

LIMITY NÁSTROJŮ K ŘEŠENÍ KRIZE PODLE SMĚRNICE BRRD A ZÁKONA O OZDRAVNÝCH POSTUPECH A ŘEŠENÍ KRIZE NA FINANČNÍM TRHU

MARTIN ŠERÁK

Abstract: **Limits of Resolution Tools under the BRRD and the Czech Act on Recovery Procedures and the Financial Market Crisis Resolution**

Given the unique position of credit institutions and their systemic importance for the financial stability, their resolution has been traditionally entrusted to supervisory authorities rather than courts. As a result, credit institutions are essentially excluded from the scope of “traditional” insolvency procedure and fall under the resolution regime constituting specific form of administrative proceedings. Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council (known as the BRRD) is of a particular consequence here as it harmonized the resolution process at the level of the European Union and the European Economic Area, *inter alia* through the implementation of specific resolution tools. This article deals with conditions for applicability of such resolution tools, their fundamental mechanics as well as legal implications arising thereunder, considering also the Act on Recovery Procedures and the Financial Market Crisis Resolution under which the BRRD has been implemented into Czech law.

Keywords: resolution tools; credit institutions; insolvency; resolution; financial crisis

Klíčová slova: nástroje k řešení krize; úvěrové instituce; insolvence; rezoluce; finanční krize

DOI: 10.14712/23366478.2020.38

1. ÚVOD

Nástroje k řešení krize podle směrnice BRRD¹ představují specifické instituty určené k řešení insolvence úvěrových institucí a dalších povinných osob, které byly do českého právního řádu implementovány prostřednictvím zákona o ozdravných postupech.² Tyto instituty umožňují ojedinělý způsob řešení finančních obtíží úvěrových a dalších finančních institucí v režimu správního (rezolučního) procesu a ze současného

¹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/59/EU ze dne 15. května 2014, kterou se stanoví rámec pro ozdravné postupy a řešení krize úvěrových institucí a investičních podniků a kterou se mění směrnice Rady 82/891/EHS, směrnice Evropského parlamentu a Rady 2001/24/ES, 2002/47/ES, 2004/25/ES, 2005/56/ES, 2007/36/ES, 2011/35/EU, 2012/30/EU a 2013/36/EU a nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1093/2010 a (EU) č. 648/2012 (dále jen „směrnice BRRD“).

² Zákon č. 374/2015 Sb., o ozdravných postupech a řešení krize na finančním trhu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ozdravných postupech“).

pohledu představují nepostradatelnou alternativu k insolvenčnímu řízení vedenému podle příslušných předpisů insolvenčního práva.³

Navzdory tomu, že k implementaci nástrojů k řešení krize došlo relativně nedávno, ne všechny lze ale považovat za novum v pravém slova smyslu. Řada z těchto institutů totiž vychází z dosavadních metod užívaných při řešení selhání bank.⁴ Pro směrnici BRRD byly významnou inspirací zejména relativně hojné zkušenosti amerického regulačního orgánu FDIC (*Federal Deposit Insurance Corporation*), jehož oprávnění k řešení insolvence bank podle zákona o federálním pojištění vkladů⁵ bylo významně rozšířeno Dodd-Frankovým zákonem,⁶ a to prostřednictvím úpravy rezolučního procesu označovaného jako „*Orderly Liquidation Authority*“.

Cílem tohoto příspěvku je zejména přiblížit podmínky uplatnění těchto nástrojů, jejich základní mechaniky, a v kontextu legislativních záměrů směrnice BRRD a zákona o ozdravných postupech poukázat na jejich limity. Nezbytným dovětkem je, že tento článek pojednává o nástrojích k řešení krize pouze ve vztahu k úvěrovým institucím, tedy nikoli ke všem finančním institucím, na které předmětná právní úprava dopadá.

2. LEGISLATIVNÍ POZADÍ A OBECNÉ PŘEDPOKLADY APLIKACE NÁSTROJŮ K ŘEŠENÍ KRIZE

2.1 PŮSOBNOST NÁSTROJŮ K ŘEŠENÍ KRIZE

Navzdory tomu, že nástroje k řešení krize byly implementovány za účelem řešení selhání úvěrových institucí, hned na úvod je nezbytné podotknout, že z hlediska osobní působnosti není jejich aplikace ve skutečnosti limitována pouze na úroveň těchto institucí. V návaznosti na zkušenosti s poslední finanční krizí totiž směrnice BRRD rozšířila okruh osob, vůči kterým lze nástroje a další opatření k řešení krize aplikovat, rovněž o mateřské a další holdingové společnosti úvěrových institucí.⁷

Legislativní pozadí tohoto přístupu nastiňuje preambule směrnice BRRD, a to především v článku článku 43: „Pravomoci orgánů příslušných k řešení krize by se měly

³ Nutno podotknout, že zákon o ozdravných postupech nepracuje s pojmem „nástroj k řešení krize“, nýbrž pouze s širším termínem „opatření k řešení krize“, jehož význam ale není zcela stejný jako v případě „opatření k řešení krize“ podle směrnice BRRD. V rámci tohoto článku bude věnována pozornost nástrojům k řešení krize, jak je definuje směrnice BRRD, tj. nástrojům převodu činnosti (*sale of business tool*), překlenovací instituce (*bridge institution tool*), oddělení aktiv (*asset separation tool*) a rekapitalizace z vlastních zdrojů (*bail-in tool*).

⁴ Pro více informací ohledně rezolučních technik viz např. LABROSSE, J. – OLIVARES-CAMINAL, R. – SINGH, D. *Financial crisis management and bank resolution*. London: Informa Law. Lloyd's commercial law library. 2009.

⁵ Federal Deposit Insurance Act of 1950, Pub.L. 81–797, September 21, 1950.

⁶ Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Public Law 111–203, July 21, 2010.

⁷ Směrnice BRRD rozřazuje mateřské a další holdingové společnosti do sedmi samostatných kategorií. Konkrétně se jedná o finanční holdingové společnosti, smíšené finanční holdingové společnosti, holdingové společnosti se smíšenou činností, mateřské finanční holdingové společnosti v členském státě, mateřské finanční holdingové společnosti v Unii, mateřské smíšené finanční holdingové společnosti v členském státě a mateřské smíšené finanční holdingové společnosti v Unii. Tato rovina je zákonem o ozdravných postupech reflektována prostřednictvím definice „povinných osob“ ve smyslu § 3 tohoto předpisu.

vztahovat i na holdingové společnosti, je-li holdingová společnost i dceřiná instituce, ať už v Unii nebo ve třetí zemi, v selhání nebo je-li jejich selhání pravděpodobné. Bez ohledu na skutečnost, že holdingová společnost nemusí být v selhání nebo její selhání nemusí být pravděpodobné, by se pravomoci orgánů příslušných k řešení krize měly vztahovat také na holdingové společnosti, pokud jedna nebo více dceřiných institucí splňuje podmínky zahájení řešení krize nebo pokud instituce třetí země splňuje podmínky řešení krize v této třetí zemi, je-li použití nástrojů a pravomocí k řešení krize vůči holdingové společnosti nezbytné k řešení krize jednoho nebo více jejích dceřiných podniků nebo k řešení krize celé skupiny.“

Je přitom nutno pamatovat na skutečnost, že mateřské a holdingové společnosti stojící na vrcholu korporátních struktur jednotlivých finančních konglomerátů samy mnohdy nedrží příslušné licence k provozování bankovních aktivit a fakticky se tedy ani neještěná o úvěrové instituce. Z tohoto důvodu bylo jejich tržní selhání tradičně řešeno v režimu národních insolvenčních předpisů dopadajících na „běžné“ obchodní společnosti. Tento *status quo* byl ovšem změněn právě prostřednictvím směrnice BRRD. V rámci možných způsobů řešení insolvence těchto společností je proto nadále nezbytné zvažovat vedle základní varianty insolvenčního řízení rovněž alternativu rezolučního procesu, který je veden příslušným orgánem pověřeným řešením krize. Jak bylo naznačeno v úvodu, tento rámec unijní regulace má přitom své kořeny v právní úpravě Spojených států amerických, konkrétně pak v Dodd-Frankově zákoně. Ten totiž rozšířil pravomoci FDIC, který byl původně oprávněn k řešení selhání finančních institucí s příslušnými licencemi, zejména pak komerčních bank a spořitelů, nikoli však již mateřských či další holdingových společností (*bank holding companies*) těchto institucí,⁸ jejichž insolvence mohla být do té doby řešena pouze v rámci insolvenčního řízení vedeného podle Federálního insolvenčního zákona (*Bankruptcy Code*).⁹

S ohledem na shora uvedené je ale nutné poukázat na rozměr právní nejistoty, který je důsledkem dichotomie současné právní úpravy. Jak věřitelé mateřských a holdingových společností, tak i samy tyto společnosti si totiž nemohou být zcela jisty, podle jakého režimu bude v případě jejich insolvence skutečně postupováno. Mezi oběma variantami je přitom zcela zásadní rozdíl, jelikož zatímco účelem insolvenčního řízení je především maximalizace uspokojení věřitelů, primárním cílem rezolučního procesu je zachování finanční stability, a tedy představuje hrozbu absolutní ztráty kontroly nad dalším osudem dlužnické společnosti, což se směrnice BRRD snaží částečně kompenzovat prostřednictvím principu označovaného jako „*no creditor worse off*“, podle kterého by žádný věřitel neměl dopadnout hůře, než kdyby se insolvence úvěrové instituce řešila v rámci „standardního“ insolvenčního procesu.¹⁰ K zajištění funkčnosti této zásady je stanovena povinnost k vypracování *ex post* komparativní analýzy, jejímž cílem je ověřit, zda by věřitelé a držitelé účastnických práv nedopadli lépe, pokud by byl úpadek

⁸ GLEESON, S. – RANDALL D. G. *Bank resolution and crisis management: law and practice*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2016, s. 68.

⁹ Bankruptcy Code, Pub. L. No. 95-598, November 6, 1978.

¹⁰ Viz článek 34 odst. 1 písm. g) směrnice BRRD a § 76 písm. e) zákona o ozdravných postupech. Pro další informace k uvedenému viz DE SERIÈRE, V. – VAN DER HOUWEN, D. 'No Creditor Worse Off' in Case of Bank Resolution: Food for Litigation. *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2016, Issue 7. Dostupné také online na: <https://ssrn.com/abstract=2856370>.

úvěrové instituce řešen v rámci „běžného“ insolvenčního řízení.¹¹ Případný rozdíl poté zakládá nárok těchto osob domáhat se náhrady škody ve zjištěné výši.

Subsumpce holdingových společností pod rezoluční proces je rovněž vyjádřením principu centralizované strategie řešení krize (*single point of entry strategy*), podle které by mělo dojít k uplatnění nástrojů k řešení krize a dalších rezolučních mechanismů primárně na úrovni holdingové společnosti.¹² Nutno ale dodat, že tento princip neplatí absolutně. Na úrovni Evropské unie, respektive Evropského hospodářského prostoru, jsou významným limitem především národní zájmy členských států, ve kterých sídlí pobočky a dceřiné společnosti příslušné holdingové společnosti, se kterou je rezoluční proces veden.¹³ Pokud totiž tyto státy s jednotným postupem řešení krize na úrovni skupiny nesouhlasí, mohou vůči úvěrovým institucím na svém území přijmout vlastní opatření a odchýlit se tak od jednotného postupu kolegia k řešení krize, tj. kolektivního orgánu, který o řešení insolvence na úrovni skupiny rozhoduje.¹⁴ Takový postup je označován jako decentralizovaná strategie řešení krize (*Multiple Points of Entry*), podle které dochází k souběžnému uplatnění nástrojů k řešení krize dvěma či více orgány pověřenými řešením krize, a to na různých úrovních dané skupiny (byť v režimu vzájemné koordinace).¹⁵ To lze do určité míry rovněž chápat jako paralelu k zahájení vedlejšího, teritoriálního insolvenčního řízení ve smyslu nařízení 2015/848.¹⁶

2.2 REGULATORNÍ CÍLE NÁSTROJŮ K ŘEŠENÍ KRIZE V KONTEXTU PRINCIPU PROPORCIONALITY

S poukazem na fundamentální regulatorní záměr směrnice BRRD řešit finanční obtíže úvěrových a dalších finančních institucí takovým způsobem, aby náklady jejich selhání nesli především společníci a věřitelé těchto institucí, nikoli však daňoví poplatníci, je nutno vymezit základní cíle nástrojů k řešení krize. Jejich aplikace by měla především (i) zajistit kontinuitu zásadních činností, (ii) zabránit významným nepříznivým důsledkům pro finanční systém, zejména omezením šíření krize a zachováním tržní disciplíny, (iii) minimalizovat objem případné veřejné podpory, (iv) chránit finanční prostředky osob, na které se vztahuje pojištění pohledávek z vkladů, a (v) chránit majetek klientů úvěrových institucí a dalších povinných osob.¹⁷

Význam daných cílů spočívá především v tom, že slouží jako měřítko pro zjištění, zda je užití opatření k řešení krize ve vztahu k dané úvěrové instituci či jiné povinné

¹¹ Viz článek 74 Směrnice BRRD a § 177 zákona o ozdravných postupech, podle kterého musí ČNB zajistit případné dorovnání nejpozději do 1 roku od uplatnění opatření (nástrojů) k řešení krize.

¹² Více viz zpráva FSB: Recovery and Resolution Planning for Systemically Important Financial Institutions: Guidance on Developing Effective Resolution Strategies. Dostupné na: https://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_130716b.pdf?page_moved=1.

¹³ Viz článek 87 písm. f) a g) směrnice BRRD, které jsou v rámci zákona o ozdravných postupech poněkud stručněji vymezeny pod ustanovením § 76 písm. h), které transponuje rovněž obecné zásady k řešení krize podle článku 34 směrnice BRRD, o kterých bude řeč v jedné z následujících kapitol.

¹⁴ Viz články 91 odst. 8 a 92 odst. 4 směrnice BRRD, kterým odpovídá ustanovení § 191 odst. 3 zákona o ozdravných postupech.

¹⁵ Tamtéž.

¹⁶ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/848 ze dne 20. května 2015 o insolvenčním řízení.

¹⁷ Viz článek 31 odst. 2 směrnice BRRD a § 75 zákona o ozdravných postupech.

osobě přiměřené. To je relevantní zejména pro účely determinace, zda je řešení krize ve veřejném zájmu, přičemž veřejný zájem je klíčovou podmínkou aplikace jakéhokoli nástroje k řešení krize, jak bude dále blíže popsáno. Test proporcionality bude přitom obvykle splněn tehdy, pokud by v případě likvidace¹⁸ úvěrové instituce či jiné povinné osoby, respektive v případě řešení úpadku v insolvenčním řízení, nebylo shora uvedených účelů řešení krize dosaženo vůbec, případně nikoli ve stejné míře.¹⁹ Byť mají uvedené cíle *de iure* stejnou důležitost, v mnoha ohledech jsou vůči sobě poněkud paradoxně navzájem kontradiktorní.²⁰ Například zájem na zachování kontinuity činnosti nemusí nezbytně podporovat tržní disciplínu, zejména pak za situace, kdy je k řešení insolvence dané instituce užito veřejné podpory. V tomto směru tedy rozhodně není realistické očekávat, že bude možné zajistit kumulativní splnění těchto cílů v každé situaci.

V kontextu ověřování proporcionality aplikace nástrojů k řešení krize je rovněž nutné poukázat na existující rozdíly v regulaci insolvence úvěrových institucí na úrovni jednotlivých členských států. Podíváme-li se na úpravu podle insolvenčního zákona,²¹ je evidentní, že úpadek úvěrových institucí lze řešit pouze konkurzem, a to navíc až po zániku licence k provozování příslušných činností.²² V případě České republiky tedy alternativa insolvenčního procesu automaticky vylučuje minimálně první z výše uvedených cílů, tj. zajištění kontinuity zásadních funkcí úvěrové instituce. Jiná situace ale panuje například v sousedním Německu, a to mimo jiné díky zákonu o reorganizaci úvěrových institucí (*Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten*).²³ Ten staví vedle sanačního řízení (*Sanierungsverfahren*) především na reorganizačním řízení (*Reorganisationsverfahren*), ve kterém se jednak aktivují tradiční věřitelská oprávnění k zásahům do chodu dotčené instituce, ale také vrchnostenské pravomoci Spolkového orgánu pro finanční dohled (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*) známého pod zkratkou BaFin.²⁴

Je tedy zřejmé, že poměřování proporcionality aplikace nástrojů vůči jednotlivým úvěrovým institucím a dalším povinným osobám se navzdory harmonizaci dosažené směrnicí BRRD bude významně lišit stát od státu. Tato nejednotnost ale může být zdrojem řady konfliktů, a to nejen v rámci vztahu rezolučního orgánu a příslušné povinné

¹⁸ Zde je nutno upozornit na nepřesnost českého překladu směrnice BRRD, jelikož v kontextu českého právního prostředí se zjevně myslí konkurs jako korespondující způsob řešení úpadku finanční instituce (v anglickém znění „winding up“). Uvedený nedostatek ale zákon o ozdravných postupech odstranil, jak je zjevné ze znění § 80.

¹⁹ Viz článek 32 odst. 5 směrnice BRRD a § 80 zákona o ozdravných postupech.

²⁰ Shodně SCHIAVO, G. *The role of financial stability in EU law and policy*. Alphen aan den Rijn, the Netherlands: Kluwer Law International B. V. European monographs, volume 101, 2017, kapitola 8.03 a násl. Dále viz SJÖBERG, G. Banking Special Resolution Regimes as a Governance Tool. In: RINGE, W. G. – HUBER, P. M. *Legal Challenges in the Global Financial Crisis: Bail-Outs, the Euro and Regulation*. Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, s. 187.

²¹ Zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Insolvenční zákon“).

²² Viz § 367 odst. 1 písm. a) insolvenčního zákona.

²³ Gesetz zur Sanierung und Abwicklung von Instituten und Finanzgruppen vom 10. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2091).

²⁴ KENADJIAN, P. S. *Too big to fail - brauchen wir ein Sonderinsolvenzrecht für Banken?* Berlin: De Gruyter, 2012, s. 32.

osoby, nýbrž i mezi jednotlivými orgány pověřenými řešením krize navzájem, což platí zejména pro případy rezoluce finančních skupin, které působí ve více členských státech.

2.3 VEŘEJNÝ ZÁJEM A DALŠÍ PODMÍNKY UPLATNĚNÍ NÁSTROJŮ K ŘEŠENÍ KRIZE

Jak již bylo uvedeno shora, zatímco tradiční instituty insolvenčního práva vychází primárně z paradigmatu maximalizace uspokojení věřitelů, nástroje k řešení krize slouží v nejširší rovině k ochraně veřejného zájmu, který je konkretizován zmíněnými účely řešení krize. V tomto směru proto nelze nástroje k řešení krize podřadit pod mechanismy insolvenčního práva v pravém slova smyslu, nýbrž je na ně nutno nahlížet jako na instituty *sui generis* sledující odlišné cíle. Z tohoto důvodu koncipuje směrnice BRRD nástroje k řešení krize principiálně až jako variantu *ultima ratio*, jelikož k odchýlení se od základních východisek insolvenčního procesu má dojít až tehdy, pokud se zájmy věřitelů povinné instituce zjevně neslučují s veřejným zájmem.

Směrnice BRRD, respektive zákon o ozdravných postupech vymezuje domněnku veřejného zájmu následujícím způsobem: „Pro účely tohoto zákona je řešení krize ve veřejném zájmu, je-li uplatnění opatření k řešení krize nezbytné a přiměřené k dosažení jednoho nebo více účelů řešení krize a případná likvidace povinné osoby nebo řešení jejího úpadku v insolvenčním řízení by nevedly k dosažení uvedených účelů řešení krize v téže míře.“²⁵ Veřejný zájem je tedy poměřován z hlediska přiměřenosti užití nástrojů k řešení krize ve vztahu k vymezeným účelům řešení krize. Nutno ale dodat, že veřejný zájem je pojmem relativně neurčitým a musí být interpretován vždy v kontextu daného předpisu a jeho účelu, jak potvrzuje evropská i česká judikatura.²⁶

S poukazem na to, že Insolvenční zákon umožňuje řešit úpadek úvěrové instituce pouze konkurzem, který ze své podstaty neumožňuje zajistit kontinuitu zásadních činností, lze usuzovat, že minimálně v českém právním prostředí nebude podmínku veřejného zájmu příliš obtížné splnit. To platí z logiky věci samozřejmě i pro likvidaci úvěrové instituce či jiné povinné osoby. V tomto směru je tedy veřejný zájem na užití nástrojů k řešení krize v podstatě presumován a lze usuzovat, že v případech selhání českých úvěrových institucí by případné žaloby proti užití nástrojů k řešení krize z titulu tvrzeného nedostatku veřejného zájmu byly s největší pravděpodobností neúspěšné. S ohledem na široké vymezení účelů řešení krize podle zákona o ozdravných postupech, absenci skutečných alternativ k řešení úpadku úvěrových institucí a silné postavení ČNB v pozici hlavního finančního regulátora, si lze totiž jen obtížně představit scénář, ve kterém by se žalobci podařilo zvrátit takto nastavený koncept veřejného zájmu. Zákon o ozdravných postupech v návaznosti na zásadu „*no creditor worse off*“ navíc upravuje vlastní kompenzační mechanismus poškozených věřitelů a akcionářů, který je na aspektu veřejného zájmu zcela nezávislý. V tomto ohledu lze předpokládat, že prag-

²⁵ Viz § 80 zákona o ozdravných postupech, který je recepcí článku 32 odst. 5 směrnice BRRD.

²⁶ Pro základní předpoklady veřejného zájmu v obecné rovině viz např. rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva v rozsudku ve věci *James a ostatní proti Spojenému království* ze dne 21. 2. 1986, série A, č. 98. Pojem veřejného zájmu byl podroben analýze rovněž v řadě rozhodnutí českých soudů, viz např. nálezy Ústavního soudu ze dne 28. června 2005, sp. zn. Pl. ÚS 24/04.

matickým řešením případných žalob proti rozhodnutí správního orgánu bude s největší pravděpodobností právě odkaz na tuto formu kompenzace.

I z pohledu ČNB (jakožto orgánu pověřeného řešením krize) bude ve vztahu k úvěrovým institucím pravděpodobně dávat větší smysl postup podle zákona o ozdravných postupech, než se spoléhat na ne zcela rovnou alternativu v podobě insolvenčního zákona²⁷ a riskovat tak ohrožení cílů zákona o ozdravných postupech, a to pouze z důvodu nejasných kontur veřejného zájmu. To samozřejmě ale neznamená, že by úvaha o existenci veřejného zájmu měla být svévolná. V tomto směru lze rovněž odkázat na rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ve věci Družstevní záložna Pria a další v. Česká republika.²⁸

V obecné rovině je ale korektivem výše uvedeného předpokladu skutečnost, že unijní regulace nedopadá pouze na úvěrové instituce, nýbrž i na mateřské a holdingové společnosti těchto institucí. Z titulu dalších možných alternativ k řešení krize podle lokálních insolvenčních právních předpisů je u těchto osob nutné řešit element veřejného zájmu více než u úvěrových institucí *per se*. Lze totiž očekávat, že v případě aplikace nástrojů k řešení krize vůči těmto osobám budou žaloby mnohem frekventovanější. Orgány pověřené řešením krize se totiž budou muset vypořádat s nepoměrně komplexnější interpretací existence veřejného zájmu jako podmínky k uplatnění nástrojů a dalších opatření k řešení krize vůči subjektům, které jednak ani nemusí být finančními institucemi *stricto sensu*, ale navíc se můžou nacházet i v úplně jiné zemi než příslušný orgán, což platí zejména v případě snahy o centralizované strategie řešení krize na úrovni holdingové společnosti finanční skupiny. To samozřejmě dává dotčeným společnostem mnohem více prostoru k argumentaci, že požadavek existence veřejného zájmu splněn nebyl. Stejně tak lze ve vztahu k těmto společnostem očekávat pozitivní kompetenční konflikty orgánů pověřených řešením krize, jelikož holdingové společnosti jsou zpravidla ovládající osobou pro celou řadu úvěrových institucí z různých zemí. Tyto konflikty by sice měly být do značné míry omezeny díky povinnosti k tvorbě plánů k řešení krize,²⁹ ale nelze je zcela vyloučit. Inklinace k teritoriálnímu uvažování motivovaná ochranou lokálních zájmů se navíc dostává do popředí právě až v období finanční krize. Není proto zcela realistické očekávat, že všechny postupy a dohody předvídané těmito plány budou nakonec opravdu realizovány.

Přestože je veřejný zájem klíčovým předpokladem, který musí být pro účely aplikace opatření k řešení krize splněn, nejedná se o požadavek jediný. Obecně totiž musí úvěrové instituce a další povinné osoby splnit také následující dvě podmínky.³⁰

²⁷ Ve smyslu ustanovení § 368 odst. 3 insolvenčního zákona.

²⁸ Rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ve věci Družstevní záložna Pria a další v. Česká republika ze dne 31. července 2008, č. 72034/01, bod 93.

²⁹ Více k plánům řešení krize podle směrnice BRRD viz BINDER, J. H. Resolution Planning and Structural Bank Reform within the Banking Union. *SAFE Working Paper*, 2014, No. 81, s. 5.

³⁰ Nutno dodat, že z hlediska požadavku na splnění podmínek k uplatnění nástrojů k řešení krize pramení dodatečná úroveň komplexity ze specifické výjimky z pravidla, že existence veřejného zájmu je podmínka *sine qua non* k uplatnění opatření k řešení krize. Současná právní úprava totiž za určitých okolností umožňuje užít opatření k řešení krize vůči holdingovým společnostem i tehdy, kdy samy nesplňují jinak nezbytné podmínky pro jejich aplikaci. Viz § 81 odst. 4 zákona o ozdravných postupech, který vychází z článku 33 odst. 4 směrnice BRRD.

V první řadě musí být úvěrová instituce či jiná povinná osoba v selhání.³¹ Podle zákona o ozdravných postupech je povinná osoba v selhání nebo je její selhání pravděpodobné tehdy, pokud splňuje alespoň jednu z následujících čtyř možností konstruovaných jako alternativní podmínky.³² Za prvé jde o situace, kdy úvěrové instituce porušují zákonné požadavky nezbytné pro udělení licence, zejména pak ve vztahu k obezřetnostním požadavkům na strukturu a hodnotu drženého kapitálu. Naplnění této skutkové podstaty může tedy zjevně připadat v úvahu pouze u úvěrových institucí, které na rozdíl od dalších povinných osob skutečně drží příslušné bankovní licence. O selhání jde ale rovněž tehdy, pokud je hodnota aktiv příslušné povinné osoby nižší než hodnota jejich závazků. Jedná se tedy o dobře známý rozvahový test insolvence, respektive test předlužení (*balance sheet test*). Třetí možnou podmínkou je stav, kdy daná povinná osoba není schopna splácet své splatné dluhy nebo jiné závazky, tedy tzv. test likvidity (*liquidity test*).³³ Jak bylo již naznačeno, tyto podmínky mohou být považovány za splněné i tehdy, kdy sice ještě nenastaly, ale na místě je důvodný předpoklad, že se tak v dohledné době stane, tedy v podstatě po vzoru koncepce hrozícího úpadku ve smyslu Insolvenčního zákona.³⁴ Ve vztahu k úvěrovým institucím je tato konstrukce nepochybně více než na místě. S ohledem na strmou křivku poklesu hodnoty jejich aktiv v případě tržního selhání totiž může uspokojivé řešení situace přinést zpravidla pouze neodkladný zásah orgánů pověřených řešením krize. Poslední možnou alternativou, která odůvodňuje závěr, že je povinná osoba v selhání, představují situace, kdy je na místě poskytnutí mimořádné veřejné finanční podpory (vyjma taxativně stanovených forem veřejné podpory).³⁵

Nad rámec veřejného zájmu a požadavku selhání (či hrozícího selhání) povinné osoby je poslední podmínkou pro uplatnění opatření k řešení krize předpoklad, že s ohledem na časové možnosti a další relevantní okolnosti neexistuje pravděpodobná vyhlídka na to, že by selhání instituce v přiměřené lhůtě zabránilo jakékoli jiné opatření než opatření k řešení krize.³⁶ Tato podmínka opět připomíná, že nástroje k řešení krize by principiálně neměly být první variantou, jak finanční obtíže úvěrových institucí a dalších povinných osob řešit. V tomto směru je nutno vyjít zejména z vlastního textu směrnice BRRD. Ta mezi další eventuality řadí vedle opatření včasného zásahu především alternativní opatření soukromého sektoru,³⁷ jakož i užití ojedinelého institutu odpisu nebo konverze, o kterém bude řeč níže.

³¹ Viz § 78 zákona o ozdravných postupech a článek 32 směrnice BRRD.

³² Viz ustanovení § 4 zákona o ozdravných postupech, který vychází z článku 32 odst. 4 směrnice BRRD.

³³ Pro více informací ohledně aktuálních otázek k těmto testům viz SCHELO, S. *Bank recovery and resolution*. Kluwer Law International, 2015, s. 93–95. Ve vztahu k definici úpadku podle § 3 insolvenčního zákona, který s těmito testy rovněž operuje viz např. SCHÖNFELD, J. Ekonomický pohled na definici úpadku korporace. *Bulletin advokacie* (el. forma časopisu), 2017. Dostupné na: <http://www.bulletin-advokacie.cz/ekonomicky-pohled-na-definici-upadku-korporace>.

³⁴ Viz § 3 odst. 4 insolvenčního zákona.

³⁵ Mimořádná veřejná podpora je definovaný pojem ve smyslu článku 2 odst. 1 bod 28 směrnice BRRD, respektive § 2 odst. 1 písm. s) zákona o ozdravných postupech.

³⁶ Viz § 78 odst. 1 písm. b) zákona o ozdravných postupech, který neúplně transponuje článek 32 odst. 1 písm. b) směrnice BRRD.

³⁷ Pro další informace viz SCHELO, *op. cit.*, s. 99.

Navzdory nastíněnému konceptu nástrojů k řešení krize jako institutů *ultima ratio* nemusí být jejich aplikace nezbytně ojedinělým jevem. Veřejný zájem lze totiž minimálně v případě zákona o ozdravných postupech v podstatě presumovat a k prokázání opaku by musela osoba namítající jeho neexistenci nejprve unést důkazní břemeno.

To bude ale s poukazem na limity soudního přezkumu značně obtížné.³⁸ Směrnice BRRD totiž v kontextu soudní revize uplatněných nástrojů k řešení krize vylučuje automaticky odkladný účinek a vychází z vyvratitelné právní domněnky, že jakýkoli odklad výkonu přijatých rozhodnutí by byl proti veřejnému zájmu.³⁹ Případný přezkum provedených opatření je tedy obecně limitován až na *ex post* zhodnocení. Stejný přístup se uplatní i v případě rezolučního režimu podle zákona o ozdravných postupech, a to nehlédě na určitá specifika apelačního systému v rámci správního řízení. Ačkoli ČNB není sama o sobě správním orgánem, podle § 1 odst. 3 zákona o České národní bance⁴⁰ platí, že v zákonem stanovených případech jsou jí svěřeny kompetence správního úřadu. Z tohoto důvodu má rozhodnutí ČNB (jakožto příslušného orgánu k řešení krize) povahu správního rozhodnutí. Zároveň platí, že ČNB nemá žádný další nadřazený správní orgán, což ji v podstatě staví do role ústředního správního úřadu.⁴¹ Řádným opravným prostředkem je proto rozklad ve smyslu § 152 správního řádu.⁴² Zákon o ozdravných postupech sice podání rozkladu v určitých případech vylučuje, ve vztahu k nástrojům k řešení krize tomu tak ale není.⁴³ Případné přiznání odkladného účinku žalobě proti rozhodnutí ČNB o opatření k řešení krize je po vzoru směrnice BRRD zatíženo vyvratitelnou domněnkou, podle které je odkladný účinek v rozporu s veřejným zájmem.⁴⁴ S ohledem na ustanovení § 222 odst. 1 zákona o ozdravných postupech poté platí, že rozhodnutí ČNB o nástrojích k řešení krize je vykonatelné okamžikem oznámení tohoto rozhodnutí účastníkům řízení, není-li výslovně stanoveno jinak. Rozhodnutí lze přitom doručit veřejnou vyhláškou a za doručené se považuje okamžikem uveřejnění na internetových stránkách ČNB, což znamená, že je vykonatelné prakticky ihned.

Rozměr veřejného zájmu by měl v každém případě korelovat s tržním postavením úvěrových institucí a dalších povinných osob, jelikož čím významnějšího postavení finanční instituce bude, tím spíše lze předpokládat jeho existenci. Aktuální případy ovšem poukazují spíše na nejednotný postup orgánů pověřených řešením krize a významné tržní postavení evidentně nemusí znamenat, že k užití nástrojů k řešení krize skutečně dojde.

To lze doložit na případě insolvence šesté největší španělské banky Banco Popular, která byla s poukazem na veřejný zájem řešena kombinací nástroje odpisu a konverze a nástroje převodu činnosti, na základě čehož byla tato instituce následně převedena

³⁸ Soudní přezkum zajišťuje v obecné rovině ustanovení článku 85 odst. 3 a 4 směrnice BRRD, jehož českým „ekvivalentem“ je § 224 zákona o ozdravných postupech.

³⁹ Viz článek 85 odst. 4 směrnice BRRD.

⁴⁰ Zákon č. 6/1993 Sb., zákon České národní rady o České národní bance.

⁴¹ Viz JEMELKA, L. – PONDĚLÍČKOVÁ, K. – BOHADLO, D. *Správní řád. Komentář*. 6. vydání. Praha: C. H. Beck, 2019, Komentář k § 152 odst. 2.

⁴² Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád.

⁴³ Viz např. § 23 odst. 2 nebo § 224 odst. 2 zákona o ozdravných postupech.

⁴⁴ Viz § 225 odst. 1 zákona o ozdravných postupech.

španělské bance Banco Santander, což mimochodem přispělo k dalšímu posílení jejího statutu jako tzv. G-SIFI (*Global Systemically Important Financial Institution*). Naopak v případě finančních potíží páté největší italské banky – Monte dei Paschi di Siena – nebyl shledán veřejný zájem na užití některého z nástrojů k řešení krize, ale na poskytnutí veřejné podpory formou preventivní rekapitalizace (*precautionary recapitalisation*).⁴⁵ Schválení této formy veřejné podpory Evropskou komisí bylo s ohledem na okolnosti a politickou sensitivitu případu pravděpodobně nevyhnutelné, nicméně pochopitelně vzbuzuje kontroverzi, a to zejména s ohledem na proklamovaný záměr zabránit dalším vladním subvencím finančního sektoru.⁴⁶

3. NÁSTROJE K ŘEŠENÍ KRIZE

3.1 NÁSTROJ PŘEVODU ČINNOSTI (PŘECHOD ČINNOSTI NA SOUKROMÉHO NABÝVATELE)

Směrnice BRRD explicitně identifikuje celkem čtyři nástroje k řešení insolvence finančních institucí, a to sice nástroj převodu činnosti (*sale of business tool*), překlenovací instituce (*bridge institution tool*), oddělení aktiv (*asset separation tool*) a rekapitalizace z vlastních zdrojů (*bail-in tool*).

Nástroj převodu činnosti (*sale of business*) patří spolu s nástrojem překlenovací instituce (*bridge institution*)⁴⁷ mezi instituty, které byly s určitými modifikacemi převzaty s ohledem na předchozí zkušenosti s jejich užíváním, zejména pak v rámci Spojených států amerických.⁴⁸ Nutno ale dodat, že tyto nástroje do svých právních úprav převzala před transpozicí směrnice BRRD rovněž řada zemí starého kontinentu, zejména pak Velká Británie⁴⁹ a Německo.⁵⁰ Zákon o ozdravných postupech namísto spojení „převod činnosti“, se kterým poněkud nepřesně pracuje český překlad směrnice BRRD, užívá termínu „přechod činnosti“. Tím je vyjádřen fakt, že k realizaci transferu nedochází z vlastní vůle úvěrové instituce, nýbrž na základě jiné právní skutečnosti, v tomto pří-

⁴⁵ Viz oficiální zpráva Evropské komise. Dostupné na: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1905.

⁴⁶ Pro další informace HADJIEMMANUIL, CH. Limits on State-Funded Bailouts in the EU Bank Resolution Regime. *European Banking Institute Working Paper Series*, 2017. Dostupné na: <https://ssrn.com/abstract=2912165> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2912165>.

⁴⁷ V terminologii zákona o ozdravných postupech jde o instituty přechodu činnosti na soukromého nabyvatele a na překlenovací instituci ve smyslu § 96–101 a 102–112.

⁴⁸ OLSON, G. N. Government Intervention: The Inadequacy of Bank Insolvency Resolution – Lessons from the American Experience. In: LASTRA, R. M. – SCHIFFMAN, H. N. *Bank failures and bank insolvency law in economies in transition*. Boston: Kluwer Law International, 1999, s. 147 a násl.

⁴⁹ Uvedené nástroje implementuje britský bankovní zákon (*Banking Act*). Více viz DALVINDER, S. U.K. Approach to Financial Crisis Management. *Transnational Law & Contemporary Problems*, 2010, Vol. 19, s. 872.

⁵⁰ V případě Německa byly tyto nástroje implementovány již v rámci zákona o restrukturalizaci bank (*Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organisation (Restrukturierungsgesetz)*) z roku 2011, tj. o řadu let dříve, než došlo k implementaci směrnice BRRD. Pro více informací viz CHATTOPADHYAY, R. *Bridge Banks in Deutschland – Abwicklung und Restrukturierung systemrelevanter Banken durch Vermögensübertragung*. Springer, 2015.

padě z titulu rozhodnutí orgánu veřejné moci. V dalším textu bude proto nadále užíváno spojení „přechod činnosti“, vyjma případů, kde bude explicitně odkazováno na směrnici BRRD.

Co se týče nástroje přechodu činnosti, s jistou mírou zjednodušení lze říci, že tento institut není v zásadě ničím jiným než nuceným přechodem podílů nebo závodu či jeho části na třetí stranu (nikoli však na překlenovací instituci). S ohledem na relativně přímočarou povahu nástroje přechodu činnosti lze tento institut jistě označit za nejméně komplikovaný ze všech nástrojů k řešení krize.⁵¹ Předpokladem úspěšné realizace tohoto nástroje je v případě transferu závodu především vyčlenění systémově relevantních funkcí dané instituce a jejich přesun na nového nabyvatele. Tím má být zajištěna kontinuita funkcí i do budoucna, přičemž směrnice BRRD předpokládá, že po realizaci vlastního přechodu zpravidla dojde k likvidaci finanční instituce podle národních insolvenčních předpisů.⁵²

Nehledě na to, zda bude mít nástroj přechodu činnosti podobu přechodu podílů nebo závodu, nezbytnou podmínkou zůstává, aby příslušný nabyvatel držel veškerá nezbytná oprávnění k provozu činnosti dané instituce.⁵³ Navzdory tomu, že o licenci lze žádat ve spojení se zamýšleným transferem činnosti, s ohledem na časovou tíseň lze usuzovat, že v rámci realizace tohoto nástroje bude v případě úvěrových institucí okruh potenciálních zájemců omezen primárně na další úvěrové instituce s existujícími licencemi. K přechodu by mělo zásadně docházet za tržních podmínek, přičemž výběr budoucího kupujícího podléhá dalším požadavkům, mezi které patří především transparentnost, absence střetu zájmů, zákaz poskytování neoprávněné výhody nabyvateli a pochopitelně také snaha o maximalizaci prodejní ceny.⁵⁴ Zároveň ale platí, že za mimořádných okolností lze od požadavku na splnění uvedených podmínek upustit.⁵⁵ Stanovení této výjimky je nepochybně na úkor transparentnosti zamýšleného přechodu, ale má své odůvodnění v situacích, kdy je v sázce finanční stabilita a spíše než dodržení veškerých formalit je nutná urychlená reakce.

S ohledem na nucenou povahu tohoto nástroje nepodléhá přechod činnosti souhlasu společníků dané instituce či jiných třetích stran a neuplatní se ani jakékoli další procesní požadavky plynoucí z národních předpisů, zejména pak těch upravujících fungování obchodních korporací.⁵⁶ Tento přístup vychází mimo jiné ze závěrů Basilejského výboru pro bankovní dohled,⁵⁷ a to vzhledem ke zkušenostem s řešením selhání finanční skupiny Fortis v období poslední finanční krize, konkrétně pak s ohledem na rozhodnutí belgického soudu ve věci *Fortis* z roku 2008.⁵⁸ Pro přiblížení okolností tohoto případu postačí uvést, že v návaznosti na insolvenční finančního konglomerátu Fortis působícího především v Beneluxu poskytly Nizozemí, Belgie a Lucembursko příslušným společ-

⁵¹ SCHIAVO, *op. cit.*, kapitola 8.03, bod 5.

⁵² Viz ustanovení článku 37 odst. 6 ve spojení s článkem 60 preambule směrnice BRRD.

⁵³ Viz ustanovení článku 38 odst. 7 směrnice BRRD a § 98 odst. 1 zákona o ozdravných postupech.

⁵⁴ Viz ustanovení článku 39 odst. 2 směrnice BRRD a § 97 odst. 1 zákona o ozdravných postupech.

⁵⁵ Viz ustanovení článku 39 odst. 3 směrnice BRRD a § 97 odst. 3 zákona o ozdravných postupech.

⁵⁶ Viz ustanovení článku 38 odst. 1 směrnice BRRD a § 96 odst. 5 zákona o ozdravných postupech.

⁵⁷ Viz body 28–33 zprávy „Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group“ Basilejského výboru pro bankovní dohled. Dostupné na: <https://www.bis.org/publ/bcbs169.pdf>.

⁵⁸ Rozhodnutí odvolacího soudu v Bruselu ve věci *Fortis* ze dne 12. prosince 2008, 2008/KR350.

nostem této skupiny značné státní subvence za účelem jejich záchrany. Tyto subvence měly mimo jiné podobu konvertibilních dluhopisů, na základě kterých měly zmíněné státy získat majetkovou účast v daných společnostech koncernu Fortis,⁵⁹ a to se záměrem následné restrukturalizace skupiny a jejího prodeje finanční skupině BNP Paribas. Tento plán ovšem zhatil belgický soud, který vzhledem k absenci souhlasů valných hromad předmětných společností pozastavil účinnost zamýšlených transakcí.⁶⁰ Směrnice BRRD proto za účelem zajištění „exekutivní povahy“ nástroje převodu činnosti od požadavku předchozích souhlasů a dalších procesních náležitostí upouští. V tomto směru tedy představuje institut přechodu činnosti *lex specialis* k obecné úpravě podmínek převodu obchodního podílu a závodu.⁶¹

Na tomto místě stojí za povšimnutí jistý rozpor mezi jednou z obecných zásad řešení krize, podle které ztráty instituce v krizi nesou jako první její akcionáři.⁶² V kontextu této zásady totiž působí poněkud překvapivě pravidlo, podle kterého se má jakékoli protiplnění získané za přechod podílů (akcií) na nového nabyvatele použít ve prospěch společníků a vlastníků jiných nástrojů účasti řešené instituce v krizi, vyjma případného započtení výdajů vynaložených orgánem k řešení krize v souvislosti s realizací toho nástroje.⁶³ Vydeme-li totiž z premisy, že hodnota akcií a dalších nástrojů majetkové účasti v úvěrové instituci koreluje s panující ekonomickou situací (a tím pádem může mít v období krize minimální či nulovou hodnotu), mohou si akcionáři v případě včasného zásahu ze strany orgánů pověřených řešením krize oproti postupu v rámci „běžného“ úpadkového řízení paradoxně polepšit. To vychází z pravidla, že společníci relevantní instituce stojí ve „frontě na majetek“ (jak tento stav výstižně pojmenovává T. Richter)⁶⁴ až na posledním místě za nezajištěnými věřiteli,⁶⁵ jejichž uspokojení je ale většinou z důvodu nedostačující majetkové podstaty minimální nebo vůbec žádné. Při včasném přechodu podílů nebo závodu na nového nabyvatele je naopak myslitelná varianta, kdy dojde k transferu za protiplnění, na které budou mít naopak společníci prioritní nárok.

S ohledem na základní cíl směrnice BRRD, že akcionáři mají nést ztráty na prvním místě, lze ale jen stěží nalézt ospravedlnění pro takto nastavené pravidlo. Legitimitu této kritiky lze vyvodit i z aspektu nepřímé zodpovědnosti společníků za stav společnosti s ohledem na jejich právo rozhodovat o složení statutárních a dozorčích orgánů odpovědných (respektive spoluodpovědných) za obchodní vedení, a tím pádem i za stav dané úvěrové instituce. I pokud bychom přijali argument, že je kupní cena či jiné protiplnění v podstatě náhradou za faktickou expropriaci vlastnického práva akcionářů, v kontextu shora uvedených zásad by i tak měla být výplata protiplnění proporrční k uspokojení

⁵⁹ Jednalo se především o úvěrové instituce skupiny, tj. Fortis Bank Netherlands, Fortis Bank Belgium a Fortis Banque Luxembourg.

⁶⁰ Pro více informací o případu viz SCHILLIG, M. *Resolution and insolvency of banks and financial institutions*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2016, s. 252.

⁶¹ Uvedené vyplývá z § 96 odst. 5 zákona o ozdravných postupech, a to nahlédě na poněkud nesystémovou absenci jakékoli zmínky o této výjimce v rámci § 249–251a zákona o ozdravných postupech, které řeší vztah tohoto zákona k dalším právním předpisům, zákon č. 90/2012 Sb., zákon o obchodních korporacích, nevyjímaje.

⁶² Viz článek 34 odst. 1 písm. a) směrnice BRRD a § 76 písm. d) zákona o ozdravných postupech.

⁶³ Viz článek 38 odst. 4 směrnice BRRD.

⁶⁴ RICHTER, T. *Insolvenční právo*. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 11.

⁶⁵ Viz například ustanovení § 172 odst. 3 insolvenčního zákona.

věřitelů dané instituce. Toho by šlo docílit například tím, že by úhrada daného plnění byla podmíněná následnými výsledky aplikace tohoto nástroje, a tím byla fakticky „zatlížena“ odloženou splatností.

Vzhledem k dosavadním zkušenostem s aplikací nástrojů k řešení krize lze ale usuzovat, že nastíněný problém s preferenčním postavením společníků bude spíše raritní. Na místě je totiž předpoklad, že orgány k řešení krize souběžně přistoupí k užití dalších opatření k řešení krize, zejména pak k institutu odpisu a konverze, který umožňuje redukovat či přímo eliminovat pohledávky společníků vyplývající z jejich účasti ve společnosti. Stejně tak se lze domnívat, že jen málokterý zásah dohledových orgánů bude natolik promptní, aby dokázal zamezit výraznému poklesu hodnoty akcií, ke kterému nepochybně dojde. Oba tyto předpoklady navíc potvrzuje již zmiňovaný případ španělské banky Banco Popular, jejíž insolvence byla řešena právě kombinací nástrojů odpisu a konverze ve spojení s nástrojem přechodu činnosti. Vlastní transfer Banco Popular na Banco Santander pak proběhl za symbolické 1 Euro, což vskutku neumožňuje učinit závěr, že by společníci Banco Popular obdrželi preferenční zacházení.

3.2 NÁSTROJ PŘEKLENOVACÍ INSTITUCE (PŘECHOD ČINNOSTI NA PŘEKLENOVACÍ INSTITUCI)

Ani nástroj překlenovací instituce (*bridge institution tool*) není v rámci Evropské unie zcela novým institutem a bylo ho užito již v řadě případů předcházejících implementací směrnice BRRD, například v rámci insolvence Dunfermline Building Society v Anglii.⁶⁶ Jak podotýká důvodová zpráva k zákonu o ozdravných postupech, obdobný, byť velmi povšechně upravený institut byl v českém právním řádu rovněž zakotven před transpozicí směrnice BRRD. Stalo se tak prostřednictvím § 16 odst. 5 zákona o bankách⁶⁷ ve znění předcházejícím přijetí zákona o ozdravných postupech,⁶⁸ který ovšem namísto termínu překlenovací instituce užíval legislativního pojmu „banka zvláštního určení“.

Institut překlenovací instituce je z hlediska právních mechanik v podstatě totožný s nástrojem přechodu činnosti. Rozdílem ovšem je, že nedochází k přechodu podílu či závodu úvěrové instituce či jiné povinné osoby ve finančních obtížích na nabyvatele ze soukromého sektoru, nýbrž k transferu na novou, účelově založenou společnost, přičemž k dalšímu transferu na třetí osobu může dojít až posléze. Směrnice BRRD jednak požaduje, aby byly podíly v překlenovací instituci v částečném nebo úplném držení veřejných orgánů, ale rovněž i to, aby byla překlenovací instituce spravována orgánem pro řešení krize.⁶⁹ Zákon o ozdravných postupech tento přístup reflektuje prostřednictvím ustanovení § 102 a násl., podle kterého má být nejvyšším orgánem překlenovací instituce Česká republika, za kterou jedná Ministerstvo financí. V tomto případě tedy

⁶⁶ Pro více informací o případu viz COLIN, J. – COWE, S. – TREVILLION, E. *Property boom and banking bust: the role of commercial lending in the bankruptcy of banks*. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2017, s. 131 a násl.

⁶⁷ Zákon č. 21/1992 Sb., zákon o bankách, ve znění pozdějších předpisů.

⁶⁸ Viz důvodová zpráva k § 102–112 zákona o ozdravných postupech.

⁶⁹ Viz článek 40 odst. 2 směrnice BRRD.

dochází k určitému štěpení pravomocí mezi ČNB, v pozici orgánu pověřeného řešením krize, a státem, který jedná právě prostřednictvím Ministerstva financí.

V obecné rovině má nástroj překlenovací instituce uplatnění zejména tehdy, pokud se závčasů nedaří najít kupujícího ze soukromého sektoru, například z důvodu tržního významu finanční instituce nebo skupiny v krizi, který limituje okruh dostupných nabyvatelů. Z uvedeného zároveň plyne i dočasná povaha překlenovací instituce. Jejím účelem je totiž zachování kritických funkcí původní instituce pouze po přechodné období, zpravidla než se podaří nalézt jednoho či více nabyvatelů. K ukončení provozu překlenovací instituce by mělo v zásadě dojít v rámci dvou let, nicméně, nedojde-li v této době k převodu činnosti překlenovací instituce na nového kupujícího (ať již formou fúze, rozdělení nebo prostřednictvím přechodu závodu), je možné dodatečné prodloužení.⁷⁰

I přestože současná právní úprava umožňuje přechod akcií či jiných nástrojů účasti příslušné instituce v krizi na překlenovací instituci (která se tak stává holdingovou společností), lze se přiklonit k názoru, že v praxi bude pravděpodobně převládat spíše přechod vybraných aktiv a závazků (tj. přechod závodu, respektive jeho části).⁷¹ Uvedené se odvíjí od smyslu překlenovací instituce, která má převzít pouze systémově relevantní činnosti instituce v krizi, zatímco v případě přechodu podílů dochází ke kompletní akvizici dané instituce, tedy včetně veškerých jejích aktiv a závazků. Transfer závodu má navíc tu výhodu, že zjednodušuje proces snižování provozních nákladů. Příkladem mohou být náklady na zaměstnance, protože v rámci přechodu činnosti by měla přejít pouze část zaměstnanců původní instituce v krizi, tj. zaměstnanců přidružených k převáděným aktivitám.⁷² Překlenovací instituce má rovněž lepší vyjednávací pozici v rámci renegociace dodavatelských a dalších smluv, jelikož instituce v krizi v návaznosti na aplikaci nástroje přechodu činnosti pravděpodobně zcela pozbyde další provozuschopnosti.⁷³ Smluvní strany původní instituce tak budou s největší pravděpodobností ochotny akceptovat i horší podmínky nabídnuté překlenovací institucí, aby si zajistily budoucí příjmy z obdobného smluvního vztahu.

Valná část ustanovení týkajících se nástroje překlenovací instituce v zásadě odráží právní úpravu nástroje přechodu činnosti. To lze doložit například tím, že ani nástroj překlenovací instituce nevyžaduje ke své realizaci souhlasu společníků či jakýchkoli jiných stran.⁷⁴ Identifikovat lze ale i rozdíly, jako je například požadavek, aby při přechodu na překlenovací instituci byla zaručena pozitivní bilance převáděných aktiv a závazků.⁷⁵

Zároveň je ale nutno poukázat na to, že nástroj překlenovací instituce má stejně jako nástroj přechodu činnosti své limity, jelikož tyto nástroje jsou ve své ryzí podobě

⁷⁰ Prodloužení činnosti by sice v souladu s článkem 41 odst. 5 a 6 směrnice BRRD (§ 110 odst. 1 a 2 zákona o ozdravných postupech) nemělo přesáhnout období jednoho roku, nicméně opakované prodloužení není vyloučeno, pokud to okolnosti případu odůvodňují.

⁷¹ SCHELO, *op. cit.*, s. 142.

⁷² Ve smyslu ustanovení § 338 a násl. zákona č. 262/2006 Sb., zákoníku práce.

⁷³ Srov. bod 60 preambule směrnice BRRD.

⁷⁴ Viz ustanovení článku 40 odst. 1 směrnice BRRD a § 104 zákona o ozdravných postupech. Pro další informace ve vztahu k absenci souhlasů podle příslušných předpisů týkajících se obchodních společností viz STEPHAN, M. *Bank Failure and Pre-Emptive Planning: The Special Requirements of a Bank Resolution and a Default Resolution Option*, 2013, s. 61 a násl. Dostupné na: <https://ssrn.com/abstract=2277452>.

⁷⁵ Viz článek 40 odst. 3 směrnice BRRD a § 103 odst. 4 zákona o ozdravných postupech.

vhodné spíše pro účely rezoluce úvěrových institucí menšího či středního významu. V případě institucí z kategorie SIFI (*Systemically Important Financial Institution*) totiž spočívá problém právě v hledání vhodného nabyvatele, kterým může být zpravidla pouze jiná systémově významná instituce. To ale přispívá k bludnému kruhu, kdy dochází k vytváření stále větších finančních konglomerátů, jejichž případná insolvence ohrožuje stabilitu finančních trhů. Tím se ale bohužel vytváří další důvody, proč k záchraně takových institucí užít finanční prostředky veřejnosti.⁷⁶ Stejně tak lze očekávat, že v případě aplikace obou diskutovaných nástrojů ve vztahu k systémově významným finančním institucím bude obtížné dosáhnout řešení, které by bylo uskutečnitelné bez současného poskytnutí veřejné podpory. Na místě je totiž předpoklad, že potenciální nabyvatel bude po státech vlastnících překlenovací instituci požadovat záruky za převzetí jmění, které s největší pravděpodobností nebude mít možnost kompletně zanalyzovat v rámci předchozí právní prověrky.⁷⁷ V tomto případě pak aplikace obou popsanych nástrojů může vést k paradoxní situaci, kdy nástroje k řešení krize, které byly implementovány primárně za účelem řádného řešení insolvence úvěrových institucí a dalších povinných osob bez nutnosti státních subvencí, ve skutečnosti samy vytváří prostor k jejich poskytnutí.

Pokud by bylo odkazováno na vnitřní rozpornost mezi obecnou zásadou řešení krize, podle které mají akcionáři nést ztráty na prvním místě, a ustanoveními, které akcionářům garantují protioplnění za přechod podílů, je nutno dodat, že v případě aplikace nástroje přechodu činnosti na překlenovací instituci je tato kontradikce dále umocněna tím, že překlenovací instituce je minimálně v částečném vlastnictví státu. V takovém případě je totiž protioplnění za přechod podílů fakticky hrazeno z veřejných prostředků, což je vedle uvedené zásady rozporné rovněž s obecným regulačním záměrem současné právní úpravy, podle které má být užívání veřejných financí v rámci řešení insolvence povinných osob v maximální možné míře limitováno.⁷⁸ Uvedený problém je alespoň částečně redukován tím, že k převodu akcií či jiných účastnických nástrojů by mělo docházet spíše zřídka, jakož i tím, že orgány pověřené řešením krize mohou opatření k řešení krize kombinovat, což do určité míry umožňuje tyto nedostatky kompenzovat.⁷⁹

Odborná literatura je k nástroji překlenovací instituce skeptická i vzhledem k obavě, zda příslušný orgán pověřený řešením krize dokáže správně identifikovat systémově relevantní činnosti, které mají být na překlenovací instituci převedeny, což je poplatné zejména v případech komplikovaných korporátních struktur.⁸⁰ Určité pochybnosti lze mít dále o tom, do jaké míry budou přechody vybraných aktiv a závazků opravdu uznány příslušnými orgány v dalších státech.

⁷⁶ Pro další analýzu viz např. ARMOUR, J. Making Bank Resolution Credible. In: MOLONEY, N. – FERRAN, N. E. – PAYNE, J. *The Oxford handbook of financial regulation*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2015, s. 455.

⁷⁷ SJÖBERG, G. Banking Special Resolution Regimes as a Governance Tool. In: RINGE, W. G. – HUBER, P. M. *Legal Challenges in the Global Financial Crisis: Bail-Outs, the Euro and Regulation*. Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, s. 191.

⁷⁸ Viz ustanovení bodu 45 preambule směrnice BRRD.

⁷⁹ Možná kombinace nástrojů je výslovně povolena článkem 37 odst. 4 směrnice BRRD

⁸⁰ SCHELO, *op. cit.*, s. 144.

3.3 NÁSTROJ ODDĚLENÍ AKTIV (PŘECHOD ČINNOSTI NA OSOBU PRO SPRÁVU AKTIV)

Třetím a předposledním nástrojem k řešení krize je nástroj oddělení aktiv (*asset separation tool*). Nutno podotknout, že tento nástroj byl v diskuzích ohledně představení nového právního rámce pro řešení insolvence finančních institucí poněkud upozaděn. Kupříkladu zpráva Basilejského výboru pro bankovní dohled⁸¹ jej vůbec nezmiňuje a v případě zprávy Rady pro finanční stabilitu⁸² je ve smyslu tohoto nástroje pouze letmo odkázáno na společnost pro správu aktiv (*asset management company*)⁸³ jako na jeden z možných nástrojů pro účely řešení krize finančních institucí. Nehledě na uvedené byl nicméně tento nástroj *avant la lettre* v praxi již mnohokrát užít. Jako relativně recentní příklad lze uvést Německo, kde byla takto v roce 2009 založena společnost pro správu aktiv *Erste Abwicklungsanstalt* pod dohledem Federální agentury pro stabilizaci finančních trhů (*Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung*), a to v souvislosti s insolvencí West LB (*Westfälisch-Lippischer Sparkassen und Giroverband*).⁸⁴ Své zkušenosti se společnostmi pro správu aktiv mají ale mimo jiné i severské státy díky skandinávské bankovní krizi z konce osmdesátých a počátku devadesátých let dvacátého století.⁸⁵

Podstatou nástroje oddělení aktiv je přechod aktiv, práv a závazků z instituce v krizi nebo překlenovací instituce na společnost pro správu aktiv se záměrem maximalizace jejich hodnoty prostřednictvím následného prodeje nebo likvidace.⁸⁶ Oproti nástroji překlenovací instituce, který slouží k vyčlenění provozuschopných a systémově důležitých činností z instituce v krizi, je cílem nástroje oddělení aktiv naopak vyjmutí nevýnosných či „toxických aktiv“ (*toxic assets*)⁸⁷ z účetnictví instituce v krizi či překlenovací instituce a jejich transfer na některou z účelově založených společností pro správu aktiv, kterým se z důvodu skladby jejich portfolia rovněž přezdívá „*bad banks*“.⁸⁸ Společnost pro správu aktiv musí být shodně jako překlenovací instituce částečně či úplně vlastněna veřejnými orgány a ovládána orgánem pro řešení krize.⁸⁹ V tomto směru institut

⁸¹ Zpráva „Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group“ Basilejského výboru pro bankovní dohled. Dostupné na: <https://www.bis.org/publ/bcbs169.pdf>.

⁸² Viz bod 3.2 (viii) zprávy Rady pro finanční stabilitu „Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions“ z roku 2011. Dostupné na: <http://www.fsb.org/what-we-do/policy-development/effective-resolution-regimes-and-policies/key-attributes-of-effective-resolution-regimes-for-financial-institutions>.

⁸³ Užitečnou analýzu potenciálu společností pro správu aktiv nabízí STUTTS, W. F. Of Herring and Sausage: Nordic Responses to Banking Crises as Examples for the United States. *Texas International Law Journal*, 2009, Issue 44.

⁸⁴ Pro více informací o tomto případě v kontextu státní podpory viz rozhodnutí Tribunálu (prvního rozšířeného senátu) ve věci *Westfälisch-Lippischer Sparkassen und Giroverband v. Commission* ze dne 17. července 2014, T-457/09.

⁸⁵ Pro podrobnosti viz např. BINDER, J. H. Institutionalisierte Krisenbewältigung bei Kreditinstituten. *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 2009, s. 27 a násl.

⁸⁶ Viz ustanovení článku 42 odst. 3 směrnice BRRD a § 115 odst. 1 zákona o ozdravných postupech.

⁸⁷ Pro více informací o „toxických aktivech“ v kontextu hospodářské krize z let 2007–2009 viz BLINDER, A. S. *After the music stopped: the financial crisis, the response, and the work ahead*. New York: Penguin Press, 2013, s. 194 a násl.

⁸⁸ Viz např. MITCHELL, Ch. *Saving the market from itself: the politics of financial intervention*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, s. 14 a násl.

⁸⁹ Viz ustanovení článku 42 odst. 2 směrnice BRRD.

přechodu činnosti na osobu pro správu aktiv sleduje úpravu shora popsaného nástroje překlenovací instituce. V případě České republiky tedy opět dochází k rozdělení většiny rozhodovacích oprávnění mezi nejvyšší orgán, kterým je stát, zastoupený Ministerstvem financí, a ČNB v postavení orgánu k řešení krize.⁹⁰

Z důvodu účasti veřejných orgánů ve společnosti pro správu aktiv je ovšem i tento nástroj spojen s možností veřejného financování, jak dává tušit sama směrnice BRRD.⁹¹ Užití veřejných prostředků přitom bude ve většině případů nevyhnutelnou variantou, jelikož bez zajištění dostatečných zdrojů financí mohou tyto „špatné banky“ jen obtížně plnit svou roli.⁹² Kritické je v tomto ohledu zejména počáteční období, ve kterém osoba pro správu aktiv vykonává svou činnost. Je totiž nutné velmi rychle identifikovat a klasifikovat odlišné druhy nevýkonných aktiv a vypracovat pro ně odpovídající strategie. Mezi ty může patřit například sekuritizace aktiv za účelem snížení jejich rizikovitosti, vzdání se určitých práv banky za účelem motivování dlužníků k předčasnému splacení úvěrů, restrukturalizace dluhového portfolia problémových klientů, prodej vybraných aktiv pod tržní cenou a řada dalších strategií. Vzhledem ke struktuře spravovaných aktiv je nutno počítat s tím, že tyto společnosti nejsou v počátcích nezbytně výdělečné a jejich výsledky lze zpravidla posuzovat až ve střednědobém horizontu.

Institut přechodu činnosti na osobu pro správu aktiv může být ale užit pouze spolu s některým z dalších dostupných nástrojů k řešení krize.⁹³ Důvodem je především skutečnost, že možnost vyčlenění nevýkonných či toxických aktiv z účetnictví úvěrové instituce je doprovázeno negativní externalitou v podobě podpory morálního hazardu.⁹⁴

3.4 NÁSTROJE REKAPITALIZACE Z VNITŘNÍCH ZDROJŮ (ODPIS NEBO KONVERZE ODEPISOVATELNÝCH ZÁVAZKŮ)

Posledním a zároveň nejkompexnějším nástrojem k řešení krize je nástroj rekapitalizace z vnitřních zdrojů,⁹⁵ v literatuře častěji označovaný jako tzv. „bail-in“ (naznačující, že se má jednat o protipól k poskytování státních subvencí, tzv. „bail out“). Tento nástroj je úzce propojen s institutem „odepisování a konverze kapitálových nástrojů a způsobilých závazků“⁹⁶, který sice z materiálního pohledu rovněž představuje *de facto* nástroj k řešení krize a někteří autoři ho označují jako „malý bail-in“ (*kleiner*

⁹⁰ Viz § 114 zákona o ozdravných postupech.

⁹¹ Viz článek 42 odst. 6 směrnice BRRD.

⁹² Vice viz DONG, H. – INGVESS, S. – SEELIG, S. *Issues in the Establishment of Asset Management Companies*. International Monetary Fund, 2006, s. 23 a násl. Dostupné na: https://www.researchgate.net/publication/304636044_Issues_in_the_Establishment_of_Asset_Management_Companies.

⁹³ Viz článek 37 odst. 5 směrnice BRRD a § 113 odst. 2 zákona o ozdravných postupech.

⁹⁴ AVGOULEAS, E. *Governance of Global Financial Markets*. Cambridge University Press, 2012, s. 418.

⁹⁵ Nástroj rekapitalizace z vnitřních zdrojů (opatření odpisu nebo konverze odepisovatelných závazků) je bezpochyby nejpodrobněji upraveným institutem Směrnice BRRD v rámci článků 43–55, respektive zákonem o ozdravných postupech v rámci ustanovení § 120–156. Nutno dodat, že nástroj rekapitalizace je rovněž předmětem obsáhlé novelizace (zejména co do úpravy absorpčních ztrát), a to na základě směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/879 ze dne 20. května 2019, kterou by měly členské státy transponovat do 28. prosince 2020.

⁹⁶ Viz články 59–62 směrnice BRRD a § 59–74b zákona o ozdravných postupech.

bail-in),⁹⁷ nicméně z hlediska systematického uspořádání mezi nástroje k řešení krize zařazen není.⁹⁸ Zákon o ozdravných postupech poté pro nástroj rekapitalizace užívá pojmu „odpis nebo konverze odepisovatelných závazků“ a pro „malý bail-in“ pro změnu „odpis a konverze kapitálových nástrojů“, což poněkud komplikuje orientaci v tomto předpisu. Důvodem rozlišení těchto institutů je v každém případě především to, že k odepisování nebo konverzi kapitálových nástrojů může dojít nezávisle na užití opatření (nástrojů) k řešení krize, hypoteticky tedy i v rámci předběžné intervence ze strany orgánu příslušného k řešení krize.⁹⁹ Zároveň ale platí, že podmínky pro uplatnění odpisu a konverze kapitálových nástrojů jsou širší než podmínky pro uplatnění nástrojů k řešení krize. Jinak řečeno, platná úprava stanoví rovněž další, alternativní podmínky, jejichž splnění umožňuje rozhodnout o odepisování nebo konverzi kapitálových nástrojů, aniž by muselo dojít k naplnění podmínek k řešení krize popsanych v předchozích kapitolách. Mezi ně patří především takový stav povinné osoby, který vyžaduje poskytnutí mimořádné veřejné podpory.¹⁰⁰

S ohledem na svou podstatu se institut rekapitalizace z vnitřních zdrojů v kombinaci s konverzí či odpisem kapitálových nástrojů jeví, alespoň v teoretické rovině, jako ideální instrument k řešení insolvence finančních institucí z kategorie SIFI a G-SIFI a některými autory je považován za nejvýznamnější regulační úspěch v rámci snah o vyřešení problému „*too big to fail*“.¹⁰¹ Tato možná až příliš optimistická vize ale naráží na řadu problémů, které v souvislosti s aplikací těchto opatření vyvstávají.

Rekapitalizace z vnitřních zdrojů je v obecné rovině umožněna především tím, že úvěrové a další finanční instituce jsou s ohledem na povahu svých aktivit stále nuceny držet poměrně značnou úroveň regulačního kapitálu.¹⁰² Ten se v podstatě skládá z vstev vlastního kapitálu, hybridních kapitálových nástrojů a podřízeného dluhu,¹⁰³ které mají v případě finančních obtíží dané instituce sloužit k absorbování ztrát. Ve vztahu ke společníkům a věřitelům je výchozí myšlenkou těchto opatření napodobit pravidla „klasického“ insolvenčního procesu. V insolvenčním řízení totiž stojí společníci obvykle až na posledním místě a jejich pohledávky z titulu majetkové účasti ve společnosti mohou být uspokojeny až po pohledávkách nezajištěných věřitelů (k čemuž ovšem z důvodů nedostatečné majetkové podstaty prakticky nedochází).¹⁰⁴ Stejně tak i třída nezajištěných věřitelů musí akceptovat výrazně nižší míru svého uspokojení (v tom lepším případě), jelikož stojí až za zajištěnými a jinými prioritními věřiteli. Z pohledu ztrát dochází k částečné replikaci této hierarchie prostřednictvím ustanovení o posloupnosti

⁹⁷ HÜBNER, L. – LEUNERT, S. Sanierung und Abwicklung von Banken nach SAG und SRMVO. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2015, Issue 47, s. 2263.

⁹⁸ Srov. kapitolu V směrnice BRRD a část pátou zákona o ozdravných postupech.

⁹⁹ Viz článek 59 odst. 1 směrnice BRRD a § 59 odst. 1 zákona o ozdravných postupech.

¹⁰⁰ Viz článek 59 odst. 3 směrnice BRRD a § 60 zákona o ozdravných postupech.

¹⁰¹ RINGE, W. G. Bail-in between liquidity and solvency. *University of Oxford Legal Research Paper Series*, 2016, No. 33, s. 3.

¹⁰² Tím se rovněž odlišují od většiny „běžných“ obchodních společností, zejména pak ve vztahu k minimálním nárokům na hodnoty základního kapitálu.

¹⁰³ Pro více informací ohledně struktury a významu jednotlivých položek regulačního kapitálu v kontextu úvěrových institucí viz např. DIAMOND, D. W. – RAJAN, R. G. A theory of bank capital. *The Journal of Finance*, 2000, Issue 55, s. 2431–2465.

¹⁰⁴ Viz např. ustanovení § 172 odst. 3 insolvenčního zákona.

odepisování a konverze.¹⁰⁵ Ztráty tedy mají nést (vždy až do úplného vyčerpání aktiv) nejprve (i) držitelé nástrojů kmenového kapitálu tier 1¹⁰⁶ (tedy především akcionáři a další vlastníci účastnických nástrojů dané instituce), (ii) držitelé vedlejšího kapitálu tier 1, (iii) držitelé nástrojů dodatkového kapitálu tier 2, (iv) držitelé dalších podřízených pohledávek nespádajících do předchozí kategorie, a (v) držitelé zbývajících způsobilých pohledávek.¹⁰⁷

Ve vztahu k akcionářům úvěrové instituce tedy odpis povede minimálně k výraznému „naředění“ jejich akcií, v některých případech až k jejich úplnému zániku, ať už snížením nominální hodnoty nebo prostřednictvím jejich transferu na věřitele instituce dotčené rekapitalizací.¹⁰⁸ Je ale nutno pamatovat na to, že možnost kompletního zrušení akcií podle směrnice BRRD v řadě případů naráží na limity příslušné právní úpravy obchodních společností, například co do požadavků na kontinuální existenci akcionářů či na minimální výši základního kapitálu.¹⁰⁹

Věřitelé se na sanaci ztrát finanční instituce podílejí v souladu se shora uvedenou poslušností tím, že buďto dojde ke konverzi jejich pohledávek za finanční institucí na kmenový kapitál tier 1 nebo k jejich částečnému či kompletnímu odpisu. Stanovení poměru konverze či odpisu je v pravomoci příslušného orgánu pověřeného řešením krize, přičemž konverzní koeficienty se liší v závislosti na druhu konkrétního kapitálového nástroje.¹¹⁰ Ztráty vzniklé konverzí či odpisem by měli věřitelé stejné třídy nést *pro rata*,¹¹¹ nicméně nemusí tomu tak být vždy. Příslušný orgán k řešení krize je totiž oprávněn vedle pohledávek (závazků), které jsou z možnosti konverze či odpisu podle článku 44 odst. 2 směrnice BRRD vyjmuty automaticky (jde například o pojištěné vklady do částky 100 000 EUR, zajištěné závazky, závazky za zaměstnanci atd.), rozhodnout o vyjmutí dalších závazků. I přestože k vyjmutí dalších závazků by mělo docházet spíše výjimečně a pouze za splnění příslušných podmínek, ve skutečnosti je diskreční pravomoc orgánů k řešení krize poměrně široká, což v důsledku umožňuje odlišné zacházení s věřiteli a na úkor právní jistoty zároveň narušení uvedené poslušnosti, v jaké by k odpisu či konverzi mělo dojít.¹¹² S ohledem na určité vyčlenění institutu odpisu a konverze mimo nástroje k řešení krize není rovněž zcela jasné, zda se v případě jeho užití uplatní zásada, že se žádný věřitel nesmí dostat do méně výhodného postavení (*no*

¹⁰⁵ Viz ustanovení článku 48 a 60 směrnice BRRD a příslušná ustanovení hlavy III části páté zákona o ozdravných postupech ve spojení s § 138 a 140 tohoto předpisu.

¹⁰⁶ Pro více informací GLEESON, S. – GUYNN, R. *Bank resolution and crisis management*. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 216–221.

¹⁰⁷ Důležité je odkázat na článek 108 směrnice BRRD, který harmonizuje klasifikaci pohledávek do příslušných skupin a upravuje jejich prioritu v rámci insolvenční hierarchie.

¹⁰⁸ Viz rovněž článek 47 odst. 1 směrnice BRRD.

¹⁰⁹ Vedle českého právního řádu lze pro účely komparace odkázat například na nizozemskou právní úpravu, kde musí mít akciové společnosti společníky vždy, tj. nelze zcela zrušit akcie, aniž by byly souběžně vydávány nové. Viz zpráva nizozemské centrální banky (*De Nederlandsche Bank*): Operation of the bail-in tool in the Netherlands, English consultation version, 2016, s. 9. Dostupné na: https://www.dnb.nl/en/binaries/Communication%20regarding%20the%20operation%20of%20the%20bail-in%20tool_tcm47-370119.pdf. Pro další analýzu nástroje bail in viz např. JANSSEN, L. Bail-in from an Insolvency Law Perspective. *Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice*, 2017, č. 5.

¹¹⁰ Viz článek 50 směrnice BRRD.

¹¹¹ Viz článek 48 odst. 2 směrnice BRRD.

¹¹² SCHELO, *op. cit.*, s. 125–131.

creditor worse off). S ohledem na materiální pojetí tohoto institutu jako *de facto* nástroje k řešení krize se ale domnívám, že by tomu tak vskutku mělo být.¹¹³ To má význam zejména ve vztahu k možnosti domáhat se následného odškodnění.

Výše uvedené shrnutí hlavních principů těchto nástrojů tedy implikuje, že jejich aplikace v optimálním případě vede k napodobení situace jako v běžném insolvenčním řízení – podíly společníků jsou (téměř) vymazány a pohledávky věřitelů jsou pokráceny v závislosti na jejich klasifikaci a prioritě. Záruku, že postavení společníků a věřitelů nebude horší, než jako by tomu bylo v případě „běžného“ insolvenčního řízení, má představovat již zmiňované oprávnění dotčených subjektů domáhat se kompenzace na základě *ex post* valuační výsledků procesu aplikace nástrojů k řešení krize. S poukazem na to, že směrnice BRRD ve skutečnosti ne vždy zcela reflektuje postavení věřitelů, které by jim bylo přiznáno v případě „běžného“ insolvenčního procesu,¹¹⁴ jakož i na skutečnost, že obecné insolvenční právo není na evropské úrovni prakticky harmonizováno (tj. hrozí nesoulad mezi očekáváním věřitelů z jednotlivých zemí a postupem orgánu pověřeného řešením krize), bude toto ustanovení v případě aplikace opatření odpisů a konverzí dotčenými věřiteli nepochybně hojně využíváno.

Příslušné orgány k řešení krize jsou oprávněny užít nástroje „bail in“ v zásadě dvěma způsoby. Jednak je to za účelem rekapitalizace finanční instituce tak, aby splňovala příslušné regulační požadavky a mohla pokračovat ve své činnosti a zároveň byla obnovena důvěra trhu v její podstavení (tzv. *open bank bail in*). Druhou možností je aplikace tohoto institutu ve spojení s dalšími nástroji (opatřeními) k řešení krize, které byly popsány shora (tzv. *closed bank bail in*).¹¹⁵ Podmínkou užití tohoto institutu v případě prvního z uvedených scénářů je, aby došlo k reorganizaci příslušné úvěrové instituce v souladu s plánem reorganizace vypracovaným pro danou instituci či skupinu. V tomto směru tedy představuje nástroj rekapitalizace z vnitřních zdrojů v podstatě jediný nástroj, který *a priori* cílí na sanační metodu řešení insolvence úvěrových institucí. Tím z pohledu řady států (Českou republiku nevyjímaje) posouvá dostupné možnosti na novou úroveň, jelikož alternativní postup podle „klasických“ insolvenčních předpisů cílí primárně na likvidaci insolventních úvěrových institucí a nikoli na jejich reorganizaci. V tomto směru navíc směrnice BRRD představuje vyspělejší variantu řešení selhání úvěrových institucí v porovnání s Dodd-Frankovým zákonem, který připouští užití americké obdoby tohoto nástroje pouze spolu s nástrojem převodu činnosti na překlenovací instituci (tj. pouze formou tzv. „*bridge-bail in*“), čímž je možná reorganizaci dotčené instituce zcela vyloučena.¹¹⁶

Je ale nutné brát v potaz, že nástroje k řešení krize jsou instituty správního práva, které ze své povahy nepředpokládají spolurozhodování věřitelů. To se v případě zamýšlené reorganizace projevuje především tím, že reorganizační plány schvalují z vrchnostenské pozice pouze orgány pověřené řešením krize, tedy bez jakékoli spoluúčasti

¹¹³ Shodně WOJCIK, K. P. Bail-in in the Banking Union. *Common Market Law Review*, 2016, Vol. 53, s. 91–138.

¹¹⁴ SCHILLIG, M. The EU resolution toolbox. In: HAENTJENS, M. – WESSELS, B. *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015, s. 97.

¹¹⁵ Viz článek 43 odst. 2 směrnice BRRD.

¹¹⁶ GLEESON – GUYNN, *op. cit.*, s. 71.

věřitelů.¹¹⁷ Tento přístup ale nepochybně povede k nárůstu soudních sporů iniciovaných dotčenými věřiteli a z tohoto pohledu lze jistou míru začlenění věřitelské obce do rozhodování o výsledné podobě reorganizačního plánu považovat za žádoucí. Z hlediska úvah *de lege ferenda* by tomu mohlo být například formou námitek, jimiž by orgán k řešení krize sice nebyl vázán, ale které by musel zohlednit, a to minimálně pro účely zmapování potenciální expozice věřitelským žalobám o náhradu škody.

S ohledem na povahu institutu rekapitalizace (odpisu) je rovněž zjevné, že může plnit svou roli pouze tehdy, pokud daná instituce vedle kmenového kapitálu drží rovněž dostatečné množství konvertibilních a odepsatelných pasiv. Úvěrové instituce jsou proto povinny držet minimální hodnoty kapitálu a způsobilých závazků (*minimum requirements of eligible liabilities*) zkráceně též „MREL“, které jsou pro relevantní finanční instituce stanovovány příslušnými regulatorními orgány.¹¹⁸

I přes nepopiratelný potenciál, který pro účely řešení finančních obtíží systémově důležitých bank nástroj „*bail in*“ představuje, doprovází jeho užití celá řada komplikací, jež jeho skutečný přínos do značné míry relativizují. Zejména oprávnění k odpisu způsobilých závazků může být paradoxně zdrojem dalšího systémového rizika a v podobě dominového efektu vést k finančním obtížím dalších finančních institucí. Uvedené hrozí za situace, kdy budou odpisem postiženy pohledávky finančních institucí za institucí v krizi. To může negativně ovlivnit strukturu jejich aktiv, což může vést k značnému oslabení jejich pozice na trhu, ztrátě důvěry investorů, odlivu kapitálu a nakonec i vlastním potížím s likviditou. Tomuto problému „nákazy“ je částečně zamezeno prostřednictvím ustanovení, která vylučují aplikaci konverze či odpisu na likvidní závazky se splatností kratší než sedm dní,¹¹⁹ jakož i implementaci specifického „moratoria“. ¹²⁰ Faktem ale je, že již samotná možnost aplikace tohoto nástroje v návaznosti na první zvěsti o finančních obtížích dané instituce může posloužit jako dostatečný stimul k tomu, aby příslušní věřitelé raději ukončili svou expozici vůči dané úvěrové instituci, a to mimo jiné s ohledem na nejistotu ohledně výsledné podoby aplikace odpisu či konverze na jejich pohledávky.¹²¹ Pokud má tedy tento nástroj k řešení krize přinést kýžené výsledky, což v případě jeho sanační formy (tj. *open bank bail-in*) znamená zachování obchodních

¹¹⁷ Viz článek 52 odst. 7 směrnice BRRD a § 150 odst. 1 zákona o ozdravných postupech.

¹¹⁸ Viz článek 45 směrnice BRRD a § 127 a násl. zákona o ozdravných postupech. Původní a v zásadě dost stručnou regulaci výchozího rámce pro stanovení MREL představoval článek 45 směrnice BRRD, který po své novelizaci prostřednictvím článků 45a až 45m, s účinností příslušných ustanovení od 1. ledna 2022, případně 1. ledna 2024, představuje již velmi zevrubnou právní úpravu pro účely stanovení MREL.

¹¹⁹ Viz článek 44 odst. 2 písm. e) a f) směrnice BRRD a § 122 písm. d) zákona o ozdravných postupech.

¹²⁰ Viz články 68–71 směrnice BRRD a § 168 zákona o ozdravných postupech. Přestože „moratorium“ ve smyslu směrnice BRRD představuje velmi důležitý nástroj, který dává orgánům k řešení krize cenný čas pro rezoluci instituce v krizi, moratorium může být paradoxně opět zdrojem dalšího systémového rizika. Viz stanovisko ISDA: ISDA Position Paper Challenges with Expanding BRRD Moratoria Powers, 2017, s. 17. Dostupné na: <https://www.isda.org/a/IkiDE/brd-position-paper-final.pdf>.

¹²¹ WIHLBORG, C. Bail-ins: Issues of Credibility and Contagion. *SUERF Policy Note*, 2017, Issue No. 10. Dostupné na: <https://www.suerf.org/policynotes/883/bail-ins-issues-of-credibility-and-contagion/html>. Dále HAVEMANN, R. Can Creditor Bail-in Trigger Contagion? The Experience of an Emerging Market. *Review of Finance*, 2019, 23 (6), s. 1155–1180.

aktivit dané úvěrové instituce (*going concern*), musí orgány pověřené řešením krize cílit rovněž na okamžitou obnovu důvěry trhu v tuto instituci.¹²²

Opmenout nelze ani fakt, že technické aspekty užití nástrojů rekapitalizace, konverze a odpisu jsou ze své podstaty poměrně komplikované a jejich správná aplikace vůči systémově významným finančním institucím a skupinám může narážet na časové a personální limity příslušných orgánů k řešení krize, zejména s ohledem na nutnost vzájemné koordinace. I přes povinnost k tvorbě plánů k řešení krize, které nepochybně tento problém částečně eliminují, není v kontextu řešení krize systémově důležitých institucí činných v řadě evropských zemí nerealistické očekávat protichůdná stanoviska jednotlivých orgánů v rámci příslušných kolegií k řešení krize. K těmto názorovým konfliktům bude s největší pravděpodobností docházet při rozhodování o otázkách, jaké instituce skupiny nástrojům odpisu a konverze podrobit, respektive do jaké míry.

Ve vztahu ke třetím státům lze mít rovněž pochybnosti o míře, v jaké dojde k uznávání rozhodnutí spojených s aplikací nástrojů k řešení krize, a to nejen v kontextu konverze a odpisu, ale i v obecné rovině. Nutno podotknout, že směrnice BRRD se tomuto aspektu snaží čelit prostřednictvím článku 55.¹²³ Podle něj mají finanční instituce z členských států povinnost začlenit do svých smluvních závazků řízených neunijním právem specifické ustanovení, podle kterého příslušná smluvní strana akceptuje, že její relevantní pohledávky mohou být postiženy odpisem či konverzí. Uvedená povinnost je sice z hlediska postavení a právní jistoty dotčených věřitelů chvályhodná, nicméně ne zcela domyšlená, jelikož na oprávnění orgánů k řešení krize postihnout pohledávky těchto věřitelů konverzí či odpisem se nic nemění ani v případě, že k začlenění uvedeného ustanovení do smlouvy nedojde.¹²⁴

V neposlední řadě jsou nástroje rekapitalizace, odpisu a konverze spojovány s poskytováním (mimořádně) veřejné podpory, což je poněkud paradoxně v kontradikci k jednomu z klíčových regulatorních cílů, které měla směrnice BRRD řešit. Nutno podotknout, že v kontextu veřejné podpory je nutno rozlišovat scénáře regionálních, kontinentálních a globálních krizí. Obava z poskytování státních subvencí není *a priori* na místě v případě relativně izolovaných případů, nicméně v případě globální krize se scénář státních subvencí jeví stále jako více než pravděpodobný, a to zejména s poukazem na vzájemnou provázanost obchodních aktivit úvěrových a dalších finančních institucí.¹²⁵

Pro úplnost je nutno podotknout, že z ústavněprávního hlediska v užití nástroje „bail-in“ (respektive tzv. „*burden sharing*“, což je v podstatě označení pro „*bail-in*“, ke kterému musí dojít za účelem obdržení státní podpory)¹²⁶ neshledal Soudní dvůr Evropské unie rozpor s právem na ochranu legitimních očekávání a právem na vlastnictví,

¹²² Shodně SOMMER, J. H. Why Bail-in? And How? Federal Reserve Bank of New York. *Economic Policy Review*, 2014, Vol. 20, Special Issue: Large and Complex Banks. In: GOODHART, Ch. – AVGOU-LEAS, E. A *Critical Evaluation of Bail-Ins as Bank Recapitalisation Mechanisms*, 2014, s. 21. Dostupné na: <https://ssrn.com/abstract=2478647>.

¹²³ Srov § 74 zákona o ozdravných postupech.

¹²⁴ Viz ustanovení článku 55 odst. 2 směrnice BRRD.

¹²⁵ Pro další informace k veřejné podpoře viz např. NEUBAUER, J. Veřejná podpora bankám ve světle směrnice o ozdravných postupech a řešení krize na finančním trhu? *Obchodněprávní revue*, 2018, č. 3, s. 73.

¹²⁶ Pro více podrobností ohledně aspektu sdílení nákladů (*burden sharing*) v souvislosti s článkem 107 odst. 3 písm. b) SFEU a sdělení Komise o použití pravidel pro poskytování státní podpory viz VOJTEK, R. Sláb

jak plyne z jeho rozhodnutí ve věci *Tadej Kotnik and Others v Državni zbor Republike Slovenije*.¹²⁷

4. NÁSTROJE K ŘEŠENÍ KRIZE V KONTEXTU INSOLVENCE ÚVĚROVÝCH INSTITUCÍ S MEZINÁRODNÍM PRVKEM

Vzhledem k nadnárodním aktivitám úvěrových institucí nelze v kontextu aplikace nástrojů k řešení krize opomíjet ani problematiku spojenou s přítomností mezinárodního prvku. Základní právním předpisem unijního práva je směrnice 2001/24/ES,¹²⁸ která byla do českého práva transponována na základě příslušných ustanovení zákona o mezinárodním právu soukromém.¹²⁹ Na úrovni Evropské unie a Evropského hospodářského prostoru je s ohledem na režim jednotné licence obecným pravidlem, že k uplatnění reorganizačních opatření či likvidačních řízení vůči úvěrovým institucím a jejich pobočkám jsou oprávněny pouze správní nebo soudní orgány domovského členského státu (tj. státu, který dané instituci danou licenci udělil), a to podle právního řádu takového státu v souladu se zásadou *lex domi*.¹³⁰

Ve vztahu k nástrojům k řešení krize má význam právě pojem „reorganizační opatření“ podle článku 2 směrnice 2001/24/ES, který byl směrnicí BRRD novelizován v tom směru, že mezi reorganizační opatření se řadí rovněž nástroje k řešení krize a výkon dalších pravomocí podle směrnice BRRD (což mimochodem zákon o mezinárodním právu soukromém stále explicitně nereflkuje). V souladu s článkem 3 odst. 2 směrnice 2001/24/ES jsou přitom reorganizační opatření účinná v dalších členských státech od okamžiku, kdy nabyla účinnosti v členském státě, kde byla přijata.

Byť by se tedy mohlo zdát, že přeshraniční účinky aplikace nástrojů k řešení krize v rámci Evropské unie a Evropského hospodářského prostoru nenabízí mnoho prostoru pro různé interpretace, dosavadní případy poukazují, že opak je pravdou. To dokazuje například rozsudek anglického soudu ve věci *Goldman Sachs International v Novo Banco S.A.* z roku 2018,¹³¹ který v rámci vzájemné provázanosti směrnice 2001/24/ES a směrnice BRRD rovněž poukazuje na limity volby práva v kontextu úvěrového financování.

V daném případě došlo k užití nástroje překlenovací instituce v návaznosti na finanční potíže portugalské banky Banco Espírito Santo SA.¹³² Portugalský orgán pověřený řešením krize, tj. tamější centrální banka (Banco de Portugal) rozhodl o řešení situace

jen ten, kdo (ne)ztratil v řešení finanční krize víru aneb selhání banky, resoluce a veřejná podpora? *Obchodněprávní revue*, č. 11–12, s. 320 a násl.

¹²⁷ Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ve věci *Tadej Kotnik and Others v Državni zbor Republike Slovenije* ze dne 19. července 2016, C526/14, bod 115.

¹²⁸ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2001/24/ES ze dne 4. dubna 2001 o reorganizaci a likvidaci úvěrových institucí (dále jen „směrnice 2001/24/ES“).

¹²⁹ Zákon č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o mezinárodním právu soukromém“).

¹³⁰ Viz článek 3 a článek 9 směrnice 2001/24/EC.

¹³¹ Rozhodnutí Nejvyššího soudu Spojeného království (*Supreme Court of the United Kingdom*) ve věci *Goldman Sachs International v Novo Banco S.A.* ze dne 4. července 2018, UKSC 34.

¹³² Banco Espírito Santo SA dále jen „BES“.

BES prostřednictvím transferu vybraných aktiv a pasiv na nově založenou překlenovací instituci – Novo Banco SA.

Předmětem tohoto sporu se staly prostředky v hodnotě zhruba 835 milionů dolarů, které BES obdržela na základě úvěrové smlouvy podřízené anglickému právu od společnosti Oak Finance Luxembourg SA.

Z rozhodnutí portugalské centrální banky ze dne 3. srpna 2014 byly tyto závazky nejprve zahrnuty do závazků způsobilých k přechodu na Novo Banco SA. Poté ovšem následovala řada dalších rozhodnutí upřesňujících strukturu převáděných aktiv a pasiv, až nakonec centrální banka dne 22. prosince 2014 dospěla k verdiktu, že závazky ze zmíněné úvěrové smlouvy na překlenovací instituci přecházet nemají. Tomu odporovala mimo jiné společnost Goldman Sachs (údajný aranzér předmětného financování a zároveň vlastník přibližně 2% podílu na BES), jejíž aktivní procesní legitimace byla založena postoupením práv Oak Finance Luxembourg SA z úvěrové smlouvy. Jelikož Goldman Sachs se svým požadavkem na přechod závazků z úvěrové smlouvy na překlenovací instituci u portugalských autorit neuspěli, obrátili se s žalobou na zaplacení pohledávek z úvěrové smlouvy vůči Novo Banco SA na anglický soud, a to s ohledem na tvrzenou příslušnost anglických soudů vzhledem k volbě práva a příslušnosti soudů podle úvěrové smlouvy.

Anglický soud prvního stupně (*High Court of Justice*), navzdory zmíněné úpravě podle směrnice 2001/24/ES, poněkud obskurním způsobem dovodil, že pro účely stanovení příslušnosti anglických soudů je nutno vycházet pouze ze srpnového rozhodnutí portugalské centrální banky, na základě kterého měly přejít závazky BES z úvěrové smlouvy na Novo Banco. Z toho důvodu se měla Novo Banco tacitně podřídit i progační doložce zakládající příslušnost anglických soudů, a to rovněž ohledně sporu mezi Novo Banco a Goldman Sachs co do účinků prosincového rozhodnutí portugalské centrální banky.

Odvolací soud (*Court of Appeal*) se ovšem s právním názorem prvoinstančního soudu (zcela správně) neztotožnil. Soudu první instance jednak vytkl, že v rámci svého rozhodnutí zcela nepochopitelně „izoloval“ srpnové a prosincové rozhodnutí. V návaznosti na rozhodnutí Soudního dvora ve věci *LB I hf v Kepler Capital Markets SA*¹³³ a *Tadej Kotnik and Others v Državni zbor Republike Slovenije*¹³⁴ poté uvedl, že daný spor měl být posouzen především s poukazem na článek 3 směrnice 2001/24/ES, která mezi reorganizační opatření explicitně řadí také opatření k řešení krize ve smyslu směrnice BRRD. Jelikož srpnové i prosincové rozhodnutí byly reorganizačními opatřeními podle směrnice 2001/24/ES, anglické soudy byly povinny je automaticky uznat. Tento závěr s ohledem na cíle unijní úpravy následně potvrdil i anglický Nejvyšší soud (*Supreme Court of the United Kingdom*).

Uvedený případ je poměrně jasným důkazem, že v případech přeshraničních insolvencí úvěrových institucí (vedle řady nevyjasněných otázek spojených s určováním rozhodného práva a mezinárodní příslušnosti národních orgánů) stále přetrvává jistá míra neochoty podřídit se účinkům cizího právního řádu, který nebyl určen předchozí volbou

¹³³ Rozhodnutí Soudního dvora ve věci *LB I hf v Kepler Capital Markets SA* ze dne 24. října 2013, C85/12.

¹³⁴ Rozhodnutí Soudního dvora ve věci *Tadej Kotnik and Others v Državni zbor Republike Slovenije* ze dne 19. července 2016, C526/14.

práva smluvními stranami. V kontextu kolizní úpravy insolvenční úvěrových institucí s mezinárodním prvkem je proto otázka, zda již nenadešel čas k nahrazení směrnice 2001/24/ES novým předpisem ve formě nařízení, který by po vzoru nařízení 2015/848 upravil tuto oblast obsáhlejší způsobem a postavil najisto vzájemný vztah směrnice BRRD a směrnice 2001/24/ES. Tím by zároveň došlo odstranění řady nejasností, které mnohdy vyplývají z nedostatečné transpozice směrnic do národních právních předpisů, což lze dobře demonstrovat i na případě transpozice vybraných ustanovení směrnice 2001/24/ES do zákona o mezinárodním právu soukromém. Do té doby je na místě obava, že smysluplná aplikace nástrojů k řešení krize bude podřívána rovněž řadou následných žalob.

5. ZÁVĚR

Implementací nástrojů k řešení krize podle směrnice BRRD došlo na úrovni jednotlivých členských států k harmonizaci specifických institutů určených k řešení krize úvěrových institucí a dalších povinných osob. Recentní případy selhání úvěrových institucí ovšem ukazují, že navzdory těmto nástrojům zůstanou ambiciózní cíle směrnice BRRD, zejména pak záměr omezit financování krize finančního sektoru z veřejných zdrojů, nejspíše nedosaženy. Stejně tak lze usuzovat, že ani nástroje k řešení krize nepředstavují bez dalšího cestu ven z bludného kruhu selhání systémově významných úvěrových institucí, jelikož v naprosté většině případů zůstává nejzazším řešením jejich insolvence prodej dalšímu soutěžiteli, kterým ale zpravidla nemůže být nikdo jiný než další systémově významná instituce, jak potvrzuje i případ rezoluce španělské Banco Popular. Aplikační meze nástrojů k řešení krize se přitom odvíjí rovněž od přetrvávajícího problému nejednotné úpravy vlastního insolvenčního procesu na úrovni jednotlivých členských států. Dokud se tento *status quo* nepodaří překlenout, skutečný potenciál nástrojů k řešení krize a souvisejících rezolučních strategií zůstane pravděpodobně nenaplněn.

Mgr. Martin Šerák, LL.M.
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
serak.martin@gmail.com