztahu k zákazníkům a předpisů přijatých v zájmu obecného blaha též k plnění informačních a oznamovacích povinností - získávat pravidelná hlášení či informace pro kontrolu souladu činnosti obchodníka s pravidly jednání se zákazníky a opatřeními přijatými v zájmu obecného blaha, informování o změnách v údajích předávaných v rámci oznamovacího procesu, a v odstavci 5 umožňují hostitelskému státu uložit opatření nebo sankce v případě, že je opatření domovského státu neadekvátní nebo není v domovském státě k dispozici, a obchodník s cennými papíry pokračuje v porušování právních nebo regulatorních ustanovení uvedených v odstavci 2, tedy pokud organizační složka neposkytne údaje hostitelskému státu při výkonu jeho povinností nebo obchodník s cennými papíry poskytující investiční služby na základě volného pohybu služeb neposkytne informace pro účely sledování, zda výkon jeho činnosti je v souladu s pravidly hostitelského státu, která se na něho vztahují.

Ustanovení § 146 odst. 1 až 4 se tedy měla vztahovat k širšímu okruhu porušení povinností. Odstavec 6 by měl správně být speciální vůči předchozím a vztahovat se pouze na porušení pravidel jednání ve vztahu k zákazníkům nebo opatření přijatých v zájmu obecného blaha, nikoli nedodržování informační povinnosti. U těchto pravidel a opatření přisuzuje ISD hostitelským státům větší zájem na jejich dodržování a umožňuje jim nepodstupovat zdlouhavé vyzývání k odstranění nežádoucího stavu, nýbrž okamžitě zasáhnout z důvodu ochrany zájmů zákazníků nebo obecného blaha.

Ukládání opatření k nápravě českým obchodníkům s cennými papíry poskytujícím služby v jiném členském státě ze strany Komise je upraveno v § 147 zákona o podnikání na kapitálovém trhu. Komise může na základě oznámení dozorového úřadu hostitelského státu obchodníkovi s cennými papíry, který poskytuje investiční služby v hostitelském

<sup>112</sup> Srov. čl. 19 odst. 3 ISD „is in breach of the legal or regulatory provisions adopted in that State pursuant to those provisions of this Directive which confer powers on the host Member State's competent authorities“

státě, uložit opatření k nápravě podle zákona o podnikání na kapitálovém trhu za porušení pravidel jednání nebo informačních povinností podle právních předpisů hostitelského státu. O tomto uloženém opatření k nápravě Komise bez zbytečného odkladu informuje dozorový úřad hostitelského státu. Takové ustanovení je na místě, i když by se mohlo zdát nesprávné, že Komise ukládá opatření k nápravě za porušení právních předpisů cizího státu. Dozorový úřad hostitelského státu totiž požaduje podle článku 19 odst. 3 ISD po obchodníkovi zdržení se jednání, které porušuje jeho právní řád. V případě, že tento tak neučiní, informuje dozorový úřad hostitelského státu podle odstavce 4 dozorový úřad domovského státu, který má povinnost zajistit, aby se obchodník s cennými papíry, kterému udělil povolení, takového jednání v jiném členském státě zdržel. Při porušení pravidel jednání se zákazníky a opatření přijatých v zájmu obecného blaha je nicméně i hostitelský stát oprávněn ukládat opatření k nápravě a sankce obchodníkovi s cennými papíry přímo bez nutnosti oslovovat Komisi.

Článek 24 ISD obsahuje ustanovení o provádění kontroly obchodníků s cennými papíry poskytujících investiční služby na území jiného členského státu. Ačkoli se v ISD takovouto kontrolou rozumělo ověření informací na místě, v článku 57 Směrnice je spolupráce rozšířena i na dozorčí činnosti a vyšetřování, a pojem kontrola tak musí být od konce jejího transpozičního období takto interpretován. V souladu s tímto článkem Komise při výkonu dozoru nad činností obchodníka s cennými papíry v hostitelském státě, může podle § 135 odst. 3 zákona o podnikání na kapitálovém trhu požádat dozorový úřad hostitelského státu, aby provedl kontrolu činnosti tohoto obchodníka vykonávané na území hostitelského státu, s uvedením rozsahu požadované kontroly, nebo provést kontrolu v hostitelském státě po předchozím informování dozorového úřadu hostitelského státu sama.

A obráceně, v případě zahraničních obchodníků s cennými papíry, Komise provede kontrolu činnosti zahraniční osoby na území České republiky na základě žádosti dozorového úřadu domovského státu zahraničního obchodníka s cennými papíry v rozsahu uvedeném v žádosti, případně dozorovému úřadu domovského státu umožní, aby kontrolu provedl sám nebo prostřednictvím jiné pověřené osoby. Takovouto osobou bude zpravidla auditor. Uvedenými ustanoveními je zajištěno, že přes široké předání kompetencí

dozorovému úřadu hostitelského státu může dozorový úřad domovského státu efektivně plnit kontrolní povinnosti mimo své území.

Na základě Směrnice dochází oproti ISD v oblasti dozoru nad činností obchodníků s cennými papíry poskytujících služby na základě jednotné licence k významné změně. Podle Směrnice se dozor hostitelského státu vztahuje pouze na organizační složky působící na území tohoto hostitelského státu, nikoli tedy na činnost obchodníků s cennými papíry poskytujících služby na základě volného pohybu služeb, a pouze na určité činnosti.

Dozorový úřad hostitelského státu přebírá odpovědnost za zajištění, že výkon investičních služeb poskytovaných organizační složkou obchodníka s cennými papíry bude v souladu s požadavky Směrnice a opatření přijatých na jejím základě pro pravidla jednání ve vztahu k zákazníkům, povinnosti provést pokyn za nejlepších podmínek pro zákazníka, pravidly pro nakládání s pokynem zákazníka, povinnosti podporování integrity trhů, hlášení obchodů a uchovávání záznamů, povinnosti obchodníků s cennými papíry uveřejňovat své kotace a informační povinnost obchodníků s cennými papíry ohledně jimi obstaraných obchodů. Za tím účelem je povinností členských států zajistit, aby dozorový úřad hostitelského státu měl právo kontrolovat uspořádání organizační složky a požadovat takové změny, které mu umožní vynucovat tyto povinnosti a další opatření přijatá s ohledem na služby poskytované organizační složkou na jeho území. Uvedenou odpovědnost a povinnosti má hostitelský stát při dozoru činnosti organizačních složek nebankovních i bankovních obchodníků s cennými papíry.

Naproti tomu dozorový úřad domovského státu musí být na základě čl. 32 odst. 8 Směrnice za účelem výkonu svých povinností a po informování dozorového úřadu hostitelského státu oprávněn provést v organizační složce obchodníka s cennými papíry kontrolu na místě.

Dozor prováděný dozorovým úřadem hostitelského státu nad dodržováním povinností organizační složky poskytující služby na území jiného členského státu je vhodný, jak je uvedeno v bodu 32 preambule Směrnice, neboť je tento dozorový úřad „blíže organizační složce a je lépe umístěn pro odhalení a zasáhnutí v případě porušení pravidel vztahujících se na činnost organizační složky“. V případě poskytování

investičních služeb na území jiného členského státu na základě volného pohybu služeb spadá veškerá činnost obchodníka s cennými papíry pod dozorovou působnost domovského státu. Hostitelský stát tedy nově nedozoruje dodržování pravidel jednání ve vztahu k zákazníkům, ani opatření přijatá v zájmu obecného blaha.

Tato změna je výsledkem zkušeností nabytých od přijetí ISD, ale zejména větší harmonizace pravidel jednání ve vztahu k zákazníkům provedené ve Směrnici a na jejím základě přijatých implementačních opatření. Je tak zajištěn dostatečný standard ochrany zákazníků, ať jim poskytuje investiční službu obchodník s cennými papíry s povolením získaném v jakémkoli členském státě.

S ohledem na uvedenou změnu v působnosti dozorových úřadů domovského a hostitelského státu, dochází i ke změně pravomocí pro odhalení jednání obchodníka s cennými papíry porušujícího některou povinnost uloženou mu na základě Směrnice či implementačních opatření. Tuto úpravu obsahuje článek 62 Směrnice.

V případě, že má dozorový úřad hostitelského státu jasné a prokazatelné důvody se domnívat, že obchodník s cennými papíry poskytující investiční služby na území hostitelského státu na základě jednotné licence porušil povinnosti stanovené na základě Směrnice, které nespádají pod dozor hostitelského státu, sdělí toto zjištění dozorovému úřadu domovského státu. Jestliže navzdory opatřením přijatým dozorovým úřadem domovského státu, nebo protože jsou tato opatření neadekvátní, obchodník s cennými papíry pokračuje v jednání způsobem, který zjevně poškozuje zájmy investorů z hostitelského státu nebo řádné fungování trhů, dozorový úřad hostitelského státu po informování dozorového úřadu domovského státu přijme vhodná opatření potřebná k ochraně investorů a řádnému fungování trhů. Ta zahrnují možnost zabránit obchodníkovi s cennými papíry v zahajování dalších obchodů na jeho území. O těchto opatření bezodkladně informuje Evropskou komisi.

Pokud dozorový úřad hostitelského státu zjistí, že obchodník s cennými papíry poskytující investiční služby na území hostitelského státu na základě jednotné licence prostřednictvím organizační složky porušil povinnosti stanovené na základě Směrnice, které spádají pod dozor hostitelského státu, požádá obchodníka s cennými papíry

o zjednání nápravy. Nejedná-li ten nápravu, dozorový úřad hostitelského státu přijme vhodná opatření k zajištění ukončení nežádoucího stavu. Povaha těchto opatření musí být sdělena dozorovému úřadu domovského státu. Jestliže navzdory opatřením přijatým dozorovým úřadem domovského státu obchodník s cennými papíry pokračuje v porušování povinností, může dozorový úřad hostitelského státu, poté, co informuje dozorový úřad domovského státu, k zajištění ukončení nežádoucího stavu přijmout vhodná opatření k nápravě nebo uložit sankci, a pokud je to nutné, zabránit obchodníkovi s cennými papíry v zahajování dalších transakcí na jeho území. O těchto opatřeních bezodkladně informuje Evropskou komisi.

## 7.2. Spolupráce dozorových úřadů

Aby byl dosažen dostatečně efektivní výkon dozoru nad činností obchodníků s cennými papíry poskytujících služby na základě jednotné licence, je třeba zajistit dostatečnou spolupráci dozorových úřadů v jednotlivých členských státech. Tato spolupráce se realizuje na základě výměny informací mezi nimi navzájem, konzultacemi při licenční činnosti a spolupráci při vyšetřovací činnosti.

Vedle výše zmíněných možností provedení kontroly na žádost dozorového úřadu jiného členského státu nebo umožnění provedení takové kontroly tomuto dozorovému úřadu či jím pověřené osobě se jedná o výměnu informací mezi dozorovými úřady. Dozorové úřady si jsou na základě článku 58 Směrnice povinny poskytovat na žádost informace potřebné k plnění povinností přijatých na základě Směrnice. Tuto povinnost transponuje § 27 odst. 1 zákona o podnikání na kapitálovém trhu. Dozorový úřad si při poskytnutí informace může vymínit, že tato může být dále předána jen s jeho výslovným souhlasem a pouze pro případ, pro který udělí souhlas.

Žádost o provedení kontroly nebo poskytnutí informace může dozorový úřad odmítnout pouze z důvodů taxativně vymezených v článku 59 Směrnice. Těmito důvody jsou:

- a) taková kontrola nebo poskytnutí informace by mohlo nepříznivě ovlivnit suverenitu, bezpečnost nebo veřejný pořádek státu, kterému je adresována,

- b) bylo zahájeno soudní řízení ve stejné věci a proti stejné osobě, které se žádost týká, nebo
- c) nabyl právní moci rozsudek ve věci a proti osobě, které se žádost týká.

V případě odmítnutí žádosti musí dozorový úřad žádajícímu dozorovému úřadu toto odmítnutí co nejdetailněji odůvodnit.

Podobné, i když nikoli identické důvody (řízení se týká jen věci a rozsudek se týká jen osoby, nikoli vždy obojího najednou) odmítnutí žádosti o informaci obsahuje § 27 odst. 4 zákona o podnikání na kapitálovém trhu. Zde uvedené důvody odmítnutí žádosti sem však byly takto vloženy na základě směrnice o zneužívání trhu,<sup>113</sup> vztahují se pouze na žádost o informace ve věci týkající se ochrany vnitřních informací a manipulace s trhem a nevztahují se na informace poskytované pro účely výkonu dozoru nad obchodníkem s cennými papíry uvedené v § 27 odst. 1 zákona o podnikání na kapitálovém trhu. V souvislosti s novelou zákona o podnikání na kapitálovém trhu by bylo vhodné důvody odmítnutí upravit a rozšířit i na poskytování informací pro účely výkonu dozoru nad obchodníky s cennými papíry, nicméně v navrhovaném znění novely se taková změna nenachází.

Další forma spolupráce mezi dozorovými úřady jednotlivých členských států se realizuje v rámci konzultací při licenční činnosti. Dozorový úřad musí konzultovat dozorový úřad jiného členského státu v rámci řízení o udělení povolení k činnosti obchodníka s cennými papíry, který je ovládanou osobou obchodníka s cennými papíry nebo kreditní instituce s povolením uděleným v jiném členském státě nebo ovládanou osobou osoby ovládající obchodníka s cennými papíry nebo kreditní instituci s povolením uděleným v jiném členském státě nebo kontrolován stejnou osobou, která kontroluje obchodníka s cennými papíry nebo kreditní instituci s povolením uděleným v jiném členském státě.

Tato povinnost je již do našeho právního řádu transponována ustanovením § 8 odst. 1 zákona o podnikání na kapitálovém trhu s rozšířením nejen ve vztahu k obchodníkovi s cennými papíry nebo kreditní instituci z jiného členského státu, ale též pojišťovně.

<sup>113</sup> Článek 16 odst. 2 směrnice 2003/6/ES (Směrnice o zneužívání trhu)



Zájem Směrnice na ochranu finančního trhu Evropského hospodářského prostoru potvrzuje i článek 56 odst. 4 Směrnice, podle kterého dozorový úřad členského státu je povinen informovat dozorový úřad jiného členského státu, pokud má důvodné podezření, že na území tohoto členského státu bylo uskutečněno jednání porušující povinnosti uložené na základě Směrnice, i když tato porušení nespáchala osoba spadající pod jeho dozor. Příslušný dozorový úřad poté musí informovat o přijatých opatřeních úřad dozoru, který ho na porušení povinností upozornil.

Rostoucí provázanost trhů jednotlivých členských států nutí dozorové úřady ke stále větší spolupráci. Do budoucna by se proto měla spolupráce mezi dozorovými úřady na panevropské bázi ještě více rozšířit, a to zejména v následujících bodech

- a) výměna zkušeností při odhalování typických nedovolených praktik a přestupků,
- b) znalost rozdílů existujících mezi jednotlivými právními řády,
- c) kritéria pro posuzování důvěryhodnosti a odborné způsobilosti vedoucích osob,
- d) pravidelná výměna dat mezi zejména sousedními státy.

Pod vedením Evropské komise by bylo více než vhodné vytvořit jednotné databáze přístupné dozorovým úřadům ze všech členských států. Tyto databáze by měly obsahovat

- a) oznámení o záměru poskytovat investiční služby na území jiného členského státu s uvedením, zda se jedná o podnikání s nebo bez zřízení organizační složky a uvedení investičních služeb a nástrojů, jichž se oznámení týká a data přijetí oznámení,
- b) seznam vhodných vedoucích osob a seznam nevhodných vedoucích osob,
- c) seznam vázaných zprostředkovatelů,
- d) seznam auditorů působících pro obchodníky s cennými papíry,
- e) Black list zahrnující trestní záznamy, probíhající případy u správních soudů a taktéž neformální informace.

Tímto by se velmi zjednodušil tok informací mezi jednotlivými členskými státy, což by odbouralo zdlouhavou administrativu a zvýšilo efektivitu dozoru.

## 8. Právní vztahy mezi obchodníkem s cennými papíry a zákazníky

Jestliže se minulé kapitoly zabývaly podnikáním obchodníka s cennými papíry na základě jednotné licence zejména z pohledu veřejného práva, v této kapitole bude řešena otázka práva soukromého, která zajímá osoby pro činnost obchodníka s cennými papíry nejdůležitější, jeho zákazníky. Jelikož na základě jednotné licence podniká obchodník s cennými papíry v jiném členském státě než v jakém má své sídlo a při této činnosti uzavírá smlouvy převážně se zákazníky z tohoto členského státu, jedná se o smlouvy s mezinárodním prvkem a vyvstává otázka, právní řád jakého státu na právní vztah mezi obchodníkem s cennými papíry a jeho zákazníkem použít.

### 8.1. Aplikace přímé metody

Prvním krokem ke zjištění právo jakého státu na daný právní vztah použít je aplikace přímé metody, tedy hledání, zda na daný právní vztah nelze použít přímé normy. Ty jsou většinou obsaženy v mezinárodních smlouvách. Všechny 15 členských států tvořících Evropské společenství do 30. dubna 2004 je účastníkem Úmluvy o právu použitelném na smluvní závazky otevřené k podpisu v Římě dne 19. června 1980<sup>114</sup> (dále jen „Římská úmluva“), která nabyla účinnosti dne 1. dubna 1991. Ačkoli bylo zvykem, že státy přistupující k Evropskému společenství se stávaly rovněž účastníky Římské úmluvy, u států, které přistoupily k Evropskému společenství 1. května 2004 k tomu nedošlo a Římská úmluva není pro Českou republiku prozatím závazná. Dne 18. dubna 2005 došlo k podpisu Protokolu o přistoupení k Římské úmluvě zbývajících deseti členskými státy. Pro urychlení nabytí účinnosti podepsaly členské státy současně též deklaraci, ve které se zavazují ratifikovat Římskou úmluvu bez zbytečného odkladu, pokud to bude možné do konce roku 2005.

Podle názoru Evropské komise je však důležité, aby komunitární právo samotné obsahovalo normy, které zajistí jednotné mezinárodní právo soukromé mezi členskými státy. Dne 14. ledna 2003 proto vydala Evropská komise Zelenou knihu s otázkami, zda by Římská úmluva měla být převedena do komunitárního práva a o její modernizaci.

---

<sup>114</sup> č. 80/934/EHS

Evropská komise obdržela přibližně 80 odpovědí. Veřejné slyšení o této konverzi se konalo v Bruselu dne 27. ledna 2004. Evropská komise předpokládá, že představí první formální návrh nařízení „Řím I“ do konce roku 2005.

Základním pravidlem, na kterém stojí Římská úmluva je svoboda volby. Smluvní strany mají možnost si na základě dohody zvolit rozhodné právo pro úpravu části nebo celého právního vztahu. Může se jednat o právo domovského státu, hostitelského státu nebo jakéhokoli třetího, jedno zda členského státu či nikoliv. Musí jít o právo platné na určitém území, i kdyby toto území nebylo ostatními státy za stát uznáváno. Není však možné zvolit si právo zaniklého státu ani stanovit, že se daný právní vztah bude řídit pravidly slušnosti nebo poctivého obchodního styku.<sup>115</sup> Toto rozhodné právo mohou později kdykoliv změnit. Taková změna se nesmí dotknout formální platnosti smlouvy ani nepříznivě ovlivnit práva třetích stran.<sup>116</sup>

Pokud by všechny ostatní prvky významné pro danou situaci v době volby byly spojeny pouze s jedním státem, smlouva nesmí být v rozporu s nutně použitelnými normami tohoto státu.<sup>117</sup> Nutně použitelné normy jsou normy především práva veřejného. Má-li jejich použití v daném případě význam pro soukromoprávní vztah s mezinárodním prvkem, musí se jich použít vždy, bez ohledu na to, kterým právem se na základě kolizní normy řídí daný soukromoprávní vztah s mezinárodním prvkem. Tyto normy omezují prostor pro uplatnění kolizních norem, neboť jejich použití předchází výběru práva na základě kolizních norem. Užití těchto norem nelze ve státě jejich platnosti vyloučit.<sup>118</sup> Toto ustanovení se uplatní zejména v případě, kdy zahraniční právo zvolí strany, jejichž vztah ve skutečnosti žádný mezinárodní prvek nevykazuje. Materiální volba práva v takovém případě povede pouze k nahrazení dispozitivních ustanovení jinak aplikovatelného domácího právního řádu ustanoveními zahraničního práva.<sup>119</sup>

<sup>115</sup> Kučera Z.: Mezinárodní právo soukromé. Doplněk, Brno 2001, s. 119 a násl.

<sup>116</sup> Čl. 3 odst. 2 Římské úmluvy

<sup>117</sup> Čl. 3 odst. 3 Římské úmluvy

<sup>118</sup> Kučera Z.: Mezinárodní právo soukromé. Doplněk, Brno 2001, s. 224-225

<sup>119</sup> Dědič J., Čech P.: Obchodní právo po vstupu ČR do EU aneb Co všechno se po 1. květnu 2004 v obchodním právu změnilo?. 2. vydání, RNDr. Ivana Hexnerová – BOVA POLYGON, Praha, květen 2005, s. 475

V případě, kdy si strany rozhodné právo nezvolí, řídí se právní vztah právem státu, se kterým je smlouva nejbližěji spojena. Takovým státem je ten, kde smluvní strana, která uskutečňuje pro smlouvu charakteristické plnění, má v době uzavření smlouvy své hlavní místo podnikání nebo, je-li podle smlouvy plnění uskutečněno prostřednictvím jiného místa podnikání než je hlavní, pak stát, kde je umístěno toto jiné místo podnikání. Je-li některá část smlouvy oddělitelná a má-li tato část bližší vztah k jinému státu, může být jako výjimka na tuto část smlouvy aplikováno právo tohoto jiného státu.<sup>120</sup>

V souladu s moderním evropským trendem je v článku 5 Římské úmluvy speciálně upravena ochrana spotřebitele. Pokud je smlouva uzavírána se spotřebitelem, kterým je podle Římské úmluvy osoba, která jedná mimo rámec své obchodní nebo profesní činnosti, použije se, při absenci volby práva, na smluvní vztah právo státu spotřebitele, za podmínky, že

- uzavření smlouvy předcházela zvláštní nabídka adresovaná spotřebiteli nebo reklama a on uskutečnil v tomto státě všechny kroky nutné z jeho strany k uzavření smlouvy, nebo
- jiná strana nebo její zástupce obdržela v tomto státě spotřebitelův pokyn.

Ani v případě, kdy se strany domluví na volbě práva, tato volba nesmí spotřebitele připravit o ochranu zaručenou mu nutně použitelnými ustanoveními ve státě, kde má své bydliště nebo sídlo, pokud je splněna alespoň jedna z výše uvedených podmínek.

Vedle nutně použitelných norem existuje ještě další omezení aplikace zahraničního práva. Podle článku 16 Římské úmluvy se neuplatní právní ustanovení jakéhokoli státu, pokud by byla zjevně neslučitelná s veřejným pořádkem. Výhradu veřejného pořádku je třeba interpretovat z hlediska národního práva a mezinárodního práva soukromého, což nemusí být vždy shodné s interpretací Evropského soudního dvora.

Podle Římské úmluvy se tedy uplatní nutně použitelná ustanovení a výhrada veřejného pořádku členských států při volbě práva stranami smlouvy i při absenci této volby.

---

<sup>120</sup> Čl. 4 Římské úmluvy

Smlouva o poskytnutí investiční služby uzavřená se spotřebitelem musí proto brát v úvahu nutně použitelná ustanovení právního řádu státu spotřebitele, pokud byl spotřebitel osloven ve svém státě nebo byl v tomto státě obdržen jeho pokyn. Pokud je však smlouva uzavřena s osobou, která není spotřebitelem (zákazník jednající v rámci své obchodní nebo profesní činnosti) vztahuje se na smlouvu právo státu, které si smluvní strany zvolily a při absenci této volby právo státu, kde má obchodník s cennými papíry své hlavní nebo vedlejší místo podnikání.

Evropská komise k této problematice dodává, že je třeba vzít v úvahu i ustanovení komunitárního práva, neboť v souladu se zásadou přednosti komunitárního práva musí hmotné právo aplikovatelné na investiční službu na základě volby práva nebo pro nutně použitelná ustanovení nebo výhradu veřejného pořádku, pokud způsobuje omezení, být zkoumáno ve světle zájmu o obecné blaho.<sup>121</sup>

K takovéto kontrole může dojít ve dvou situacích:

- a) Při poskytování investičních služeb prostřednictvím organizační složky

Podle Římské úmluvy se v případě absence volby práva použije právo státu, kde je hlavní místo podnikání nebo je-li plnění poskytováno prostřednictvím místa podnikání jiného než hlavní, pak právo státu, kde je umístěno toto jiné místo plnění. Římská úmluva tedy dovozuje, že v případě, kdy je služba poskytována prostřednictvím organizační složky, použije se v případě absence volby práva právo státu, kde je organizační složka umístěna.

V souvislosti s principem přednosti komunitárního práva je Evropská komise názoru, že pokud právní ustanovení státu organizační složky zavádějí omezení, mohou být podrobeny testu obecného blaha a, pokud je to nutné, prolomeny.<sup>122</sup>

<sup>121</sup> Úřední sdělení pro bankovní sektor, s. 27

<sup>122</sup> Tamtéž, s. 28

- b) Při poskytování investičních služeb spotřebitelům na základě volného pohybu služeb

Na základě principu přednosti komunitárního práva, může být aplikace nutně použitelných ustanovení, nutně použitelných požadavků nebo výhrady veřejného pořádku státu bydliště spotřebitele, pokud vede k omezením volného pohybu služeb, podrobena testu obecného blaha.

Podle názoru Evropské komise je proto nutné rozšířit úvahu založenou na Římské úmluvě o otázku, zda například nutně použitelná ustanovení, která vynucuje stát spotřebitele, projdou testem obecného blaha. Jelikož jsou přijata z důvodu ochrany spotřebitele, je zde velká šance, že tato ustanovení hmotného práva uspějí. Evropský soudní dvůr judikoval, že ochrana spotřebitele je cílem obecného blaha, která ospravedlňuje omezení základních svobod. Nelze však předpokládat, že v testu obecného blaha uspějí ve všech případech. Může se stát, že pravidla přijatá z důvodu ochrany spotřebitele při přezkoumání u Evropského soudního dvora budou prohlášena neplatnými, protože nejsou například nutná nebo přiměřená.

Z pohledu jednotného trhu je tedy nutná tato další kontrola, aby bylo zjištěno, zda při absenci harmonizace nejsou pod záminkou ochrany spotřebitele udržována na národní úrovni pravidla pouze za účelem omezení nebo bránění vstupu investičních služeb na národní trh.<sup>123</sup>

## 8.2. Aplikace kolizní metody

Do okamžiku, kdy se Česká republika stane signatářským státem Římské úmluvy nebo nabude účinnosti jednotná úprava navrhovaná Evropskou komisí, bude nutné na určení rozhodného práva použít kolizních norem. Ty jsou v České republice obsaženy především v zákonu č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „*zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním*“).

<sup>123</sup> Úřední sdělení pro bankovní sektor, s. 28

V oblasti mezinárodního práva soukromého je základní zásadou autonomie vůle smluvních stran a hraničním určovatelem je tak primárně volba práva účastníky smlouvy. Tuto volbu mohou v souladu s § 9 zákona o mezinárodním právu soukromém a procesním učinit i mlčky, není-li vzhledem k okolnostem o projevené vůli pochybnost. I zde je volba omezena nutně použitelnými normami.

Pokud si účastníci smlouvy rozhodné právo nezvolí, řídí se podle § 10 odst. 1 zákona o mezinárodním právu soukromém a procesním jejich vztahy právním řádem, jehož použití odpovídá rozumnému uspořádání daného vztahu. Tato zásada je dále rozvedena v odstavcích 2 a 3. Určení rozhodného práva je zde však vždy třeba posuzovat z hlediska rozumného uspořádání věci, které má před pravidly obsaženými v odstavcích 2 a 3 přednost, neboť použití těchto pravidel je uvozeno slovem „zpravidla“.

Z hlediska poskytování investičních služeb, mají pro úpravu smluvního vztahu mezi obchodníkem s cennými papíry a jeho zákazníkem význam zejména ustanovení § 10 odst. 2 písm. e) a f) zákona o mezinárodním právu soukromém a procesním stanovující hraniční určovatele pro smlouvy příkazní a jim podobné a smlouvy o zprostředkování.

Smlouvy příkazní a jim podobné se řídí právem místa, kde má sídlo (bydliště) ten, kdo provádí příkaz, v době uzavření smlouvy. Takové smlouvy jsou především nejčastěji využívané o přijímání a předávání pokynů, provádění pokynů či obhospodařování majetku zákazníků a s nimi úzce související smlouva o úschově, případně správě investičních nástrojů, a provádění devizových operací. Pokud nedojde k volbě práva, bude na základě kolizních norem rozhodné právo státu sídla obchodníka s cennými papíry.

Smlouva o zprostředkování se řídí právem místa, kde má sídlo (bydliště) osoba, pro kterou zprostředkovatel vykonává činnost, v době uzavření smlouvy. V oblasti poskytování investičních služeb se bude jednat o činnost obchodníka s cennými papíry, který dojednává obchody mezi dvěma nebo více investory (například činnost tzv. name give-up brokerů), kterážto je v souladu s bodem 20 preambule Směrnice posuzována jako investiční služba přijímání a předávání pokynů ve vztahu k investičním nástrojům. Při absenci volby práva bude rozhodným právem právo státu sídla, případně bydliště zákazníka.

V úvahu vzhledem k rozsahu investičních služeb přichází i smlouva o dílo. Tento smluvní typ je uzavírán zejména při přípravě projektů fúze mezi dvěma nebo více společnostmi. Smlouva o dílo se v souladu s § 10 odst. 2 písm. a) zákona o mezinárodním právu soukromém a procesním řídí právem místa, kde je sídlo (bydliště) zhotovitele díla v době uzavření smlouvy, tedy obchodníka s cennými papíry.

Uzavře-li obchodník s cennými papíry se zákazníkem smlouvu, jejíž typ není uveden v § 10 odst. 2 zákona o mezinárodním právu soukromém a procesním (např. smlouvu o poskytování poradenství nebo smlouvu o pronájmu bezpečnostních schránek), řídí se smlouva s ohledem na odstavec 3 právním řádem státu, v kterém obě strany mají sídlo (bydliště). Nemají-li sídlo (bydliště) v témže státě a uzavírá-li se smlouva mezi přítomnými, právním řádem místa, kde byla smlouva uzavřena. Byla-li uzavřena mezi nepřítomnými, právním řádem sídla (bydliště) příjemce návrhu na uzavření smlouvy.

Právní řád určený podle pravidel obsažených v § 9 a § 10 zákona o mezinárodním právu soukromém a procesním platí také o změnách, zajištění a následcích porušení závazků tam uvedených, pokud z úmyslu účastníků nebo z povahy věci nevyplývá něco jiného.

Promlčení závazkových práv se řídí tímž právním řádem jako závazkové právo samo. Započtení se řídí, pokud z požadavku rozumného uspořádání právního poměru nevyplývá něco jiného, tímž právním řádem jako pohledávka proti níž směřuje započtení.

I při aplikaci kolizních norem je třeba brát při aplikaci rozhodného práva v úvahu nutně použitelné normy a výhradu veřejného pořádku, vždy s ohledem na přednost norem komunitárního práva. V tomto směru tedy platí vše, co k této otázce bylo uvedeno výše v podkapitole 8.1.

Činnosti obchodníků s cennými papíry se dotýkají též ustanovení § 11a a § 11b zákona o mezinárodním právu soukromém a procesním. Tato ustanovení, vložená do zákona na základě směrnice o neodvolatelnosti zúčtování v platebních systémech a



v systémech pro vypořádání obchodů s cennými papíry,<sup>124</sup> určují rozhodné právo, jímž se řídí práva a povinnosti z účasti v platebním systému uvedeném v seznamu České národní banky nebo účasti ve vypořádacím systému uvedeném v seznamu Komise. Uvedená ustanovení mají za cíl vytvořit jistotu účastníkům platebních systémů a systémů pro vypořádání obchodů s cennými papíry pro případ, kdy by se jeden z nich dostal do insolvenčních potíží tak, aby nebyla ohrožena práva a povinnosti ostatních, a přinést jistotu účastníkům těchto systémů v určení, řádem jakého státu se budou řídit jejich práva v souvislosti s jejich účastí v těchto systémech.

Práva a povinnosti osoby, které vznikly z její účasti v platebním systému, uvedeném v seznamu České národní banky, na jejíž majetek byl prohlášen konkurs nebo u níž došlo k zastavení nebo omezení plateb v důsledku jiného opatření, se řídí tímž právním řádem, kterým se řídí smlouva o platebním systému.

Jsou-li určeny investiční nástroje, včetně práv s nimi spojených, k zajištění práv

- a) účastníka platebního systému uvedeného v seznamu České národní banky, jestliže tato práva vznikla z jeho účasti v tomto systému,
- b) účastníka vypořádacího systému uvedeného v seznamu Komise, jestliže tato práva vznikla z jeho účasti v tomto systému,
- c) České národní banky, ode dne vstupu smlouvy o přistoupení České republiky k Evropské unii v platnost, centrální banky některého z členských států Evropské unie nebo dalších států tvořících Evropský hospodářský prostor nebo Evropské centrální banky,

a práva těchto osob nebo osob jednajících na jejich účet jsou zaznamenána na účtu, v rejstříku nebo v jiné obdobné evidenci v České republice a ode dne vstupu smlouvy o přistoupení České republiky k Evropské unii v platnost v takové evidenci v některém z členských států Evropské unie nebo dalších států tvořících Evropský hospodářský prostor, řídí se práva ze zajištění právním řádem státu, kde je veden účet, rejstřík nebo jiná obdobná evidence, v nichž je zajištění zaznamenáno.

---

<sup>124</sup> Směrnice 1998/26/ES

Práva a povinnosti osoby, které vznikly z její účasti ve vypořádacím systému, uvedeném v seznamu Komise, na jejíž majetek byl prohlášen konkurs nebo jíž bylo uloženo jiné opatření veřejného orgánu směřující vůči majetku této osoby, kterým se ukládá povinnost zastavit či omezit převody investičních nástrojů nebo peněžních prostředků této osoby nebo jiná povinnost týkající se těchto investičních nástrojů nebo peněžních prostředků, se řídí tímž právním řádem, kterým se řídí vztahy mezi účastníky vypořádacího systému.

Volba jiného práva je ve všech těchto případech vyloučena. Obchodník s cennými papíry zde vstupuje do právních vztahů pouze s profesionály a není třeba brát v úvahu ustanovení upravující ochranu spotřebitele.

S existencí jednotné licence je spojena otázka, zda obchodník s cennými papíry v případě, že poskytuje investiční služby v jiném členském státě bez projití oznamovacím procesem, poskytuje tyto služby na základě platné smlouvy. Podle mého názoru neexistuje jediný důvod, proč považovat takovou smlouvu uzavřenou mezi obchodníkem s cennými papíry a zákazníkem za neplatnou. V českém právu se k tomuto problému vztahuje § 3a obchodního zákoníku, podle kterého povaha nebo platnost právního úkonu není dotčena tím, že určité osobě je zakázáno podnikat nebo že nemá oprávnění k podnikání, pod což lze vztáhnout i poskytování investičních služeb bez povolení nebo absolvování oznamovacího procesu. Obdobně Evropská komise je názoru, že oznamovací proces v druhé bankovní směrnici sleduje jednoduchý cíl výměny informací mezi dozorovými úřady a nikoli ochranu spotřebitele. Neměla by tedy být procesní podmínkou platnosti uzavřené smlouvy.<sup>125</sup>

<sup>125</sup> Úřední sdělení pro bankovní sektor, s. 8

## 9. Uzavírání smluv na dálku a elektronická komunikace

S rozvojem moderních technologií je čím dál více smluv mezi obchodníky s cennými papíry a jejich zákazníky uzavřeno prostřednictvím komunikace na dálku, především internetu. Pro následné zadávání pokynů jsou prostředky komunikace na dálku, zejména internet a telefon, již dominantním komunikačním kanálem. Některé z forem dálkové komunikace bude použito tím spíše, pokud jsou poskytovatel služby a její příjemce z jiného členského státu. Takový způsob uzavření smlouvy znamená pro spotřebitele vyšší riziko vstupu do smluvního vztahu, o kterém nemá dostatek informací, a proto je s ním spojeno pro obchodníka s cennými papíry několik zvláštních povinností, které jsou zejména informačního charakteru. Vedle povinností plynoucích pro poskytovatele služby, obchodníka s cennými papíry, z důvodu komunikace se zákazníkem na dálku, je obchodník s cennými papíry nucen dodržovat i povinnosti vyplývající z elektronického způsobu komunikace se zákazníkem.

### 9.1. Uzavírání smluv na dálku

Úprava uzavírání smluv o cenných papírech na dálku je od 1. května 2004 obsažena v § 44b až § 44i zákona o cenných papírech a je transpozicí směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/65 ze dne 23. září 2002 o dálkovém odběru finančních služeb spotřebitelem. Podle těchto ustanovení jsou-li pro uzavření smlouvy podle zákona o cenných papírech použity prostředky komunikace na dálku, které umožňují uzavřít smlouvu bez současné přítomnosti dodavatele a spotřebitele, je dodavatel povinen splnit povinnosti podle § 44c až § 44i zákona o cenných papírech. Dodavatelem je přitom obdobně jako v obecných ustanoveních o spotřebitelských smlouvách v občanském zákoníku míněna osoba, která při uzavírání a plnění smlouvy uzavřené na dálku jedná v rámci své obchodní nebo jiné podnikatelské činnosti jako poskytovatel služeb. Spotřebitelem je fyzická osoba, která při uzavírání a plnění smlouvy uzavřené na dálku nejedná v rámci své obchodní nebo jiné podnikatelské činnosti. Na rozdíl od úpravy v občanském zákoníku se může jednat pouze o fyzické osoby. Nutno však doplnit, že i právnická osoba, která při uzavírání smlouvy jedná mimo rámec své obchodní nebo jiné podnikatelské činnosti požívá spotřebitelské ochrany podle občanského zákoníku. Úpravu

o používání prostředků komunikace na dálku v § 53 odst. 2 až 8 občanského zákoníku není možné použít, neboť to § 54 u smluv o finančních službách vylučuje.

Prostředky komunikace na dálku umožňující individuální sdělení mohou být použity za účelem uzavření smlouvy na dálku jen tehdy, jestliže spotřebitel jejich použití neodmítl. Automatický telefonní systém fungující bez lidské obsluhy, faxový přístroj a elektronická pošta mohou být použity jako prostředky komunikace na dálku za účelem uzavření smlouvy na dálku dokonce jen s předchozím souhlasem spotřebitele. Ostatní způsoby komunikace na dálku je tedy třeba spotřebitelem odmítnout. Tato ustanovení mají zabránit využívání nevyžádaného oslovení při komunikaci se zákazníkem a bránit tak vzniku nákladů na jeho straně, například času stráveného mazáním nevyžádané elektronické korespondence.

Před uzavřením smlouvy na dálku je kladen velký důraz na informovanost spotřebitele. Spotřebiteli musí být s dostatečným předstihem před uzavřením smlouvy k dispozici informace požadované k uzavření smlouvy a některé další informace. Těmi jsou alespoň identifikace dodavatele, případně jeho zástupce nebo zprostředkovatele služby, dozorového úřadu dodavatele, informace o názvu a znacích služby, celkové ceně služeb včetně všech poplatků, případně způsobu výpočtu konečné ceny, rizicích spojených s cennými papíry, kterých se smlouva týká, existenci daní nebo jiných poplatků, které nejsou hrazeny dodavatelem nebo jím nejsou vybírány, době, po kterou zůstávají informace v platnosti, způsobu platby za poskytnutí služby, dodatečných nákladech na použití prostředků komunikace na dálku, právu na odstoupení od smlouvy, možnostech předčasného nebo jednostranného ukončení smlouvy, včetně případných smluvních pokut nebo odstupného, minimální době trvání smlouvy, právu platném pro smlouvu tam, kde strany nemají volný výběr práva platného pro smlouvu, nebo právo, které navrhuje dodavatel v případech, kdy strany mají možnost výběru práva, jazyku, ve kterém bude dodavatel komunikovat během trvání smlouvy se spotřebitelem a způsobu vyřizování stížností spotřebitelů, včetně možnosti obrátit se se stížností na Komisi nebo možnosti jiného mimosoudního vyřízení stížnosti.

Všechny tyto informace musí být poskytnuty určitým a srozumitelným způsobem vhodným pro použité prostředky dálkové komunikace s přihlédnutím k zásadám dobré víry a ochrany spotřebitele a musí být dány spotřebiteli k dispozici v tištěné podobě nebo

na trvalém nosiči informací<sup>126</sup> v dostatečné době před tím, než je spotřebitel smlouvou vázán. Pokud je smlouva uzavřena na žádost spotřebitele s použitím prostředků komunikace na dálku, které takové poskytnutí smluvních podmínek a informací neumožňují (např. telefonicky), je dodavatel povinen předat tyto informace v tištěné podobě nebo na trvalém nosiči informací okamžitě po uzavření smlouvy. Spotřebitel má právo obdržet kdykoliv během trvání smlouvy uzavřené na dálku smluvní podmínky v tištěné podobě a změnit způsob dálkové komunikace. V případě hlasové telefonní komunikace se musí dodavatel, jeho zástupce nebo zprostředkovatel na začátku hovoru spotřebiteli identifikovat a sdělit mu účel hovoru. Pokud se dodavatel se spotřebitelem již znají a mají spolu na dálku uzavřenou smlouvu, od jejíhož uzavření neuplynul více než 1 rok, omezuje se povinnost dodavatele pro uzavření další navazující smlouvy stejné povahy pouze na předání informace v tištěné podobě nebo na trvalém nosiči informací.

Za zmínku stojí, že podle § 53 odst. 5 občanského zákoníku je v případě, že spotřebitel podá objednávku prostřednictvím některého prostředku komunikace na dálku, dodavatel povinen prostřednictvím prostředku komunikace na dálku neprodleně potvrdit její obdržení. To však neplatí při uzavírání smlouvy výlučně výměnou elektronické pošty nebo obdobnou individuální komunikací. Objedávka a potvrzení jejího obdržení jsou považovány za doručené, pokud se s nimi strany, jimž byly určeny, mohou seznámit.

Jedná-li se o smlouvu o úschově cenných papírů, o správě cenných papírů nebo o uložení cenných papírů, má spotřebitel právo od smlouvy odstoupit do 14 dnů ode dne uzavření smlouvy nebo dne předání smluvních podmínek a informací v tištěné podobě nebo na trvalém nosiči informací. V této lhůtě může dodavatel začít plnit smlouvu až poté, co s tím spotřebitel vysloví souhlas.

Odstoupí-li spotřebitel od smlouvy, dodavatel může požadovat neprodlené zaplacení za do té doby skutečně poskytnutou službu. Požadovaná částka musí být přiměřená rozsahu již poskytnuté služby.

Po odstoupení spotřebitele od smlouvy je mu dodavatel povinen bez zbytečného odkladu, nejpozději do 30 dnů, vrátit všechny od něj přijaté cenné papíry a peněžní

---

<sup>126</sup> Nástroj, který umožňuje uchování informací tak, aby mohly být využívány během doby přiměřené účelu informace, a který umožňuje reprodukci těchto informací v nezměněné podobě. Takovými nástroji jsou typicky disketa, kompaktní disk, mini disk apod.

prostředky. Není však povinen vracet peněžní prostředky zaplacené za již skutečně poskytnutou službu.

Ochrana spotřebitele je realizována i v tom směru, že pokud dodavatel poskytne službu bez objednávky, nemá spotřebitel povinnost za tuto službu zaplatit a neplynou mu z této skutečnosti ani jiné povinnosti.

Ustanovení § 44h o obdobné aplikaci ustanovení § 55 a 56 občanského zákoníku je do jisté míry nadbytečné, protože ustanovení občanského zákoníku jako obecná ustanovení k speciální úpravě v zákoně o cenných papírech jsou samozřejmě aplikovatelná i na smlouvy o cenných papírech uzavřené na dálku. Stejně tak § 262 odst. 4 obchodního zákoníku použitelný na úplatné smlouvy týkající se cenných papírů na základě § 261 odst. 3 písm. c) obchodního zákoníku stanoví, že ustanovení občanského zákoníku nebo zvláštních právních předpisů o spotřebitelských smlouvách, adhezních smlouvách, zneužívajících klauzulích a jiná ustanovení směřující k ochraně spotřebitele je třeba použít vždy, je-li to ve prospěch smluvní strany, která není podnikatelem. Smluvní ujednání u smluv uzavřených na dálku se proto nemohou odchýlit od zákona v neprospěch spotřebitele, přičemž v pochybnostech o významu spotřebitelských smluv platí výklad pro spotřebitele příznivější. Smlouvy nesmějí obsahovat ujednání, která v rozporu s požadavkem dobré víry znamenají k újmě spotřebitele značnou nerovnováhu v právech a povinnostech stran.

Ustanovení § 44i, podle kterého spotřebitel nesmí být zbaven ochrany při uzavírání smluv o cenných papírech na dálku bez ohledu na právo, kterým se smluví vztah řídí, má-li spotřebitel bydliště na území České republiky nebo jiného členského státu, je třeba považovat za ustanovení nutně použitelné.

## 9.2. Elektronická komunikace

Na poskytování investičních služeb prostřednictvím elektronické komunikace má vliv i směrnice Evropských společenství o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu (směrnice o elektronickém obchodu).<sup>127</sup> Ta byla do českého právního řádu transponována zákonem č. 480/2004 Sb.,

<sup>127</sup> Směrnice 2000/31/ES

o některých službách informační společnosti a o změně některých zákonů (dále jen „zákon o některých službách informační společnosti“) s účinností od 7. září 2004. Cílem směrnice o elektronickém obchodu je odstranit potenciální omezení elektronického obchodu a vybudovat spotřebitelskou důvěru v něj.

Směrnice o elektronickém obchodu zavádí princip země původu.<sup>128</sup> Ten představuje zásadu vzájemného uznávání, přičemž jednotlivým státům se zakazuje používat vnitrostátní předpisy pro posuzování zahraničního zboží a služeb anebo tyto předpisy vydávat, jestliže v zemi původu výrobku či služby existuje dostatečná ochrana v zásadě srovnatelná s požadavkem daného státu.<sup>129</sup> Jednotlivé členské státy proto musí zavést povinnosti pro poskytovatele přeshraničních služeb a vynucovat jejich plnění, taková oprávnění však nemají k poskytovatelům služeb z jiných členských států. Cílem této úpravy je, aby příjemce obchodního sdělení uskutečněného subjektem usazeným v České republice měl stejnou regulatorní ochranu bez ohledu na to, zda je usazen v České republice nebo v kterémkoli jiném členském státě. Ochrana, která byla do přijetí směrnice o elektronickém obchodu poskytována pouze subjektům z České republiky, je tak nyní rozšířena na subjekty i z ostatních členských států.

Vedle principu země původu obsahuje směrnice o elektronickém obchodu úpravu zásady volného přístupu na trh, komerční komunikace, elektronického uzavírání smluv a odpovědnosti poskytovatelů služeb.

Na základě zásady volného přístupu na trh nepodléhá zahájení činnosti poskytovatele služby informační společnosti udělení povolení.

Podle požadavku směrnice o elektronickém obchodu musí být komerční komunikace jasně identifikovatelná, včetně identifikace osoby na jejíž účet je uskutečněna. Reklamní nabídky, jakou jsou slevy, prémie a dárky musí být jasně identifikovatelné, a podmínky pro jejich získání musí být snadno přístupné a podány jasným a jednoznačným způsobem. S ohledem na tyto požadavky je podle zákona o některých službách informační společnosti obchodník s cennými papíry oprávněn zaslat obchodní sdělení prostřednictvím elektronické komunikace pouze s předchozím souhlasem adresáta. Pokud má obchodník

<sup>128</sup> Více k této problematice *Hrádek J.*: Princip země původu ve směrnici o e-commerce, *Právník* č. 5/2005

<sup>129</sup> *Drasch W.*: Herkunftslandprinzip im Internationalen Privatrecht, Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf Vertrags- und Wettbewerbsstatus, *Nomos*, Baden-Baden 1997, s. 205 a násl.

s cennými papíry od svého zákazníka podrobnosti jeho elektronického kontaktu pro elektronickou poštu, může je využít pro šíření obchodních sdělení pouze za předpokladu, že zákazník dal předem prokazatelný souhlas k takovému využití svého elektronického kontaktu a má jasnou a zřetelnou možnost jednoduchým způsobem, zdarma nebo na účet obchodníka, odmítnout souhlas s takovýmto využitím svého elektronického kontaktu i při zasílání každé jednotlivé zprávy. Obchodní sdělení musí být zřetelně a jasně označené jako obchodní sdělení, nesmí skrývat nebo utajovat totožnost obchodníka s cennými papíry a nesmí být zasláno bez platné adresy, na kterou by mohl adresát přímo a účinně zaslat informaci o tom, že si nepřeje, aby mu byly obchodní informace nadále zasílány. Pokud by byl obchodník s cennými papíry členem obchodního, profesního nebo spotřebitelského sdružení, musí obchodní sdělení navíc být v souladu s příslušnými pravidly sdružení, která upravují zejména nezávislost, důstojnost, čest povolání a poctivý přístup k zákazníkům.

Členské státy mají povinnost umožnit elektronické uzavírání smluv tak, aby požadavky na smluvní proces nevytvářely překážky pro užívání elektronických smluv ani jejich výsledek nebyl zbaven právního účinku a platnosti proto, že byly uskutečněny elektronickými prostředky. Tato povinnost se ovšem netýká všech typů smluv. Z hlediska obchodníků s cennými papíry je významné, že členské státy mohou z tohoto režimu vyloučit smlouvy o poskytnutí záruky a smlouvy o zástavě cenných papírů zasláné osobami, které jednájí pro tento účel mimo rámec obchodní nebo podnikatelské činnosti.

Odpovědnost poskytovatelů služeb za obsah přenášených informací a za obsah dočasně meziukládaných informací je silně omezena. Tato část se ovšem vzhledem k předmětu jejich činnosti nedotýká obchodníků s cennými papíry.

V České republice jsou pro kontrolu dodržování zákona o některých službách informační společnosti věcně příslušní Úřad pro ochranu osobních údajů (pro kontrolu označení zprávy jako obchodního sdělení a transparentnosti odesilatele v obchodním sdělení) a příslušná profesní samosprávná komora (pro kontrolu uvedení názvu profesní samosprávné komory a odkazu na profesní pravidla v obchodním sdělení). V případě, kdy Komise při své dozorové činnosti zjistí porušení povinností uvedených v zákonu o některých službách informační společnosti, informuje o tomto svém zjištění příslušný orgán.



## 10. Vybrané otázky jednotné licence

### 10.1. Přejchod obchodníků od dvou licencí do režimu jednotné

Před 1. květnem 2004, tedy před vstupem České republiky do Evropské unie, působilo na území České republiky několik zahraničních bankovních obchodníků s cennými papíry prostřednictvím pobočky. Ke zřízení pobočky nebo k poskytování hlavní investiční služby nebo vedlejší investiční služby úschova a správa jednoho nebo několika investičních instrumentů bylo potřeba povolení Komise. Vedle povolení uděleného jim jejich dozorovým úřadem ve státě sídla, působili obchodníci s cennými papíry na území České republiky na základě druhého povolení získaného od Komise. Povolení udělené Komisí mohlo mít přirozeně jiný rozsah než povolení, které obchodník s cennými papíry obdržel od dozorového úřadu ve svém domovském státě.

Po vstupu České republiky do Evropské unie vznikla otázka, jak tyto obchodníky s cennými papíry posuzovat a v jakém rozsahu uznávat jejich povolení k poskytování investičních služeb. Komise se k této záležitosti oficiálně nevyjádřila, Česká národní banka ve svém stanovisku Jednotná bankovní licence v bankovním sektoru uvedla v části II., bodu 4, že *„k přechodu poboček zahraničních bank do režimu jednotné licence dochází k 1. 5. 2004 bez nutnosti jakýchkoli úkonů ze strany zahraničních bank. Přejchod do režimu jednotné licence se týká poboček zahraničních bank, které prošly v minulosti licenčním řízením České národní banky. Jejich činnost v souladu se zákonem o bankách až do 1. 5. 2004 podléhá regulaci a výkonu bankovního dohledu, který je prováděn Českou národní bankou. S většinou domovských regulátorů těchto zahraničních bank Česká národní banka uzavřela nebo připravuje dohodu o spolupráci při výkonu bankovního dohledu (tzv. Memorandum of Understanding). Přejchodem poboček do režimu jednotné licence nejsou ostatní zákonná ustanovení týkající se jednotné licence dotčena.“*

V zákoně o podnikání na kapitálovém trhu tuto situaci upravuje ustanovení § 200 odst. 3, podle kterého *„povolení ke zřízení pobočky zahraničního obchodníka s cennými papíry podle dosavadního zákona je povolením k poskytování investičních služeb prostřednictvím organizační složky podle tohoto zákona“*. Povolení k poskytování investičních služeb prostřednictvím organizační složky se vztahuje s ohledem na nadpis

Hlavy IV části druhé zákona o podnikání na kapitálovém trhu na organizační složky zahraniční osoby, která má sídlo ve státě, který není členským státem Evropské unie a poskytuje investiční služby v České republice. Ustanovení § 200 odst. 3 zákona o podnikání na kapitálovém trhu se tedy nesporně týká jen těch zahraničních obchodníků s cennými papíry, kteří nemají své sídlo v některém členském státě a zákon o podnikání na kapitálovém trhu nepočítá s tím, že by si pobočky obchodníků s cennými papíry z členských států zachovaly povolení udělené jim Komisí. Stejně tak komunitární právo v ISD ani ve Směrnici nepředpokládá poskytování investičních služeb na základě více než jednoho povolení uděleného domovským státem. Cílem komunitárního práva je tedy nepochybně výkon činnosti obchodníků s cennými papíry na území jiného členského státu na základě jednotné licence a bylo by v rozporu s článkem 10 odst. 2 Smlouvy ukládajícím členským státům povinnost zdržet se jakýchkoli opatření, jež by mohla ohrozit uskutečňování cílů Smlouvy, počítat v právních řádech s více než jedním povolením. Obchodníci s cennými papíry se sídlem na území jiného členského státu proto mohou od 1. května 2004 podnikat na území České republiky prostřednictvím organizační složky pouze na základě jednotné licence.<sup>130</sup> Potud by bylo možné souhlasit s názorem České národní banky. Záležitost je však třeba vidět i z pohledu jiných států.

Podnikání na území České republiky do 1. května 2004 podléhalo souhlasu České republiky jako hostitelského státu, výkon činnosti obchodníka s cennými papíry na území hostitelského státu prostřednictvím organizační složky na základě jednotné licence však podléhá oznamovací povinnosti dozorovému úřadu domovského stát. Ten má možnost v případě, kdy nepovažuje umístění organizační složky obchodníka s cennými papíry v hostitelském státě za vhodné z důvodu organizační struktury nebo finanční situace ve vztahu k obchodnímu plánu<sup>131</sup> odmítnout sdělení o záměru obchodníka s cennými papíry dozorovému úřadu hostitelského státu. Taková možnost by mu byla pouhým přechodem z režimu pobočky zahraničního obchodníka s cennými papíry do režimu jednotné licence odepřena. Aby mohl obchodník s cennými papíry působit na území České republiky prostřednictvím organizační složky na základě jednotné licence, je tedy nutné, aby oznámil tento svůj záměr dozorovému úřadu svého domovského státu. Nelze proto

<sup>130</sup> Ke stejnému závěru dochází i německá literatura, viz *Schwintowski Hans-Peter, Schäfer Frank A.: Bankrecht*, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2004, s. 8: „Banky musí obdržet povolení jen v jednom členském státě“.

<sup>131</sup> Stejná úprava je obsažena v čl. 20 odst. 3 bankovní směrnice pro kreditní instituce i čl. 17 odst. 3 ISD, resp. čl. 32 odst. 3 Směrnice pro obchodníky s cennými papíry.

souhlasit s názorem České národní banky, že „k přechodu poboček zahraničních bank do režimu jednotné licence dochází k 1. 5. 2004 bez nutnosti jakýchkoli úkonů ze strany zahraničních bank“.

Rozsah činností, které je obchodník s cennými papíry oprávněn vykonávat se řídí širší povolení získaného obchodníkem s cennými papíry v domovském státě.

## 10.2. Potřeba využívání makléřů

Při poskytování služeb na území České republiky na základě jednotné licence vzniká otázka, zda je i zahraniční obchodník s cennými papíry povinen poskytovat odborné obchodní činnosti prostřednictvím osob, které získali makléřskou licenci s příslušnou specializací.

Komise se k této problematice vyjádřila v odpovědi na dotaz zahraničního obchodníka s cennými papíry: „V souladu s ustanovením § 15 zákona o podnikání na kapitálovém trhu je obchodník s cennými papíry povinen dodržovat pravidla jednání se zákazníky. Mezi pravidla jednání se zákazníky se řadí zejména povinnost poskytovat investiční služby s odbornou péčí spočívající především v kvalifikovaném, čestném a spravedlivém jednání v nejlepším zájmu zákazníků a řádného fungování trhu (§ 15 odst. 1 písm. a) zákona o podnikání na kapitálovém trhu). Předpokladem pro to, aby obchodník s cennými papíry mohl investiční služby s odbornou péčí poskytovat, je mimo jiné využívání důvěryhodných a odborně způsobilých zaměstnanců, kteří jsou vhodní pro vykonávanou činnost. Tento předpoklad je stanoven coby obecná povinnost ve vyhlášce č. 258/2004 Sb., konkrétně v ustanovení § 14 odst. 1 písm. a), které uvádí podrobnosti pravidel jednání obchodníka s cennými papíry se zákazníky, tj. aplikuje se i na zahraniční osoby. Zaměstnanci zahraničních osob však nejsou povinni být držiteli české makléřské licence.“

Toto stanovisko bylo vedeno zejména úvahou, že je nereálné chtít, aby všichni obchodníci s cennými papíry podnikající v České republice na základě jednotné licence měli makléře s českou licenci, když naprostá většina z nich zde podniká na základě volného pohybu služeb a zákon o podnikání na kapitálovém trhu z hlediska konstrukce

požadavků nerozlišuje mezi podnikáním na základě volného pohybu služeb a svobody usazování.

Takový přístup však dle mého názoru zvýhodňuje zahraniční obchodníky s cennými papíry, čímž nerespektuje konkurenci na trhu v České republice, a zároveň oslabuje ochranu zákazníka a jeho jistotu, že mu budou poskytovány investiční služby prostřednictvím dostatečně kvalifikovaných osob.

S ohledem na článek 11 ISD má obchodník s cennými papíry *„povinnost jednat čestně a spravedlivě při provozování obchodní činnosti v nejlepším zájmu zákazníků, s patřičnou dovedností, péčí a pilí v co nejlepším zájmu zákazníků a zároveň má efektivně využívat prostředky a postupy, které jsou nezbytné k řádnému provozování obchodní činnosti a všem kontrolním požadavkům týkajícím se provozování obchodní činnosti tak, aby hájila co nejlepší zájmy klientů.“* Lze tedy konstatovat, že i z hlediska komunitárního práva využívání důvěryhodných a odborně způsobilých zaměstnanců, resp. makléřů k výkonu odborných obchodních činností patří mezi pravidla jednání se zákazníkem, jak jsou vymezena v článku 11 ISD a § 15 zákona o podnikání na kapitálovém trhu. Tato pravidla se na základě ustanovení § 24 odst. 7 písm. b), resp. § 25 odst. 3 písm. c) zákona o podnikání na kapitálovém trhu vztahují i na zahraniční osoby se sídlem v jiném členském státě, které poskytují na území České republiky investiční služby na základě jednotné licence, a to jak prostřednictvím organizační složky, tak i bez umístění organizační složky.

Pro zajištění řádného výkonu odborných obchodních činností český právní řád vyžaduje, aby byly poskytovány prostřednictvím makléřů. Tento požadavek se vztahuje jak na české, tak zahraniční obchodníky s cennými papíry a prezentovaný názor Komise tak není dle mého názoru v souladu s českým právním řádem.

Požadavek vykonávat odborné obchodní činnosti pouze prostřednictvím makléře, jímž se může fyzická osoba stát až po složení odborné zkoušky není za určitých podmínek na základě judikatury Evropského soudního dvora v rozporu s komunitárním právem. Požadavek povolení a jiné požadavky na poskytování služeb slouží k udržení kvality

v daném sektoru tak, aby relevantní zájmy byly ochráněny.<sup>132</sup> Nesmí se však vyžadovat víc, než co je nutné k dosažení tohoto cíle. Proto také (vnitrostátní) právní úprava, která předepisuje obecně požadavek povolení, aniž by umožňovala z takového předpisu výjimky, je v rozporu se svobodou služeb. Takový předpis je nepřiměřený, protože nebere v úvahu povinnosti, které má poskytovatel služby v členském státě původu (C-355 Komise v. Belgie).<sup>133</sup> Česká právní úprava, která umožňuje prominutí složení odborné zkoušky za předpokladu složení obdobné zkoušky v zahraničí a prokázání znalosti právních předpisů upravujících kapitálový trh v České republice, přihlíží k úpravě ve státě původu a měla by proto být v souladu s komunitárním právem.

Obchodník s cennými papíry s povolením získaným v České republice podnikající na území jiného členského státu podle stejné logiky nemusí využívat ke své činnosti makléřů, pokud jich zahraniční právní řád nevyžaduje. Měl by se však informovat, jaké jsou požadavky na pravidla jednání ve vztahu k zákazníkům v tomto členském státě.

### 10.3. Rozsah vzájemně uznávaných činností

V praxi může nastat situace, kdy je obchodník s cennými papíry oprávněn podle právního řádu svého domovského státu poskytovat i jiné služby než ty spadající do rozsahu vzájemně uznávaných činností uvedených v příloze I části A a B Směrnice, resp. v části A a C přílohy ISD, případně tyto služby vykonávat ve vztahu k investičním nástrojům neuvedeným v příloze I části C Směrnice, resp. v části B přílohy ISD. Vzniká pak otázka, zda a případně za jakých podmínek může tyto služby vykonávat též na území jiného členského státu.

Služby uvedené v příloze Směrnice, resp. ISD, lze rozdělit na dvě skupiny. Vedle hlavních služeb, které jsou poskytovány třetí osobě ve vztahu k některému z investičních nástrojů, jsou v příloze uvedeny i služby doplňkové. Tyto služby ovšem požívají výhod jednotné licence jen za předpokladu, že jejich povolení zahrnuje alespoň jednu službu hlavní. Jednotlivé body přílohy Směrnice, resp. ISD, tedy současně stanovují limity

<sup>132</sup> Srov. rozsudky Evropského soudního dvora ze dne 26. února 1991 ve třech věcech týkajících se turistických průvodců: C-154/89 Evropská komise vs. Francie, C-180/89 Evropská komise vs. Itálie a C-198/89 Evropská komise vs. Řecko

<sup>133</sup> *Tichý/Arnold/Svoboda/Zemánek/Král*: Evropské právo. 2. vydání. C. H. Beck, Praha, 2004, s. 498

volnému pohybu těchto služeb napříč vnitřním trhem. Na služby nezahrnuté v příloze se zjednodušení nevztahuje.<sup>134</sup>

Služby a investiční nástroje uvedené v příloze I Směrnice, resp. příloze ISD, ale dle mého názoru představují pouze minimum, které je hostitelský stát povinen akceptovat a umožnit obchodníkovi s cennými papíry z jiného členského státu po absolvování oznamovacího procesu jejich výkon na svém území. Členskými státům však nic nebrání, aby na základě vzájemné dohody rozsah těchto vzájemně uznávaných služeb a nástrojů rozšířily.

V praxi k takové situaci došlo, když se Komise dohodla s FSA na rozšíření seznamu uznávaných derivátů oproti výčtu uvedenému v části B přílohy ISD. Směrnice pracuje oproti ISD s podstatně širší množinou derivátů. Vedle komoditních derivátů se jedná například o deriváty na klimatické změny, emisní povolenky nebo oficiální ekonomické statistiky. Do uplynutí transposiční lhůty Směrnice je ale rozsah vzájemně uznávaných služeb a nástrojů stanoven v ISD a rozšíření na úroveň Směrnice je možné jen na základě dohody příslušných členských států, a to i za situace, kdy by národní právní řády dotčených členských států tyto činnosti mimo výčet uvedený v příloze ISD znaly. Zákon o podnikání na kapitálovém trhu i britský zákon o finančních službách a trzích z roku 2000<sup>135</sup> používají širší definici derivátů a podle názoru obou regulátorů není důvod, proč by i obchodníci s cennými papíry z druhého státu nemohli na jejich území ve vztahu k těmto derivátům poskytovat investiční služby. Taková dohoda ovšem platí pouze pro české a britské obchodníky s cennými papíry při poskytování investičních služeb na území druhého státu.

Je pravděpodobné, že mezi některými členskými státy dojde ještě před uplynutím transposiční doby Směrnice k dohodě o rozšíření vzájemně uznávaných služeb o investiční poradenství nebo provozování vícestranných obchodních systémů. Po uplynutí transposiční doby Směrnice bude možné dohodou mezi členskými státy rozšířit i seznam vzájemně uznávaných činností uvedených ve Směrnici.

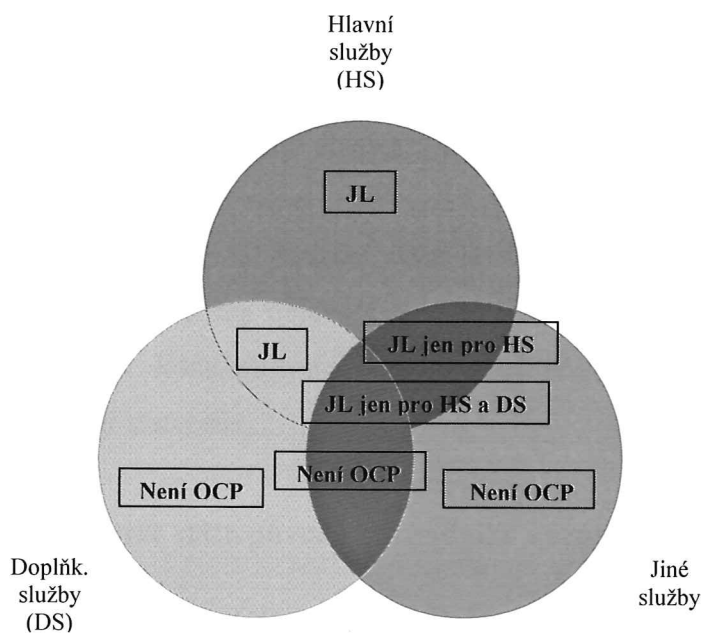
<sup>134</sup> *Dědič J., Čech P.*: Obchodní právo po vstupu ČR do EU aneb Co všechno se po 1. květnu 2004 v obchodním právu změnilo?. 2. vydání, RNDr. Ivana Hexnerová – BOVA POLYGON, Praha, květen 2005, s. 268

<sup>135</sup> Financial Services and Markets Act 2000

Pokud by povolení zahraničního obchodníka s cennými papíry zahrnovalo i činnost, která není uvedena v příloze Směrnice, resp. ISD, vztahuje se na možnost výkonu této činnosti na území České republiky obecná ustanovení Smlouvy o volném pohybu služeb a svobodě usazování.

Možnost využití výhod jednotné licence obchodníků s cennými papíry pro obchodníka, jehož povolení je širší než rozsah hlavních a doplňkových investičních činností uvedených v příloze Směrnice, resp. ISD, zobrazuje následující diagram.

Diagram č. 1 - Možnosti využití jednotné licence (JL) obchodníkem s cennými papíry s povolením zahrnujícím i jiné než investiční služby



Pokud by byl rozsah činností, které je obchodník s cennými papíry oprávněn vykonávat podle národního právního řádu naopak užší než rozsah uvedený ve Směrnici, problém nevzniká. Obchodník s cennými papíry přirozeně nemůže na území jiného členského státu vykonávat činnost, ke které nemá ve svém domovském státě povolení. Hostitelský stát je nicméně povinen uznat povolení zahraničních obchodníků s cennými papíry k vzájemně uznávaným činnostem získané v jiném členském státě a umožnit jim

výkon těchto činností na svém území, i když jeho právní řád tyto činnosti nezná. K takové situaci dojde při chybné nebo neúplné transpozici směrnice. Stát tak znevýhodňuje své vlastní podnikatelské subjekty oproti jejich zahraničním konkurentům, kteří se mohou prezentovat širší nabídkou služeb. Takové situace by mohla zanedlouho nastat v České republice, pokud nebude Směrnice transponována včas.

#### **10.4. Aktuální problémy při dozoru nad zahraničními subjekty**

Na základě více než ročních zkušeností Komise a poznatků zahraničních regulátorů je s jednotnou licencí spojeno několik problémů.

##### **10.4.1. Jazykové znalosti vedoucích poboček (osob jednajících za/jménem zahraničního subjektu)**

V rámci dozorové činnosti dochází někde častěji, jinde ojediněle k potřebě komunikace mezi dozorovým úřadem a vedoucím poboček. Dozorové úřady jsou schopny komunikovat v úředním jazyce daného státu a v angličtině. Na straně obchodníků s cennými papíry se však občas objevuje jazyková bariéry, kdy odpovědná osoba není schopna s regulátorem komunikovat. Řešením tohoto problému bývá komunikace prostřednictvím právní kanceláře.

##### **10.4.2. Podklady v jazyce státu původu obchodníka s cennými papíry**

Jedná se o podobný problém jako v bodu 10.4.1. Obchodník s cennými papíry zasílá dozorovému úřadu hostitelského státu podklady předkládané v rámci pravidelných zpráv o činnosti na jeho území, případně na výzvu dozorového úřadu, v jazyce státu původu obchodníka. Vždy je třeba, aby je zasílal v úředním jazyce daného státu. Většině členských států stačí též anglické znění.

##### **10.4.3. Vliv mateřského podniku**

Organizační složky obchodníků s cennými papíry praktikují v některých případech při své činnosti stejná pravidla jako ve svém domovském státě bez ohledu na odlišná



pravidla ve státě, v němž jsou usazeny. Situace je ještě někdy obtížnější v tom směru, že přes snahu vedoucích poboček o vytvoření souladu s požadavky hostitelského státu je tato snaha blokována ze strany vedení společnosti.

#### **10.4.4. Minimální požadavky na úvěrové obchody**

Obchodování na úvěr je velmi rizikovou operací vhodnou pouze pro zkušené investory. Při obchodování na úvěr je využíván tzv. pákový efekt, kdy kolísavost hodnoty investovaného majetku (používaného jako krytí investice) je několikanásobně vyšší než kolísavost investičního nástroje, do kterého byl majetek investován. Maximální výše této páky a tedy i minimální výše úvěrového krytí by měla být stanovena podle zkušeností investora a jeho averze k riziku. Různé státy však mají pravidla pro velikost páky a úvěrového krytí stanovena odlišně a při aplikování pravidel domovského státu v hostitelském státě mohou být investoři z hostitelského státu vystaveni nadměrnému riziku.

#### **10.4.5. Outsourcing některých činností v cizině**

Při delegování činností na jinou osobu (outsourcing) dochází k přesunutí výkonu činností mimo sféru dosahu hostitelského státu a je tak omezena či dokonce znemožněna jeho kontrola nad výkonem těchto činností. Důvodem outsourcingu bývá zpravidla snaha o snížení nákladů na provoz, zvýšení kvality určité činnosti, její efektivity nebo flexibility ve srovnání se stavem, kdy by předmětné činnosti vykonával přímo původní subjekt. V praxi je však outsourcing často využíván právě pro znemožnění či omezení možnosti kontroly dozorového úřadu.

#### **10.4.6. Dozorová arbitráž a rozdílné standardy dozoru v členských státech**

Obchodník s cennými papíry hledá pro získání povolení k poskytování investičních služeb členský stát, jehož způsob dozoru mu nejvíce vyhovuje. Povolení by měl obdržet ve státě, na jehož území je vykonávána hlavní část jeho podnikatelských aktivit. Pokud se dozoru tohoto státu snaží vyhnout, neměl by obdržet povolení, případně by mu mělo být odňato (viz podkapitola 2.2). Částečným řešením je harmonizace pravidel pro činnost

obchodníků s cennými papíry a sladění postupů dozorových úřadů. Úplné odstranění rozdílů mezi jednotlivými členskými státy je ale nemožné.

## 10.5. Využití jednotné licence ve vztahu k České republice

Ke dni 30.6.2005 využilo možnosti poskytovat investiční služby v zahraničí na základě jednotné licence 9 českých obchodníků s cennými papíry, přičemž někteří se rozhodli pro více států. Nejvíce obchodníků s cennými papíry oznámilo záměr poskytovat investiční služby na Slovensku. Původně všichni oznámili záměr podnikat bez zřízení organizační složky, později 2 z nich oznámili záměr podnikat prostřednictvím organizační složky. 2 obchodníci působí v Maďarsku a Polsku, po jednom v Rakousku a Německu. Jeden obchodník oznámil záměr poskytovat investiční služby bez zřízení organizační složky ve všech výše uvedených zemích.

*Tabulka č. 1 – Oznámení českých obchodníků s cennými papíry o záměru poskytovat investiční služby na základě jednotné licence v zahraničí (stav k 30. 6. 2005)*

Stát	bez organizační složky	s organizační složkou
<b>Maďarsko</b>	2	0
<b>Německo</b>	1	0
<b>Polsko</b>	2	0
<b>Rakousko</b>	1	0
<b>Slovensko</b>	7	2

*Zdroj: Komise pro cenné papíry*

Od zahraničních obchodníků s cennými papíry obdržela Komise k 30.6.2005 celkem 158 oznámení o záměru poskytovat na území České republiky investiční služby na základě jednotné licence. S výjimkou jediné se jedná o poskytování investičních služeb bez zřízení organizační složky. Nejvíce jich je 112 z Velké Británie, následuje Rakousko se 14, Nizozemí s 8, Kypr s 5, 3 oznámení přišla z Francie, Německa, Irska, a Slovenska, 2 z Lucemburska, po jednom z Dánska, Řecka, Slovinska, Norska a Malty. Z 6 poboček zahraničních bankovních obchodníků s cennými papíry, kteří zde před 1.5.2004 působili na základě povolení Komise, 3 již oznámily záměr poskytovat investiční služby na území České republiky, 3 zatím nikoliv, přesto je Komise jako takové eviduje.

Tabulka č. 2 – Oznámení zahraničních obchodníků s cennými papíry o záměru poskytovat investiční služby na území České republiky (stav k 30. 6. 2005)

Stát	bez organizační složky	s organizační složkou
Dánsko	1	0
Francie	3	0
Irsko	3	0
Lucembursko	2	0
Kypr	5	0
Malta	1	0
Německo	3	0
Nizozemí	8	0
Norsko	1	0
Rakousko	14	0
Řecko	1	0
Slovensko	3	0
Slovinsko	1	0
Velká Británie	111	1

Zdroj: Komise pro cenné papíry

České národní bance oznámilo záměr působit na území České republiky celkem 82 bank, přičemž některé z nich mají jistě záměr poskytovat v rámci své bankovní licence též investiční služby. Ačkoli Česká národní banka poskytuje Komisi informace, kolik bank využilo možnosti působit na území České republiky na základě jednotné licence, nesdělují již, které z nich oznámily záměr poskytovat investiční služby.

Po vstupu České republiky do Evropské unie bylo možné předpokládat, že někteří obchodníci s cennými papíry, kteří byli do 1. května 2004 dceřinou společností obchodníka s cennými papíry s povolením k poskytování investičních služeb v jiném členském státě, ukončí podnikání a zahraniční obchodník bude na území České republiky podnikat sám prostřednictvím své organizační složky. Žádná taková skutečnost nicméně nenastala. Došlo pouze, jak je uvedeno výše, ke změně režimu poboček zahraničních obchodníků s cennými papíry působících v České republice na základě povolení Komise na režim jednotné licence.

Při shlednutí struktury domovských států obchodníků s cennými papíry, kteří využili jednotné licence k možnosti podnikat na území České republiky celkem

nepřekvapí, že jejich drtivá většina je z Velké Británie, finančního centra Evropy, následována subjekty z Rakouska, kteří i vzhledem ke společné minulosti obou států mají zájem podnikat na našem území. Třetí největší počet obchodníků s cennými papíry je z dalšího významného evropského finančního centra, z Nizozemí. Překvapující je velmi nízký počet subjektů z Německa a Slovenska. Malý zájem slovenských obchodníků je možné vysvětlit menším rozvojem finančního sektoru u našich východních sousedů a z toho pramenící menší šancí nabídnout konkurenční produkt, případně nezkušeností slovenských obchodníků s využitím jednotné licence. Tyto důvody však v žádném případě nejde vztáhnout na německé subjekty. Jediným možným vysvětlením je nezajímavost českého kapitálového trhu pro německé obchodníky s cennými papíry. Zdravý růst národní ekonomiky a s ním spojený růst kupní síly v České republice by v budoucnu mohl tento stav změnit. Více než vhodné by však bylo jeho doplnění o vstup nových společností na místní regulované trhy.

Aktivita českých obchodníků s cennými papíry v ostatních členských státech naopak nepřekvapí. Největší zájem je o jazykově i kulturně blízké Slovensko, kde mohou čeští obchodníci bez velkých dodatečných nákladů usilovat o zvýšení svých výnosů. Lze předpokládat, že produkty, na které slyší český zákazník, osloví i zákazníka na Slovensku. Nepřekvapí ani, že o něco málo větší je zájem etablovat své služby v Maďarsku a Polsku, kde lze lépe najít mezery na trhu než v Německu a Rakousku.

K formě využití jednotné licence je třeba poznamenat, že většina obchodníků s cennými papíry celkem pochopitelně využívá administrativně méně náročného procesu pro volný pohyb služeb. Až po získání potřebného množství zákazníků na území daného členského státu lze očekávat přechod do režimu svobody usazování.

## 10.6. Budoucnost oznamovacího procesu

Jako výsledek diskuze k návrhu úředního sdělení pro bankovní sektor Evropská komise zjistila, že se mnoho jejích účastníků vyslovilo pro zrušení oznamovacího procesu v kontextu volného pohybu služeb. Na druhou stranu některé příspěvky zdůrazňovaly, jak užitečný proces je při kontrole souladu činností se zájmem na obecném blahu a obzvláště při ochraně spotřebitele.

Ti, kdož volali pro zrušení procesu tvrdili, že oznamovací proces není v souladu se Smlouvou tím, že představuje nepřiměřené restriktce volnému pohybu služeb. Jiní upozorňovali, že kreditní instituce z třetích států jím nejsou zahrnuté, jiné byli názoru, že je nákladný, zbytečný a může znamenat právní rizika.

Evropská komise na základě této diskuse vyslovila názor, že by oznamovací proces měl být více objasněn a zjednodušen a neměl by být nic víc než jen jednoduchá administrativní formalita umožňující oznamovatelům užívat nesporné výhody. Dále by měl být objasněn rozsah procesu, který díky významnému nárůstu přeshraničního poskytování služeb obzvláště u elektronického obchodování hraničí se stáním se obsoletním. Čím více služeb je poskytováno bez fyzického pohybu, tím méně je oznamovací proces užíván.

V této souvislosti se Evropská komise vyslovila zvážit zrušení oznamovacího procesu v kontextu volného pohybu služeb.<sup>136</sup>

Ačkoli je úřední sdělení pro bankovní sektor z roku 1997, k signalizovaným změnám oznamovacího procesu u volného pohybu služeb nedošlo ani v bankovní směrnici, ani ve Směrnici vydané v roce 2004. Podle mého názoru správně převážil názor, že tento proces je účelný z důvodu informovanosti dozorových úřadů, ale i možnosti domovského i hostitelského státu se připravit na změnu související se záměrem společnosti podléhající regulaci, poskytovat služby v jiném členském státě. Princip jednotné licence je uplatňován v segmentu národního hospodářství, který je pro svoji důležitost a odbornost vyhrazen profesionálům a členské státy potřebují vědět, jaké subjekty se na jejich finančním trhu angažují. S tímto přístupem, přestože lze ve Směrnice pozorovat posun v tom směru, že dozorový úřad hostitelského státu nově v žádném ohledu nedozoruje činnosti obchodníka s cennými papíry poskytujícího na jeho území investiční služby na základě volného pohybu služeb, je tedy možné předpokládat, že oznamovací proces zůstane zachován.

<sup>136</sup> Úřední sdělení pro bankovní sektor, s. 8

## Závěr:

Cílem této rigorózní práce bylo vytvořit materiál, který by tvořil teoretický i praktický základ pro další teoretické práce týkající se jednotné licence a praktickou činnost Komise pro cenné papíry a obchodníků s cennými papíry. Vzhledem k nedostatku souborných materiálů a absenci aktuálních vědeckých poznatků týkajících se této problematiky bylo třeba nejprve shromáždit množství informací a materiálů z různých zdrojů. Podklady byly čerpány z informací Evropské komise, judikatury Evropského soudního dvora, specializovaných periodik, odborných knih a internetových stránek. Zdrojem nezbytných informací však byl i přímý kontakt s účastníky kapitálového trhu, zejména pak Komisí pro cenné papíry a samotnými obchodníky s cennými papíry.

Práce byla členěna tak, aby čtenáře postupně uvedla do problematiky, přiblížila dopad jednotné licence obchodníků s cennými papíry na jejich činnost a vzniklé možnosti na jednotném finančním trhu Evropského hospodářského prostoru.

V úvodní části byl čtenář uveden do problematiky jednotné licence. Byl mu vysvětlen její historický vznik a vývoj na pozadí prohlubující se evropské hospodářské integrace, objasněn její pojem a popsány její základní principy – oznamovací princip a princip dozoru země sídla. Jednotná licence byla rozpoznána jako jednoduchý a účinný nástroj, jak otevřít finanční trh jednoho členského státu obchodníkovi s cennými papíry ze státu jiného.

V další části byl hledán okamžik, kdy obchodník s cennými papíry projeví svůj záměr poskytovat investiční služby na území jiného členského státu a je tak povinen podstoupit oznamovací proces. Vedle předpokladu, že se nebude jednat o jednorázovou nebo ojedinělou činnost, musí být tato činnost uskutečněna též na území jiného členského státu. Pro určení, zda má obchodník s cennými papíry záměr provést službu na území jiného členského státu, se v rámci Evropské unie vyskytují 2 různé přístupy. První přístup je založen na výkonu charakteristického plnění obchodníka s cennými papíry, tedy služby za niž je poskytována úplata, a je reprezentovaný zejména Velkou Británií a Evropskou komisí, druhý, německý, přístup je založený na záměru obchodníka s cennými papíry cíleně oslovovat zákazníka z jiného členského státu. Uvedené přístupy vedou k různým

závěrům i u tří specifických oblastí činnosti obchodníka s cennými papíry, které byly v rámci této práce zkoumány - komunikace na dálku, reklama a propagace služeb a využití zprostředkovatele nebo nezávislé osoby.

Podle principu charakteristického plnění není v případě komunikace na dálku jednoznačný záměr poskytovat služby na území jiného členského státu a není tak třeba uskutečnit oznámení. Naproti tomu princip oslovení vidí při oslovování zákazníků z jiného členského státu s nabídkou investičních služeb prostřednictvím pošty, e-mailu nebo faxu záměr poskytovat v tomto státě investiční služby a vyžaduje po obchodníkovi s cennými papíry oznámení jeho záměru.

Princip charakteristického plnění nespojuje s reklamou a propagací služeb povinnost provést oznámení. Podle principu oslovení je rozhodující obsahová podoba reklamy. Oznámení, která obsahují výroky týkající se určité služby podléhají povinnosti oznámení záměru. Pokud by se jednalo pouze o obecný reklamní charakter, není oznámení potřeba.

Využití zprostředkovatele nebo nezávislé osoby spojuje princip charakteristického plnění s plněním oznamovací povinnosti vždy s výjimkou případu, kdy se povinnosti zprostředkovatele omezují pouze na získávání zákazníků. Druhý názorový proud vyžaduje oznámení vždy, když obchodník s cennými papíry cíleně navštěvuje potenciální zákazníky, jedno zda prostřednictvím závislých či nezávislých spolupracovníků, a dále pokud zahraniční subjekt za účelem získávání nových zákazníků vybuduje a užívá síť zprostředkovatelů v daném členském státě, a to i za podmínky, že tito již mají ke své činnosti potřebné povolení.

V České republice nelze přístup regulátora výlučně spojit ani s jedním výše uvedeným principem. Obecně lze říci, že Komise spíše přijala jako rozhodující princip charakteristického plnění. Komunikaci na dálku mezi poskytovatelem služby a jejím příjemcem nepovažuje za poskytnutí služby do okamžiku, kdy se poskytovatel zaváže službu poskytnout, tedy ne ještě v okamžiku, kdy ji nabízí neurčitým osobám, ale již před jejím skutečným poskytnutím (vykonáním charakteristického plnění). V případě reklamy a propagace služeb se Komise ztotožňuje s principem charakteristického plnění, u využití

zprostředkovatele nebo nezávislé osoby se Komise spíše přiklání k německému přístupu a již oslovení potenciálních zákazníků využitím zprostředkovatelů nebo nezávislých osob na území České republiky podmiňuje oznámením záměru.

Vzhledem k nejistotě obchodníků s cennými papíry při poskytování investičních služeb v Evropském hospodářském prostoru způsobeném různými přístupy členských států, bude nutné, aby se k této problematice s jednoznačným závěrem vyjádřil Evropský soudní dvůr. Pravděpodobnější se mi jeví vítězství principu charakteristického plnění.

Následující kapitola se zabývala dvěma ze základních ekonomických svobod Evropské unie, volným pohybem služeb a svobodou usazování, a zaměřila se na vymezení rozdílů mezi nimi. Zároveň byla zkoumána účast obchodníků s cennými papíry v záručním systému a způsob, jakým plní oznamovací povinnost obchodníci s cennými papíry, kteří jsou zároveň bankami.

Rozdíl mezi volným pohybem služeb a svobodou usazování je třeba hledat z pohledu trvalosti, pravidelnosti, opakovatelnosti a kontinuity prováděné činnosti. Při volném pohybu služeb může společnost na území jiného členského státu provádět omezené množství úkonů, k čemuž může využít pro tuto činnost nezbytnou infrastrukturu, aniž by byla ve smyslu komunitárního práva považována za usazenou. Pokud by však zašla za takto omezené množství úkolů, spadala by do rozsahu práva na usazování.

Obchodník s cennými papíry může být při své činnosti na území jiného členského státu přítomen u jedné služby na základě volného pohybu služeb a u jiné prostřednictvím svobody usazování. Vždy však musí být schopen svoji účast spojit s jednou touto svobodou. Pokud obchodník s cennými papíry využívá na území jiného členského státu nezávislé osoby, spadá jeho činnost pod rozsah svobody usazování, pokud je tato osoba subjektem řízení a kontroly společnosti, kterou reprezentuje, je schopna společnost zavazovat a obdrží od společnosti trvalý mandát. Elektronické přístroje na území jiného členského státu z důvodu absence vlastního rozhodování nelze považovat za pobočku a spadají pod rozsah volného pohybu služeb.



Obchodník s cennými papíry může být účastníkem pouze jednoho záručního systému, a to systému svého domovského státu. Pokud by záruční systém hostitelského státu, ve kterém má obchodník s cennými papíry organizační složku, umožňoval vyšší krytí než systém obchodníka domovského státu, je hostitelský stát povinen obchodníkovi umožnit se u tohoto systému připojit. Bankovní obchodníci s cennými papíry, kteří se rozhodnou poskytovat investiční služby v zahraničí na základě jednotné licence, nemusí při oznamování svého záměru postupovat podle ustanovení zákona o podnikání na kapitálovém trhu, ale postačí, pokud oznámení provedou České národní bance podle zákona o bankách.

Následující dvě kapitoly se zabývají konkrétním postupem obchodníků s cennými papíry při záměru poskytovat investiční služby v jiném členském státě podle zákona o podnikání na kapitálovém trhu se zaměřením na zhodnocení jeho souladu s komunitárním právem. Vedle nepříliš významných nepřesností zákona o podnikání na kapitálovém trhu oproti úpravě ISD, u ustanovení, která znevýhodňují české obchodníky s cennými papíry při zahájení činnosti na území jiného členského státu a ustanovení znemožňující Komisi podniknout kroky proti zahraničnímu obchodníkovi s cennými papíry neplnícímu oznamovací povinnost, která by bylo vhodné změnit, vyžaduje nutně změnu chybná transpozice oprávnění Komise při vyžadování informací od zahraničního obchodníka s cennými papíry. Komisi jsou přiznána oprávnění obdobná těm, které má k českým obchodníkům s cennými papíry. Ta jdou však nad rámec oprávnění v ISD, nejsou v souladu s komunitárním právem a Česká republika tak nedovoleně omezuje výkon svobody usazování, resp. volný pohyb služeb.

Další kapitola se zaměřila na dozor činnosti obchodníků s cennými papíry využívajících jednotné licence. Kontrola činnosti obchodníků s cennými papíry je vykonávána na principu dozoru státu sídla. Veškerý dozor s výjimkou pravidel jednání ve vztahu k zákazníkům a pravidel přijatých v zájmu obecného blaha vykonává domovský stát. Od uplynutí transpoziční lhůty Směrnice dojde k významné změně. Obchodníky s cennými papíry podnikající bez zřízení organizační složky bude dozorovat výlučně dozorový úřad domovského státu. Pod dozor hostitelského státu budou spadat organizační složky v rozsahu pravidel jednání ve vztahu k zákazníkům, povinnosti provést pokyn za nejlepších podmínek pro zákazníka, pravidel pro nakládání s pokynem zákazníka,

povinnosti podporování integrity trhů, hlášení obchodů a uchovávání záznamů, povinnosti obchodníků s cennými papíry uveřejňovat své kotace a informační povinnost obchodníků s cennými papíry ohledně jimi obstaraných obchodů.

Dosavadní spolupráce mezi dozorovými úřady členských států se realizuje na základě výměny informací, konzultacemi při licenční činnosti a spoluprací při vyšetřovací činnosti. Tato spolupráce by měla být dále prohloubena zejména v rámci neformální výměny dat, informací a zkušeností a zavedením jednotných panevropských databází, do nichž by regulátoři z jednotlivých členských států měli volný přístup.

V další kapitole byly rozebrány právní vztahy mezi obchodníky s cennými papíry a jejich zákazníky z pohledu mezinárodního práva soukromého. Česká republika dosud není členským státem Úmluvy o právu použitelném na smluvní závazky. Než se jím stane, jsou pro vztah mezi obchodníkem s cennými papíry a zákazníkem rozhodující kolizní normy obsažené v České republice především v zákonu o mezinárodním právu soukromém a procesním.

Situace se změní v okamžiku, kdy se Česká republika a ostatní nově přístupivší členské státy stanou účastníky Úmluvy o právu použitelném na smluvní závazky. Ta poté bude určovat rozhodné právo mezi obchodníkem s cennými papíry a jeho zákazníkem z jiného členského státu.

Do určení rozhodného práva na základě zásady přednosti zasahuje též právo komunitární. To může prolomit některá ustanovení vnitrostátního práva použitelného na právní vztah mezi obchodníkem a zákazníkem v případě, kdy způsobuje omezení základních svobod, která nejsou odůvodněna zájmem o obecné blaho.

Předposlední kapitola se zabývala komunikací obchodníka se zákazníkem na dálku a prostřednictvím elektronických prostředků. Při obou těchto způsobech komunikace vznikají zákazníkům obchodníka, a to zejména spotřebitelům, rozsáhlá oprávnění.

V případě uzavření smluv prostředky komunikace na dálku má spotřebitel právo na rozsáhlé informace o poskytovateli a charakteru služby. Tyto informace musí navíc

dostat v tištěné podobě nebo na trvalém nosiči informací v dostatečné době před tím, než je smlouvou uzavřenou na dálku vázán. U smluv o úschově cenných papírů, správě cenných papírů a o uložení cenných papírů má navíc k dispozici lhůtu, ve které může od smlouvy odstoupit.

Na základě zákona o některých službách informační společnosti je obchodník s cennými papíry oprávněn zasílat obchodní sdělení elektronickou poštou pouze s předchozím souhlasem adresáta. Obchodní sdělení musí být jako takové zřetelně a jasně označeno a nesmí utajovat nebo skrývat totožnost obchodníka. Zákazník zároveň musí mít možnost jednoduchým způsobem odmítnout, aby mu byla další obchodní sdělení zasílána.

V závěrečné kapitole jsem se zaměřil na několik aktuálních problémů spojených s obchodníkem s cennými papíry a jednotnou licenci, a to přechod obchodníků od dvou licencí do režimu jednotné od 1. května 2004, potřebu využívání makléřů, rozsah vzájemně uznávaných činností mezi členskými státy, aktuální problémy při dozoru nad zahraničními subjekty, četnost využití jednotné licence ve vztahu k České republice a budoucnost oznamovacího procesu.

Obchodníci s cennými papíry z jiných členských států, kteří do 30. dubna 2004 podnikali na území České republiky prostřednictvím pobočky na základě povolení Komise, podnikají od 1. května 2004 na základě jednotné licence. Je však nutné, aby tuto skutečnost oznámili svému dozorovému úřadu a umožnili mu tak se k situaci vyjádřit.

Dodržování pravidel jednání ve vztahu k zákazníkům vyžaduje, aby jednotlivé činnosti byly vykonávány prostřednictvím osob s dostatečnou kvalifikací. Obchodníci s cennými papíry podnikající na území České republiky na základě jednotné licence jsou proto povinni poskytovat odborné obchodní činnosti prostřednictvím osob, které získaly makléřskou licenci s příslušnou specializací. Obchodník s cennými papíry s povolením získaným v České republice podnikající na území jiného členského státu podle stejné logiky nemusí využívat ke své činnosti makléřů, pokud jich zahraniční právní řád nevyžaduje. Měl by se však informovat, jaké jsou požadavky na pravidla jednání ve vztahu k zákazníkům v tomto členském státě.

Hostitelský stát je povinen umožnit obchodníkům s cennými papíry z jiných členských států poskytovat investiční služby na základě jednotné licence minimálně v rozsahu vzájemně uznávaných služeb uvedených v ISD, resp. po uběhnutí transpoziční lhůty ve Směrnici, a to i za předpokladu, že jeho právní řád takové služby neupravuje. Členským státům zároveň nic nebrání uzavření dvou nebo vícestranné dohody o rozšíření seznamu těchto činností. Služby uvedené v povolení obchodníka, které však nepatří do rozsahu vzájemně uznávaných činností, může obchodník na území jiného členského státu vykonávat na základě ustanovení primárního práva.

Další podkapitola shrnula problémy při doзору zahraničních subjektů. Jedná se o jazykové znalosti vedoucích poboček, případně osob jednajících za nebo jménem zahraničního subjektu, zasílání podkladů v jazyce státu původu obchodníka s cennými papíry, vliv mateřského podniku obchodníka s cennými papíry, minimální požadavky na úvěrové obchody, outsourcing některých činností v cizině a dozorovou arbitráž a rozdílné standardy doзору v členských státech.

Za 14 měsíců členství České republiky v Evropské unii využilo možnosti podnikat na území České republiky na základě jednotné licence 158 obchodníků s cennými papíry z ostatních členských států. Nejvíce jich je z Velké Británie, Rakouska a Nizozemí. Překvapivý je poměrně malý zájem o vstup na český kapitálový trh ze strany subjektů ze Slovenska a Německa. Čeští obchodníci s cennými papíry v souladu s očekáváním míří nejčastěji na Slovensko, které je následována Maďarskem a Polskem.

V roce 1997 se Evropská komise vyslovila zvažít zrušení oznamovacího procesu v kontextu volného pohybu služeb a ještě více tak zjednodušit možnost využití licence získané v jednom členském státě pro podnikání v regulované oblasti na území jiného členského státu. V tomto kroku dosud nedošlo. Správně převážil názor, že oznamovací proces je účelný z důvodu informovanosti dozorových úřadů, ale i možnosti domovského i hostitelského státu se připravit na změnu související se záměrem společnosti podléhající regulaci, poskytovat služby v jiném členském státě. Princip jednotné licence je uplatňován v segmentu národního hospodářství, který je pro svoji důležitost a odbornost vyhrazen profesionálům a členské státy potřebují vědět, jaké subjekty se na jejich

finančním trhu angažují. Do budoucna je možné předpokládat, že oznamovací proces zůstane zachován.

Předmětem rigorózní práce byla jednotná licence obchodníků s cennými papíry. Lze konstatovat, že jednotná licence je vhodný nástroj pro otevření finančního trhu jednoho členského státu subjektům podléhajícím regulaci z členského státu jiného se současným zachováním dostatečné úrovně dozoru jeho činnosti. V budoucnu se dá předpokládat, že i díky jednotné licenci dojde k většímu propojení finančních trhů jednotlivých členských států, které si vynutí prohloubení spolupráce mezi dozorovými úřady.

## Seznam tabulek a diagramů

### Tabulky:

1. Oznámení českých obchodníků s cennými papíry o záměru poskytovat investiční služby na základě jednotné licence v zahraničí.....98
2. Oznámení zahraničních obchodníků s cennými papíry o záměru poskytovat investiční služby na území České republiky.....99

### Diagramy:

1. Možnosti využití jednotné licence obchodníkem s cennými papíry s povolením zahrnujícím i jiné než investiční služby.....95

## Seznam použité literatury a pramenů

### Literatura

1. *Assmann Heinz-Dieter, Schneider Uwe H.*: Wertpapierhandelsgesetz – Kommentar. 3. Auflage, Dr. Otto Schmidt, Köln 2003
2. *Boos Karl-Heinz, Fischer Reinfrid, Schulte-Mattler Hermann*: Kreditwesengesetz – Kommentar. 2. Auflage, C.H.Beck, München 2004
3. *Dědič J., Čech P.*: Obchodní právo po vstupu ČR do EU aneb Co všechno se po 1. květnu 2004 v obchodním právu změnilo?. 2. vydání, RNDr. Ivana Hexnerová – BOVA POLYGON, Praha, květen 2005
4. *Drasch W.*: Herkunftslandprinzip im Internationalen Privatrecht, Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf Vertrags- und Wettbewerbsstatus. Nomos, Baden-Baden 1997
5. *Hart J., Pihera V.*: Nová právní úprava kapitálového trhu. Právní rozhledy č. 11/2004
6. *Hrádek J.*: Princip země původu ve směrnici o e-commerce. Právník č. 5/2005
7. *Kučera Z.*: Mezinárodní právo soukromé. Doplněk, Brno 2001
8. *Moloney N.*: EC Securities Regulation. 1st Edition, Oxford University Press, 2002
9. *Schwark E.*: Kapitalmarktrechts – Kommentar. 3. Auflage, C.H.Beck, München 2004
10. *Schwintowski Hans-Peter, Schäfer Frank A.*: Bankrecht, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2004
11. *Tichý/Arnold/Svoboda/Zemánek/Král*: Evropské právo. 2. vydání. C. H. Beck, Praha 2004
12. *Urban L.*: Evropský vnitřní trh a příprava České republiky na začlenění. Linde, Praha 2002

### Internet

1. *Čech P.*: Posuny v komunitární úpravě kapitálových trhů, zdroj na internetu: <http://www.integrace.cz/integrace/clanek.asp?id=690>
2. *Corcoran A.M., Hart T.L.*: The Regulation of Cross-Border Financial Services in the EU Internal Market: A Primer for Third Countries, United States of America - Office of International Affairs, 2001, zdroj na internetu: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=274849](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=274849)
3. *Europeum*: Český kapitálový trh a jednotný evropský kapitálový trh, zdroj na internetu: [http://www.europeum.org/disp\\_article.php?aid=86](http://www.europeum.org/disp_article.php?aid=86)
4. *Murray A.*: The Future of European Stock Markets, Centre for European Reform, 2001, zdroj na internetu: [http://www.cer.org.uk/pdf/p238\\_stock\\_markets.pdf](http://www.cer.org.uk/pdf/p238_stock_markets.pdf)

### Internetové stránky těchto subjektů

1. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (<http://www.bafin.de>)
2. Evropská komise, vnitřní trh ([http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/index_en.htm))
3. Euraktiv (<http://www.euractiv.com>)
4. Česká národní banka (<http://www.cnb.cz>)
5. Financial Services Authority (<http://www.fsa.gov.uk>)
6. Finanzmarktaufsicht (<http://www.fma.gv.at>)
7. Institut pro evropskou politiku EUROPEUM (<http://www.europeum.org>)
8. Integrace (<http://www.integrace.cz>)

9. Komise pro cenné papíry (<http://www.sec.cz>)
10. Ministerstvo financí ČR (<http://www.mfcr.cz>)
11. Úrad pre finančný trh (<http://www.uft.sk>)

**Ostatní:****Metodiky, analytické dokumenty***Metodiky*

1. FSA Handbook, Appendix 3 – Guidance on passporting issues, zdroj na internetu: <http://fsahandbook.info/FSA/handbook.jsp?doc=/handbook/SUP/App/3>
2. Hinweise zur Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 und Abs. 1a KWG von grenzüberschreitend betriebenen Bankgeschäften und/oder grenzüberschreitend erbrachten Finanzdienstleistungen, zdroj na internetu: <http://www.bafin.de/merkblaetter/050400.htm>
3. Jednotná bankovní licence v bankovním sektoru, zdroj na internetu: [http://www.cnb.cz/pdf/bd\\_cnb\\_jednotna\\_licence.pdf](http://www.cnb.cz/pdf/bd_cnb_jednotna_licence.pdf)
4. Jednotná licence (tzv. Evropský pas) pro zahraniční poskytovatele investičních služeb, zdroj na internetu: [http://www.sec.cz/export/CZ/Informace\\_profesional\\_m/get\\_dms\\_file.do?FileId=724](http://www.sec.cz/export/CZ/Informace_profesional_m/get_dms_file.do?FileId=724)
5. Metodika - Evropský pas pro české obchodníky s cennými papíry (OCP-EU) - účinná od 1.5.2004, zdroj na internetu: [http://www.sec.cz/export/CZ/Informace\\_profesional\\_m/get\\_dms\\_file.do?FileId=722](http://www.sec.cz/export/CZ/Informace_profesional_m/get_dms_file.do?FileId=722)
6. Úřední sdělení Evropské komise č. 97/C 209/04 Volný pohyb služeb a zájem na obecném blahu v druhé bankovní směrnici pro bankovní sektor
7. Úřední sdělení Evropské komise č. 2000/C 43/03 Volný pohyb služeb a obecné blaho v pojišťovacím sektoru

*Analytické dokumenty*

1. Corporation of London: The Future of Stock Exchanges in European Union Accession Countries, 2003, zdroj na internetu: [http://www.cityoflondon.gov.uk/NR/rdonlyres/11CE3474-2AB6-4F82-AFAF-282BAB38D2D7/0/BC\\_RS\\_seineuac\\_0305\\_FR.pdf](http://www.cityoflondon.gov.uk/NR/rdonlyres/11CE3474-2AB6-4F82-AFAF-282BAB38D2D7/0/BC_RS_seineuac_0305_FR.pdf)
2. Česká národní banka: České bankovníctví a Evropská unie, zdroj na internetu: [http://www.cnb.cz/mv\\_eu\\_main\\_m\\_main.php?PHPSESSID=af6353188ce36064e384c92b7c50ca0f](http://www.cnb.cz/mv_eu_main_m_main.php?PHPSESSID=af6353188ce36064e384c92b7c50ca0f)
3. Deutsche Bank Monthly Report July 2000
4. Financial Services: Implementing the framework for financial markets: Action Plan, Communication of the Commission, 1999, zdroj na internetu: [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/finances/general/actionen.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/general/actionen.pdf)
5. Příprava Komise pro cenné papíry a tuzemského kapitálového trhu na vstup do EU (analytický dokument), zdroj na internetu: [http://www.sec.cz/export/CZ/Evropska\\_unie\\_a\\_mezinarodni\\_spoluprace/Evropska\\_unie/get\\_dms\\_file.do?FileId=946](http://www.sec.cz/export/CZ/Evropska_unie_a_mezinarodni_spoluprace/Evropska_unie/get_dms_file.do?FileId=946)
6. Securities Market Regulation in the EU: The Relation Between the Community and Member States (Research Study Prepared for the Wise Persons' Committee), zdroj na internetu: [http://www.wise-averties.ca/reports/html/5E\\_securities/5E\\_securities\\_complete.html](http://www.wise-averties.ca/reports/html/5E_securities/5E_securities_complete.html)



**Odborná periodika**

Časopis Bankovníctví, Právník, Právní rozhledy

**Denní tisk**

Hospodářské noviny, Lidové noviny