

Soft law Evropských orgánů dohledu: nezávazné unijní akty se závaznými vnitrostátními účinky

Pavλίna Hubková¹

Evropské orgány dohledu jakožto unijní agentury, na něž byly delegovány úkoly v oblasti finanční regulace, mají pravomoc vydávat obecné pokyny a doporučení, tedy akty charakteru soft law. Z unijního pohledu jde o akty bez právní závaznosti. Avšak v českém kontextu a především díky jejich vynucování ze strany České národní banky se tyto akty stávají prakticky závaznými pro své hlavní adresáty, kterými jsou finanční instituce. To dobře ukazuje, jak v EU funguje víceúrovňová regulace a její prosazování, a navíc otevírá otázky týkající se kontroly a případného soudního přezkumu unijního soft law.

1. Úvod

V posledních dvaceti letech se unijní institucionální architektura výrazně rozrostla o velké množství agentur, kterým byly uloženy úkoly různého typu.² Některé agentury fungují jako klasické správní orgány pověřené vydávat individuální právně závazná rozhodnutí. Další slouží jako podpůrná tělesa, která shromažďují informace, poskytují poradenství jiným unijním orgánům nebo koordinují unijní politiky. Existují však i agentury, jimž byla svěřena pravomoc určitým způsobem dotvářet unijní pravidla. Právě mezi takové agentury patří tři nezávislé Evropské orgány dohledu (European Supervisory Authorities, dále také jen „ESA“), na které byly delegovány úkoly v oblasti finanční regulace.³

Každý z těchto orgánů je zřízen zvláštním nařízením (dohromady tzv. nařízení dohledového balíčku). Nařízení č. 1093/2010⁴ zakládá Evropský orgán pro bankovníctví (EBA). Evropský orgán pro pojišťovnictví a zaměstnanecké penzijní pojištění (EIOPA) je založen nařízením č.

¹ Fakulta práva, ekonomie a financí, Univerzita v Lucemburku. E-mail: pavlina.hubkova@uni.lu. Tento příspěvek vznikl v rámci projektu REMS II (Enforcement in Multi-Level Regulatory Systems II), který finančně podporuje Luxembourg National Research Fund (FNR) (PRIDE17/12251371).

² K unijním agenturám obecně viz např. Busuioc, M. *European Agencies: Law and Practices of Accountability*. Oxford: Oxford University Press, 2013.; Chamon, M. EU Agencies: Does the Meroni Doctrine Make Sense? *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 2010, č. 3.; Griller, S., Orator, A. Everything under control? The ‘way forward’ for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine. *European Law Review*. 2010, č. 1.; Scholten, M., Brenninkmeijer, A. (eds.). *Controlling EU agencies: the rule of law in a multi-jurisdictional legal order*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2020.; Vos, E. Agencies and the European Union. In: Zwart, T., Verhey, L. F. M. (eds.). *Agencies in European and comparative perspective*. Antwerp: Intersentia, 2003.

³ K těmto agenturám blíže viz např. Botopoulos, K. The European Supervisory Authorities: role-models or in need of re-modelling? *ERA Forum*. 2020, č. 2.; Gortsos, C., Lagaria, K. The European Supervisory Authorities (ESAs) As “Direct” Supervisors in the EU Financial System. *European Banking Institute Working Paper Series*. 2020, č. 57.; Moloney, N. The European Supervisory Authorities and Discretion. Can the Functional and Constitutional Circles be Squared? In: Mendes, J. (ed.). *EU executive discretion and the limits of law*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

⁴ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1093/2010 ze dne 24. listopadu 2010 o zřízení Evropského orgánu dohledu (Evropského orgánu pro bankovníctví), o změně rozhodnutí č. 716/2009/ES a o zrušení rozhodnutí Komise 2009/78/ES. Úř. věst. L 331, 15.12.2010, s. 12—47.

1094/2010.⁵ A konečně nařízení č. 1095/2010⁶ zřizuje Evropský orgán pro cenné papíry a trhy (ESMA). Struktura všech tří zakládacích nařízení je velmi podobná a rovněž pravomoci jednotlivých orgánů jsou v obecné rovině shodné.

Na základě nařízení byly na Evropské orgány dohledu delegovány exekutivní pravomoci a svěřena úloha dohlížet nad dílčími zájmy Unie, kterými jsou finanční stabilita (krátkodobá, střednědobá i dlouhodobá) v rámci EU, ochrana spotřebitele a efektivita trhu.⁷ Jelikož Evropské orgány dohledu nejsou unijním normotvůrcem, nemohou přijímat legislativní ani kvazilegislativní akty. Jakožto unijní agentury, na něž byla výkonná pravomoc delegována, také nemohou uplatňovat svou vlastní politiku ani široký prostor pro uvážení.⁸ Výslovně jsou však zmocněny k vydávání obecných pokynů a doporučení za účelem zefektivnění dohledu a jednotného uplatňování unijního práva.⁹

Tyto akty lze podřadit pod koncept soft law – jde o akty, které jsou samy o sobě právně nezávazné, přesto mohou vyvolávat praktické, či dokonce právní účinky.¹⁰ Takové účinky přitom vznikají nepřímo a spíše vlivem externích právních či mimoprávních mechanismů.¹¹ Právě využití soft law se zapojením takových externích mechanismů představuje určitou regulatorní techniku využívanou v rámci EU. Na příkladu soft law aktů z dílny ESA a jejich fungování ve vnitrostátní praxi pak můžeme zkoumat, jaké a jak silné účinky unijní soft law akty reálně vyvolávají. Na pozadí rozboru právních účinků pak rovněž vyvstávají otázky týkající se kontroly a případného soudního přezkumu jak samotných unijních soft law aktů, tak navazujících či souvisejících vnitrostátních aktů či kroků.

Tento článek nejprve krátce charakterizuje samotný koncept unijního soft law a stručně přibližuje jeho hlavní funkční kategorie. Následně rozebírá právní sílu soft law aktů ESA z unijního pohledu. Nakonec zkoumá, jaké právní účinky tyto akty nabývají v rámci českého právního řádu v návaznosti na české předpisy a na vynuovení ze strany České národní banky. Cílem článku je ukázat, že formálně právně nezávazný unijní akt v praxi vyvolává závazné právní účinky vůči finančním institucím, které jsou ve skutečnosti jeho hlavními adresáty.

⁵ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1094/2010, ze dne 24. listopadu 2010 o zřízení Evropského orgánu dohledu (Evropského orgánu pro pojišťovnictví a zaměstnanecké penzijní pojištění), o změně rozhodnutí č. 716/2009/ES a o zrušení rozhodnutí Komise 2009/79/ES. Úř. věst. L 331, 15.12.2010, s. 48–83.

⁶ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1095/2010 ze dne 24. listopadu 2010 o zřízení Evropského orgánu dohledu (Evropského orgánu pro cenné papíry a trhy), o změně rozhodnutí č. 716/2009/ES a o zrušení rozhodnutí Komise 2009/77/ES. Úř. věst. L 331, 15.12.2010, s. 84–119.

⁷ Články 1 odst. 5 zakládacích nařízení.

⁸ Viz rozsudky Soudního dvora ze dne 13. června 1958, Meroni (9/56, ECLI:EU:C:1958:7), ze dne ze dne 14. května 1981, Romano (98/80, ECLI:EU:C:1981:104) a ze dne 22. ledna 2014, Spojené království v. Parlament a Rada („Short Selling“, C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18). Srov. též Moloney, N. *The European Supervisory Authorities and Discretion. Can the Functional and Constitutional Circles be Squared?* In: Mendes, J. (ed.). *EU executive discretion and the limits of law*. Oxford: Oxford University Press, 2019, s. 90.

⁹ Články 16 zakládacích nařízení.

¹⁰ Snyder, F. *The Effectiveness of European Community law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*. *The Modern Law Review*. 1993, č. 1, s. 32–34.

¹¹ Senden, L. *Soft law in European Community law*. Oxford: Hart, 2004, s. 235.

2. Soft law v rámci unijního práva

Vymezení pojem soft law není jednoduché. V doktríně ani nepanuje shoda na tom, zda vůbec soft law patří do sféry práva, jen jsou některé jeho normativní aspekty oslabeny,¹² nebo zda jde naopak o fenomén, který se jako právo kvalifikovat nedá a který může být nanejvýš „před-práve“ – tedy něčím, co se do podoby práva může transformovat až v budoucnu.¹³ Soft law se totiž vzpouzí tradičnímu binárnímu pojetí práva, podle něhož právní normy musí být závazné, jinak nejsou vůbec práve.¹⁴

Soft law akty jsou nejčastěji charakterizovány jako regulatorní nástroje, které pokrývají oblast, jež je z jedné strany ohraničena právně závaznými akty a na straně druhé přechází ve sdělení či politická prohlášení postrádající jakoukoli normativní sílu. Soft law totiž není samo o sobě právně závazné, přesto má schopnost měnit a ovlivňovat chování svých adresátů nebo třetích osob tím, že vybízí, navrání či doporučuje. Výstižné je shrnutí, podle něhož soft law akty „[p]ředstavují nedokonalou normu: na jedné straně mají zjevně normativní ambice ve smyslu nabádání adresátů k jejich splnění. Na straně druhé s nimi nejsou spojeny žádné nástroje sloužící k přímému vynucení. Zpravidla jsou přijímány při jednání s různými zainteresovanými osobami (přístup zezdola nahoru), mohou obsahovat ‚mírné povinnosti‘ nebo ‚ostré pobídky‘, jež jsou formulovány jako ‚výzvy‘.“¹⁵

Primární právo EU s akty charakteru soft law výslovně počítá. Článek 288 SFEU řadí mezi právní akty Unie doporučení a stanoviska, o nichž říká, že nemají závaznou právní sílu. Vedle toho unijní instituce, orgány a jiné subjekty vydávají další typy aktů, které lze podřadit pod soft law, jako jsou pokyny, standardy, zelené a bílé knihy, sdělení, závěry, deklarace nebo rezoluce. Právní relevanci unijnímu soft law přiznává i Soudní dvůr EU: Soft law akty sice nemohou zakládat práva a povinnosti, jichž by bylo možné se dovolávat v řízení před vnitrostátním soudem,¹⁶ avšak „[v]nitrostátní soudy jsou povinny vzít doporučení v úvahu při řešení sporů, které jim byly předloženy, zejména pokud objasňují výklad vnitrostátních právních předpisů přijatých s cílem jejich provedení nebo pokud mají za cíl doplnit předpisy [Evropské unie], které mají závaznou povahu.“¹⁷

Soft law představuje vnitřně diferencovaný koncept. Soft law akty mohou nabývat různou formu, rozdílná může být jejich normativní schopnost a lišit se budou i funkce soft law aktů. Právě z funkčního hlediska dělí doktrína celé spektrum soft law aktů do tří ideálních kategorií:¹⁸ přípravné akty, doplňkové akty a samostatné akty.

¹² Wellens, K. C., Borchardt, G. M. Soft law in European Community law. *European Law Review*. 1989, č. 5, s. 271.

¹³ Guzman, A. T., Meyer, T. L. International Soft Law. *Journal of Legal Analysis*. 2010, č. 1.; Terpan, F. Soft Law in the European Union-The Changing Nature of EU Law. *European Law Journal*. 2015, č. 1.

¹⁴ Baxter, R. R. International Law in “Her Infinite Variety.” *The International and Comparative Law Quarterly*. 1980, č. 4, s. 563.; Dupuy, P. M. Soft Law and the International Law of the Environment. *International Law of the Environment*. 1991, s. 420.

¹⁵ Stanovisko generálního advokáta Bobka ze dne 12. prosince 2017, *Belgie v. Komise* (C-16/16 P, ECLI:EU:C:2017:959, bod 86).

¹⁶ Rozsudek Soudního dvora ze dne 13. prosince 1989, *Grimaldi* (322/88, ECLI:EU:C:1989:646, bod 15).

¹⁷ *Ibid.*, bod 18.

¹⁸ Senden, L. *Soft law in European Community law*, s. 123 a násl.

První kategorie zahrnuje přípravné akty (pre-legislativní akty, „*pre-law*“). Jde o taková soft law opatření, která slouží jako zkušební dokumenty pro budoucí legislativní proces a vznik právně závazných aktů. Využívají se většinou k tomu, aby se otestovalo, do jaké míry budou adresáti nových pravidel ochotni je respektovat a jaké to může mít dopady.¹⁹

Druhým a patrně nejrozšířenějším typem unijního soft law jsou doplňkové akty (post-legislativní soft law, sekundární soft law, odvozené soft law, interpretační nebo implementační soft law, „*post-law*“).²⁰ Jejich hlavní charakteristikou je to, že nějakým způsobem navazují na stávající právně závazný akt a doplňují ho. Přitom unijní instituce a orgány mohou takové soft law přijímat jak spontánně, tak na základě výslovného zmocnění v právně závazném předpisu. Návaznost na závazný předpis může být dvojího druhu. Jednak jsou vytvářena čistě interpretační opatření, která poskytují návod jak vykládat pojmy nebo celá ustanovení obsažená v unijním právu.²¹ Pod interpretační soft law lze zařadit i takový dokument, ve kterém instituce předešlé, jak chce do budoucna rozhodovat a využívat svoji diskreční pravomoc.²² Takové soft law pak bude pro danou instituci závazné skrze princip legitimního očekávání.²³ Vedle čistě interpretačního soft law však existují ještě takové doplňkové soft law akty, které ze závazného aktu vychází a na jeho pozadí stanoví nová či spíše konkretizovaná pravidla nebo postupy – jde tedy o období implementačních nařízení, jen jsou pravidla formulována neimperativním jazykem. V praxi mohou být nepochybně tyto dvě sub-kategorie doplňkového soft law přítomny i v jednom dokumentu, který bude obsahovat jak výklad a podrobnější vysvětlení stávajícího závazného pravidla, tak pravidla nová, která si závazné ustanovení berou jen jako právní základ.

Třetí skupinu soft law tvoří samostatné akty (řídící akty, alternativní akty, para-legislativní akty, „*para-law*“). Představují nástroje řízení politiky a nejsou navázány na právně závazný předpis. Jde spíše o alternativní regulační akty přijaté namísto méně flexibilních právně závazných aktů.²⁴ Jak konstatoval Soudní dvůr, unijní instituce takové akty přijímají, pokud nemají pravomoc vydat právně závazný akt anebo pokud se přijetí závazného aktu nejeví jako účelné.²⁵ Typicky se přijímají tam, kde není politická shoda na závazném předpisu nebo kde chybí právní zmocnění

¹⁹ Viz též stanovisko generálního advokáta Bobka ze dne 12. prosince 2017, *Belgie v. Komise* (C-16/16 P, ECLI:EU:C:2017:959, bod 95).

²⁰ Viz především Senden, L. *Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control*. *European Law Journal*. 2013, č. 1.; Scott, J. In legal limbo: Post-legislative guidance as a challenge for European administrative law. *Common Market Law Review*. 2011.; Van Dam, C. *Guidance documents of the European Commission: a typology to trace the effects in the national legal order*. *Review of European Administrative Law*. 2017, č. 2.; Van Dam, C. *Guidance documents of the European Commission in the Dutch legal order*. Leiden: E. M. Meijers Instituut, 2020.; Vaughan, S. *Differentiation and Dysfunction: An Exploration of Post-Legislative Guidance Practices in 14 EU Agencies*. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. 2015.

²¹ Např. Sdělení Komise o technických pokynech pro klasifikování odpadu ze dne 9. dubna 2018 (2018/C 124/01), které obsahuje technické pokyny k některým aspektům směrnice 2008/98/ES o odpadech a rozhodnutí Komise 2000/532/ES o seznamu odpadů.

²² Senden, L., Prechal, S. *Differentiation in and through Community soft law*. In: De Witte, B., Hanf, Vos (eds.). *The Many Faces of Differentiation in EU Law*. Cambridge: Intersentia, 2001, s. 189.

²³ Rozsudek Soudního dvora ze dne 28. června 2005, *Dansk Rørindustri a další* (C-189/02 P, ECLI:EU:C:2005:408, body 209-213). Jde o původně německou doktrínu, podle níž správní orgán svým aktem do budoucna zavazuje sebe sama (tzv. *Selbstbindung der Verwaltung*).

²⁴ Senden, L., Van den Brink, A. *Checks and Balances of Soft EU Rule-Making*. Study. 2012, European Parliament, s. 12.

²⁵ Rozsudek Soudního dvora ze dne 13. prosince 1989, *Grimaldi* (322/88, ECLI:EU:C:1989:646, bod 13).

takový akt vydat. Často jde o oblasti politiky, v nichž Evropská unie vůbec nemá pravomoc přijímat legislativu anebo je tato pravomoc omezená.²⁶

3. Právní povaha obecných pokynů a doporučení ESA z unijní perspektivy

Do konceptu unijního soft law, podle jehož široké definice jde o právně nezávazné akty mající normativní ambice, lze bez nejmenších problémů zařadit obecné pokyny a doporučení Evropských orgánů dohledu. Přitom jejich formu, právní sílu a obsah určují především články 1 a 16 zakládacích nařízení.

Články 1 všech tří zakládacích nařízení stanoví pro každý z ESA rozsah působnosti, který je vymezen právně závaznými unijními předpisy. Zakládací nařízení jednak přímo vyjmenovávají, které předpisy do působnosti toho kterého ESA spadají, jednak odkazují na možnost přijetí dalších právně závazných aktů, které konkrétnímu ESA výslovně svěří pravomoc.²⁷ Hranice rozsahu pravomocí není úplně ostrá, jelikož nařízení umožňují Evropským orgánům dohledu jednat ve vztahu k otázkám, které nejsou explicitně řešeny v uvedených nebo odkazovaných právně závazných aktech, pokud je to „nutné pro zajištění účinného a důsledného uplatňování uvedených aktů.“²⁸

Vedle toho články 16 všech tří nařízení stanoví, že daný orgán má pravomoc vydávat obecné pokyny a doporučení určená příslušným orgánům či účastníkům finančního trhu (finančním institucím). Cíl takových aktů je podle článků 16 dvojí. Zaprvé, obecné pokyny a doporučení mají sloužit k zavedení jednotných, účinných a efektivních postupů dohledu v rámci ESFS. Zadruhé, jejich cílem je zajistit společné, důsledné a jednotné uplatňování práva Unie.

Takové zakotvení ukazuje, že z funkčního pohledu spadají obecné pokyny a doporučení do kategorie doplňkového (post-legislativního) soft law. Tyto akty jsou vydávány na základě obecného zmocnění obsaženého v článku 16 zakládacích nařízení, přitom obsahově musí být navázány na legislativní akty spadající do působnosti dotčeného orgánu dohledu.²⁹ Vzhledem k tomu, že ESA představují sekundární orgány Unie, na něž byly delegovány konkrétně určené exekutivní pravomoci,³⁰ nemohou vydávat soft law, které by obsahově šlo mimo oblast vymezenou závaznými akty uvedenými v člancích 1 zakládacích nařízení. Přitom nelze vyloučit, že ESA budou přijímat jak čistě interpretační, tak – patrně častěji – implementační soft law. Naopak dle podmínek delegace nemohou takové orgány vydávat soft law, které by nemělo vůbec

²⁶ Hartlapp, M., Hofmann, A. The use of EU soft law by national courts and bureaucrats: how relation to hard law and policy maturity matter. *West European Politics*. 2021, č. 1, s. 138.

²⁷ Článek 1 odst. 2 každého ze zakládacích nařízení.

²⁸ Článek 1 odst. 3 každého ze zakládacích nařízení.

²⁹ Ustanovení legislativních aktů pak mohou obsahovat konkrétní zmocnění vydat k dané otázce obecné pokyny či doporučení. Viz např. čl. 74 odst. 3 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/36/EU ze dne 26. června 2013 o přístupu k činnosti úvěrových institucí a o omezitelnostním dohledu nad úvěrovými institucemi a investičními podniky, o změně směrnice 2002/87/ES a zrušení směrnice 2006/48/ES a 2006/49/ES, OJ L 176, 27.6.2013, s. 338–436.

³⁰ Podmínky delegace pravomocí vychází z judikatury Soudního dvora: delegace musí být explicitní a delegované pravomoci jasně vymezené; delegující instituce nemůže převést jiné pravomoci, než které jí svěřuje Smlouva; delegované orgány nemohou disponovat takovou diskreční pravomocí, která by umožňovala široký prostor pro uvážení a tím samostatné provádění hospodářské politiky. Viz rozsudky ze dne 13. června 1958, Meroni (9/56, ECLI:EU:C:1958:7), ze dne ze dne 14. května 1981, Romano (98/80, ECLI:EU:C:1981:104) a ze dne 22. ledna 2014, Spojené království v. Parlament a Rada („Short Selling“, C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, bod 64).

žádnou návaznost na závazné akty spadající do jeho působnosti. Pokud by tedy některý z ESA vydal obecné pokyny, které by z funkčního hlediska představovaly přípravné³¹ nebo samostatné soft law, šlo by o překročení pravomocí, které byly tomuto orgánu svěřeny. Pak by patrně bylo nutné, aby byl takový akt zrušen soudem.³²

Pokud jde o otázku právních účinků obecných pokynů a doporučení ESA, na unijní úrovni je třeba hledat odpověď v primárním právu, v základních nařízeních a v judikatuře SDEU. Podíváme-li se na celkovou systematiku unijních (právních) aktů, doporučení jsou dle článku 288 SFEU považována za typické (pojmenované) akty, které nejsou závazné. Jejich samotné zařazení do článku 288 SFEU nicméně indikuje, že se skutečně jedná o právní akty, tedy akty schopné zasáhnout do právní sféry svých adresátů nebo třetích stran.³³ Pokyny v primárním právu definovány nejsou; považují se za atypické (nepojmenované) akty. Dle judikatury i doktríny³⁴ se na ně ale vztahuje stejný právní režim jako na doporučení, tj. ani pokyny nejsou právně závazné. Pokud jde konkrétně o obecné pokyny a doporučení ESA, z hlediska základních právních účinků mezi nimi není rozdíl; liší se pouze pojmenováním.³⁵ V následujícím textu budu proto kvůli stručnosti používat pouze pojem „pokyny“.³⁶

Podle (problematické a hojně kritizované)³⁷ judikatury Soudního dvora³⁸ za „pravé“ soft law, tedy právně nezávazné akty posuzované ve stejném režimu jako doporučení podle článku 288 SFEU, lze považovat pouze takové akty, které nejsou zastřeny závazným aktem. Do pravého soft law spadá takový akt, který používá neimperativní jazyk (měli by, doporučuje se aby, je žádoucí aby...) a neobsahuje nic, z čeho by se dalo odvozovat, že adresáti mají ve skutečnosti povinnost ho respektovat. Navíc z ničeho nelze usuzovat, že autor takového aktu chtěl ve skutečnosti vydat právně závazný akt. Splní-li pokyny ESA tento jednoduchý test (jazyk, obsah, úmysl autora),

³¹ Nelze samozřejmě vyloučit, že obsah aktu, který byl korektně přijat jako soft law ESA, bude v budoucnu promítnut do právně závazného unijního aktu přijatého kompetentním unijním orgánem. Např. obecné pokyny ESMA ke společné definici evropského fondu peněžního trhu ze dne 19. května 2010, CESR/10-049, byly nahrazeny nařízením (Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2017/1131 ze dne 14. června 2017 o fondech peněžního trhu, OJ L 169, 30.6.2017, s. 8–45).

³² Viz rozsudek SDEU z 15. 7. 2021, C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF) v. Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)*, body 52-57 (ECLI:EU:C:2021:599).

³³ Srov. Mazák, J., Jánošíková, M. *Lisabonská smlouva: Ústavní systém a soudna ochrana*. S.l.: IURA Edition, 2011, s. 172. Autoři uvádějí, že doporučení a stanoviska jsou dle článku 288 právně nezávaznými akty, což dle jejich názoru otevírá otázku, proč jsou tyto dokumenty vůbec zařazeny mezi právní akty. Tento poznatek je na širší debatu, zda definičním znakem právního aktu je jeho právní závaznost.

³⁴ Viz např. Stefan, O. *European Union Soft Law: New Developments Concerning the Divide Between Legally Binding Force and Legal Effects: European Union Soft Law. The Modern Law Review*. 2012, č. 5.

³⁵ Dickschen, J. E. *Empfehlungen und Leitlinien als Handlungsform der Europäischen Finanzaufsichtsbehörden: eine dogmatische Vermessung*. Berlin: Springer, 2017, s. 114.

³⁶ Pro úplnost je třeba zmínit to, že kromě doporučení obecné povahy podle článku 16 základních nařízeních mohou ESA vydávat ještě individuální doporučení podle článků 17, která jsou určena konkrétním vnitrostátním orgánům, jež porušily unijní právo, a která je vyzývají k nápravě. Jedná se však o zvláštní typ doporučení, na který se závěry tohoto článku nevztahují plně.

³⁷ Arnall, A. *EU Recommendations and Judicial Review: ECJ 20 February 2018, Case C-16/16 P, Kingdom of Belgium v European Commission. European Constitutional Law Review*. 2018, č. 3.; Láncos, P. L. *Piercing the Soft Law Veil? The Hard Truth about Directive-like Recommendations. SOLAR working papers*. 2019.; Gundel, J. *Rechtsschutz gegen Empfehlungen der EU-Kommission? : Anmerkung zum Urteil des EuGH (GK) v. 20.2.2018, Rs. C-16/16 P (Belgien/Kommission). Europarecht*. 2018, č. 5.; Mastroianni, R. *What's in a Recommendation? Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*. 2020, č. 2.

³⁸ Rozsudek Soudního dvora ze dne 20. února 2018, *Belgie v. Komise (C-16/16 P, ECLI:EU:C:2018:79)*.

patrně bude třeba je považovat za „pravé“ soft law. Problém je, že „pravost“ soft law nelze hodnotit ve vztahu ke všem pokynům obecně, ale je nutné posoudit obsah konkrétního aktu. Přitom zařazení mezi pravé soft law podle uvedeného testu vůbec nic neříká o tom, jaké skutečné (právní) účinky pokyny ESA mají nebo mohou vyvolat.

Zůstaneme-li stále na unijní úrovni, na právní účinky soft law aktů ESA budou mít největší vliv zakládací nařízení. Podle článků 16 jsou pokyny určeny jak vnitrostátním regulačním orgánům, tak finančním institucím. Odstavec 3 těchto článků pak upřesňuje, že jak vnitrostátní orgány, tak finanční instituce mají povinnost vynaložit „veškeré úsilí, aby se těmito obecnými pokyny a doporučeními řídily.“ Ze závazného unijního ustanovení tak sice nevyplývá povinnost řídit se obsahem pokynů, ale – což je u soft law časté – povinnost snažit se o respektování pokynů. Už z toho je patrné, že pokyny se nevydávají s tím, že by je bylo možno jednoduše ignorovat. I při zachování právně nezávazného charakteru je doprovází určitý druh povinnosti.

Články 16 dále sdělují, že dodržování pokynů je založeno na principu „splň nebo vysvětli“ (*comply or explain*).³⁹ Nejčastěji jsou přímými adresáty pokynů vnitrostátní regulátoři, kteří mají možnost rozhodnout se, zda se jimi budou řídit (*opt-in*), nebo nikoli (*opt-out*). Samotné články 16 všech tří nařízení předjímají možnost, že se regulátoři rozhodnou neřídit se danými soft law dokumenty (možnost *opt-outu*). V takovém případě jim však zůstává povinnost své rozhodnutí sdělit Evropským orgánům dohledu ve lhůtě 2 měsíců od vydání aktu a vysvětlit důvody (oznamovací povinnost). V praxi k takovému *opt-outu* většinou dochází v případě, že vnitrostátní legislativa danému regulačnímu orgánu neumožňuje přijmout dané pokyny (obecně všechny unijní pokyny nebo konkrétně pokyny v dané oblasti).⁴⁰ Dále je možnost, že dohled nad finančním trhem v rámci jednoho členského státu provádí více správních orgánů, přičemž ne každý z nich má v pravomoci oblast, která je obsahem konkrétního pokynu. Může se tedy stát, že vícero regulátorů sdělí Evropským orgánům dohledu využití možnosti *opt-outu*, ale v daném členském státě zůstává alespoň jeden regulační orgán, který zvolí *opt-in*.⁴¹

Samotné pokyny často opakují možnost, že vnitrostátní regulátor zvolí *opt-out*, a připomínají povinnost sdělit důvody *opt-outu* ve lhůtě dvou měsíců konkrétnímu Evropskému orgánu dohledu, který pokyny vydal. Tuto povinnost pak někdy zmírňují sdělením, že „neposkytnou-li příslušné orgány oznámení v této lhůtě, bude mít orgán EBA za to, že se těmito obecnými pokyny neřídí nebo nehodlají řídit.“⁴² Nerespektováním oznamovací povinnosti tedy dle pokynů vzniká fikce

³⁹ Schemmel, J. The ESA Guidelines: Soft Law and Subjectivity in the European Financial Market-Capturing the Administrative Influence. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2016, č. 2, s. 465.

⁴⁰ Například Rakousko ve vztahu k pokynům EBA/GL/2015/18. Viz str. 110 výroční zprávy EBA za rok 2016. Dostupné z: <https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1879387/4c08e80f-ea87-4643-90cb-a2a02230c0a2/EBA%20Annual%20Report%202016.pdf>.

Případně Německo ve vztahu k pokynům EBA/GL/2015/12. Viz tabulka shody ze dne 4. srpna 2016. Dostupné z: <https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1092172/1c86c21b-d5c0-43d6-9edd-6c299a85d63a/EBA%20Guideline%202015%2012-Compliance%20Table-GLs%20on%20Arrears%20and%20Foreclosure.pdf?retry=1>.

⁴¹ Například Finsko ve vztahu k pokynům EBA/GL/2015/11. Viz tabulka shody ze dne 4. srpna 2016. Dostupné z: <https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1092161/1c284e6a-8b6b-4c68-9d60-40436c04591f/EBA%20Guideline%202015%2011-Compliance%20Table-GLs%20on%20Creditworthiness%20Assessment.pdf>.

⁴² Např. Pokyny EBA k vnitřnímu systému správy a řízení, EBA/GL/2017/11, 21. 3. 2018, bod 3.

opt-outu. Přitom je zajímavé, že právně nezávazné pokyny tím vlastně odvolávají povinnost, která je stanovena v právně závazném nařízení.

Na první pohled se může zdát, že vnitrostátní regulátor má naprostou volnost rozhodnout se, zda zvolí *opt-in* či *opt-out*. Avšak pokyny mohou být doprovázeny dalšími mechanismy, které podněcují jejich respektování ze strany regulátorů.⁴³ Například Obecné pokyny EIOPA k předkládání informací⁴⁴ v bodě 1.31 uvádějí, že vnitrostátní orgány „by měly orgánu EIOPA zaslat zprávu o pokroku týkající se zavádění těchto obecných pokynů do konce února každého následujícího roku. První zpráva by měla být předložena do 28. února 2015 a měla by se týkat období od 1. ledna 2014 do 31. prosince 2014.“ Jde sice o pouhé doporučení či výzvu k informování o tom, jak jsou pokyny prováděny do praxe, nicméně již taková výslovně uvedená prosba (navíc doprovázená konkrétním termínem) může posilovat motivaci vnitrostátních orgánů k respektování pokynů. Také samotné monitorování toho, do jaké míry se jednotlivé vnitrostátní orgány dohledu řídí unijními pokyny, zvyšuje pravděpodobnost, že tak budou skutečně činit.⁴⁵ K tomu lze ještě přidat neformální mechanismus zveřejňování „hříšníků“ (*naming and shaming*)⁴⁶ – tedy to, že jednotlivé ESA na svých stránkách uvádějí, které vnitrostátní orgány zvolily *opt-out*.

Ovšem tyto mechanismy lze označit spíše za praktické, strukturální či mimoprávní faktory, které povzbuzují k následování pokynů. Z čistě formálně-právního pohledu neexistuje žádný mechanismus, který by vnitrostátní regulátory nutil k tomu, aby se řídili danými pokyny. Sice je zde stále povinnost „vynaložit veškeré úsilí“, avšak nerespektování pokynů ze strany vnitrostátních orgánů dohledu nemůže být bráno jako jednání v rozporu s unijním právem, které by mohlo eventuálně vést k řízení o porušení povinnosti členského státu a v konečném důsledku i k žalobě na členský stát podle článku 258 SFEU. Potud mají vnitrostátní orgány dohledu plnou diskreci rozhodnout se, zda se budou pokyny řídit, či nikoli.

Nicméně pro finanční instituce jakožto skutečné adresáty pokynů je situace odlišná. Stejně jako vnitrostátní orgány mají povinnost „vyložit veškeré úsilí“, aby se konkrétními pokyny řídily. Vedle toho mají rovněž doplňkovou povinnost reportovat o tom, zda se budou daným soft law aktem řídit, avšak to platí pouze v případě, že to sám takový akt výslovně stanoví.⁴⁷ Povinnost snažit se o plnění ani neformální vnučovací mechanismus však samy o sobě nemají takovou faktickou sílu jako skutečnost, že dané soft law bude reálně vymáhat vnitrostátní regulátor. Pokud se totiž vnitrostátní regulační orgán rozhodne pro *opt-in*, pak lze tvrdit, že pro finanční instituce, nad kterými dohlíží, to v praxi znamená, že se danými pokyny musí téměř vždy řídit. Respektive pro finanční instituce je nesmírně obtížné se vyhnout splnění obsahu pokynů. Tomuto argumentu svědčí následující.

⁴³ Z čistě pragmatického hlediska mohou vnitrostátní regulátoři upřednostnit používání unijních pokynů a doporučení namísto toho, aby museli vytvářet svoje vlastní pravidla.

⁴⁴ Obecné pokyny k předkládání informací příslušným vnitrostátním úřadům, EIOPA-CP- 13/010 CS, 2013.

⁴⁵ Schemmel, J. *The ESA Guidelines: Soft Law and Subjectivity in the European Financial Market-Capturing the Administrative Influence*, s. 365.

⁴⁶ Van Rijsbergen, M. On the Enforceability of EU Agencies' Soft Law at the National Level: The Case of the European Securities and Markets Authority. *Utrecht Law Review*. 2014, č. 5, s. 124. Viz též stanovisko generálního advokáta Bobka ze dne 12. prosince 2017, *Belgie v. Komise* (C-16/16 P, ECLI:EU:C:2017:959, bod 121).

⁴⁷ Jde o nové ustanovení přidané při novelizaci zakládacích nařízení s účinností od 1. 1. 2020. Pokud je mi známo, žádný takový akt s povinností reportování dosud vydán nebyl.

Pokyny sice používají neimperativní jazyk, ale ten se někdy vztahuje jen na pokyny určené vnitrostátním regulátorům. V některých případech se pokyny výslovně obrací na finanční instituce jakožto koncové adresáty. Právě přítomnost dvou typů adresátů začíná komplikovat otázku, jak moc jsou pokyny závazné ve svém důsledku. Například Obecné pokyny ESMA k vázanému prodeji⁴⁸ jsou adresovány vnitrostátním orgánům dohledu a formulují následující radu: „Příslušné orgány, které vykonávají dohled nad institucemi, jež distribuují vázané nebo sdružené balíčky, by měly po institucích požadovat, aby zajistily, že klientům jsou poskytovány informace o ceně balíčku a jeho jednotlivých složek.“⁴⁹ Obdobně jsou formulovány i ostatní pokyny – tedy doporučují vnitrostátním regulačním orgánům, co by měly od finančních institucí požadovat. Finanční instituce sice nejsou přímými adresáty; jim konkrétně pokyny nic nedoporučují. Avšak doporučením toho, co mají vnitrostátní regulátoři vyžadovat, se pokyny nepřímou vztahují právě na finanční instituce, které mají/musí/měly by poskytovat klientům informace o ceně balíčku a jeho jednotlivých složek. Míra, do které se finanční instituce mohou dobrovolně rozhodnout, že se pokyny řídit nebudou, tak ve skutečnosti záleží na tom, jak silně a jakými prostředky od nich bude dodržování vymáhat vnitrostátní orgán dohledu.

V jiných případech se pokyny obražejí přímo na finanční instituce, jak je tomu například u pokynů EBA o zpřístupňování informací o kapitálových požadavcích.⁵⁰ Jejich bod 20 třeba říká, že „[i]nstituce, které vylučují expozice vůči své centrální bance ze své celkové míry expozic [...], by měly zveřejnit také pákový poměr [...], a to v samostatném řádku, který se vloží do tabulky [...]“. Od vnitrostátních regulátorů se pak implicitně očekává, že budou splnění těchto pokynů po finančních institucích požadovat. Opět lze tvrdit, že míra závaznosti pro finanční instituce bude záležet na tom, jakým způsobem je bude vynucovat vnitrostátní regulátor.

Ačkoli se tedy Evropské orgány dohledu prostřednictvím pokynů formálně obrací na vnitrostátní regulátory, hlavními (skutečnými) adresáty pokynů jsou finanční instituce, které jsou vyzvány k implementování konkrétních požadavků do svých vnitřních systémů. V tomto ohledu se pokyny podobají právně závazným směrnicím: ty se také obrací na členské státy a ukládají jim povinnosti promítnout do vnitrostátních právních řádů určitá pravidla, přitom faktické plnění těchto pravidel se v konečném důsledku vyžaduje od soukromých subjektů.⁵¹ Od směrnic se pokyny liší tím, že jim chybí právní závaznost ve vztahu k vnitrostátním orgánům dohledu a že jejich obsah nemusí být promítnut do vnitrostátního předpisu, a odvozeně se odlišují rovněž tím, že jednotlivcům neschází právo dovolávat se přímého účinku pokynů, pokud se jimi vnitrostátní orgány rozhodnou neřídit. Avšak jakmile je rozhodnutí vnitrostátního regulátora pozitivní, tj. zvolí *opt-in*, je následné působení pokynů obdobné tomu, jak fungují směrnice.

Byť tedy na unijní úrovni zůstávají obecné pokyny a doporučení ESA právně nezávaznými akty, které pouze doprovází doplňkové povinnosti (povinnost vyvinout úsilí k plnění, oznamovací povinnost), jejich skutečné právní účinky na finanční instituce jakožto hlavní adresáty těchto aktů

⁴⁸ Obecné pokyny ESMA, které se vztahují na nabízení investiční služby spolu s jinou službou nebo produktem jakožto součástí balíčku nebo jako podmínky stejné smlouvy či balíčku, ESMA/2016/574 CS ze dne 11. 7. 2016.

⁴⁹ Ibid., Pokyn č. 1, bod 12.

⁵⁰ Obecné pokyny EBA k podávání zpráv a zpřístupňování informací v souladu s „rychlými úpravami“ nařízení o kapitálových požadavcích v souvislosti s krizí vyvolanou pandemií COVID-19 (tzv. CRR „quick fix“), EBA/GL/2020/11 ze dne 11. 8. 2020.

⁵¹ Srov. stanovisko generálního advokáta Bobka ze dne 15. dubna 2021, Fédération bancaire française (FBF) v. Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) (C-911/19, ECLI:EU:C:2021:294, bod 48).

závisí především na tom, jaký postoj k nim zaujme vnitrostátní regulátor a jakým způsobem je bude v rámci svých dohledových pravomocí reálně vynucovat.

4. Právní účinky obecných pokynů a doporučení ESA v České republice

V rámci České republiky je příslušným vnitrostátním orgánem, jemuž jsou formálně adresovány obecné pokyny a doporučení Evropských orgánů dohledu, Česká národní banka. Ta má formálně diskreční pravomoc rozhodnout se, zda hodlá konkrétní pokyny po subjektech, nad nimiž dohlíží, vymáhat. Vnitrostátní účinky unijního soft law zároveň posilují české právní předpisy. V souvislosti s nimi pak vynucování ze strany ČNB vede k tomu, že unijní soft law nabývá na vnitrostátní úrovni závaznosti.

4.1. Sdělení ČNB a jeho právní povaha

Rozhodne-li se ČNB pro *opt-in*, uvede to ve sdělení uveřejněném na úřední desce. V takovém sdělení ČNB obvykle oznamuje, že se danými pokyny bude řídit a že očekává od dohlížených subjektů, že vynaloží veškeré úsilí, aby se těmito pokyny řídily.⁵² Česká národní banka se může rovněž rozhodnout, že se konkrétními pokyny bude řídit pouze částečně.⁵³ V praxi se může vyskytnout i podmíněný *opt-in* (resp. dočasný *opt-out*).⁵⁴ Není mi znám žádný případ, kdy by se ČNB rozhodla pro úplný *opt-out*.⁵⁵

Otázkou je, jakou (právní) povahu taková sdělení ČNB mají. Není totiž zcela jasné, zda je takové sdělení normativním či pouze informativním aktem. Pokud jde o zákonné zmocnění, § 49a odst. 3 zákona o České národní bance uvádí, že ČNB vydává úřední sdělení, „kterými informuje...“.⁵⁶ Z toho by se na první pohled dalo odvodit, že sdělení jsou pouze informativním aktem. Nicméně Nejvyšší správní soud byl v minulosti postaven před otázkou, zda takové sdělení nemůže být ve skutečnosti opatřením obecné povahy. Uvedl, že nejsou rozhodné formální znaky aktu (jak byl označen, kým byl podepsán), ale „[r]ozhodný je jeho konkrétní obsah a dopad na práva a povinnosti adresátů.“⁵⁷ V konkrétním případě posuzoval sdělení, v němž ČNB poskytla pouze výklad zákona, takže ani z materiálního hlediska se nejednalo o žádný normativní předpis. Ale v případě sdělení, v němž ČNB informuje o tom, se hodlá řídit konkrétními pokyny Evropského

⁵² Viz např. sdělení ČNB z 1. 6. 2015 o obecných pokynech k posouzení úvěruschopnosti (EBA/GL/2015/11), které konkrétně zní: „Česká národní banka bude postupovat při výkonu dohledu v souladu s těmito obecnými pokyny a očekává, že dohlížené subjekty vynaloží veškeré úsilí, aby se těmito pokyny řídily. Z těchto pokynů bude ČNB vycházet i při výkonu dohledu u spotřebitelského úvěru jiného než na bydlení.“

⁵³ Např. Sdělení ČNB z 20. 12. 2016 o společných obecných pokynech k obezřetnostnímu posuzování nabývání nebo zvyšování kvalifikovaných účastí ve finančním sektoru.

⁵⁴ Např. ve vztahu k pokynům EBA/GL/2020/13 uvedla ČNB ve svém sdělení z 15. 1. 2021, že při výkonu dohledu v souladu s těmito pokyny bude postupovat až poté, kdy bude v ČR dokončena transpozice směrnice CRD V [Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/878 ze dne 20. května 2019, kterou se mění směrnice 2013/36/EU].

⁵⁵ Nepodařilo se mi najít žádné sdělení, v němž by ČNB informovala, že se danými pokyny nebude řídit. Ani v tabulkách shody (*compliance tables*), které jsem prostudovala, nikde nefiguruje ČNB jako orgán volící *opt-out*. Toho, že by ČNB někdy v minulosti takovou možnost zvolila, si není vědom ani oslovený právník obeznámený s fungováním ČNB.

⁵⁶ Zákon č. 6/1993 Sb., o České národní bance, ve znění pozdějších předpisů.

⁵⁷ Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 11. 2006, č. j. 2 Ao 1/2006-47, č. 740/2006 Sb. rozh. NSS, 10/2008.

orgánu dohledu, bude posuzování materiální stránky patrně složitější. ČNB totiž publikováním sdělení zavazuje sama sebe tím, že se hodlá pokyny řídit a že je hodlá vymáhat.⁵⁸

Na tomto místě by se analogicky dala aplikovat judikatura NSS týkající se vnitřních pokynů veřejné správy a souvisejících principů předvídatelnosti rozhodování orgánů veřejné moci a právní jistoty: Pokud z vnitřních pokynů plynou pro účastníky řízení konkrétní požadavky, které nejsou explicitně vyjádřeny v právně závazných předpisech, nelze pochybovat o tom, že takové pokyny se přímo dotýkají třetích osob.⁵⁹ Sdělení ČNB vlastně odkazuje na konkrétní požadavky, které hodlá od dohlížených subjektů vymáhat. Tím se jednoznačně dotýká právní sféry těchto subjektů.

Po sdělení ze strany ČNB sice dané unijní pokyny nadále zůstávají právně nezávazným dokumentem, avšak obsah pokynů se pro finanční instituce stává povinností především v důsledku dohledových činností ČNB (*de facto* povinnost), případně odkazů v právně závazných předpisech (tady už by se dalo uvažovat o povinnosti *de iure*, která však podléhá dodatečným podmínkám). V tomto ohledu by bylo možné uvažovat o konstrukci, v rámci níž má sdělení ČNB dopad na práva a povinnosti adresátů (dohlížených subjektů) tím, že upřesňuje, jaké konkrétní požadavky od nich ČNB hodlá vymáhat. Pak by patrně byl schůdný i závěr, že takové sdělení ČNB je ve skutečnosti opatřením obecné povahy. Pokud bychom se drželi toho, že sdělení je pouze informativním aktem, a tedy že samo o sobě nemá normativní povahu, pak by nicméně výsledkem zůstalo, že sdělení má alespoň praktické dopady. Kompromisem může být závěr, že sdělení ČNB mají povahu kvazi-normativních aktů.⁶⁰ Formálně pouze informují o tom, co hodlá ČNB vymáhat, ale ve skutečnosti vyvolávají změnu chování dohlížených subjektů, které ve světle takového příslibu implementují obsah unijních pokynů.

Byť se otázka právní povahy sdělení ČNB může na první pohled jevit jako čistě akademická, mohla by v budoucnu nabýt i praktického významu. Lze si totiž představit situaci, kdy se finanční instituce bude spíše preventivně bránit tomu, aby musela implementovat pokyny, o nichž ČNB sdělila, že je hodlá vymáhat. Důvodem může být přesvědčení, že dotčené pokyny jsou svým obsahem v rozporu s primárním či sekundárním unijním právem nebo že jejich vydáním daný ESA překročil meze svých kompetencí. Než aby taková finanční instituce vyčkávala na správní řízení, v němž bude ČNB plnění pokynů přímo či nepřímo vynucovat, může se obrátit na správní soud s žalobou proti samotnému sdělení.⁶¹ Správní soud by musel posoudit, zda je sdělení, které formálně informuje, spíše opatřením obecné povahy, jež může být soudem přezkoumáno.

Domnívám se, že sdělení ČNB, kterými informuje, že hodlá od (obecně vymezených) finančních institucí vymáhat (konkrétní) pokyny ESA, je opravdu opatřením obecné povahy. Sdělení totiž neposkytuje výklad stávající povinnosti ani neinformuje o postupech vymáhání stávajících povinností, ale ČNB jím dává finančním institucím na vědomí, že od nich očekává plnění (resp. vynaložení veškerého úsilí k plnění) nově formulovaných a konkretizovaných pravidel (která jsou sice navázána na právně závazná unijní ustanovení, ale ve skutečnosti stanoví nové kroky a

⁵⁸ Srov. Šemora, V. K některým aspektům právně nevynutitelných nástrojů (soft law) vydávaných správními orgány. *Právní rozhledy*. 2011, č. 2.

⁵⁹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu z 30. 4. 2008, č. j. 4 As 20/2007-64.

⁶⁰ Srov. Vojtěch, J. Několik poznámek k doporučením ČNB úvěrovým institucím v oblasti hypotečního trhu a jejich právní povaze. *Obchodněprávní revue*. 2017, č. 4.

⁶¹ Obdobně jako k tomu došlo ve Francii ve věci *Fédération bancaire française (FBF) v. Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)*. Viz rozhodnutí Conseil d'Etat (Francie) ze dne 4. 12. 2019 ve věci č. 415550.

postupy, jež je třeba implementovat či splnit). To, že ČNB „očekává“, že dohlížené subjekty podniknou určité kroky ke splnění pokynů, společně s vynucovacími pravomocemi, kterými disponuje, jednoznačně vyvolává u dohlížených subjektů tlak na skutečné plnění. Nepřímo tím stanoví nové povinnosti, které musí finanční instituce (pod nepřímou hrozbou vynucení) splnit, čímž vskutku vstupuje do jejich normativní sféry.

Pokud by pak správní soud souhlasil s takovým zhodnocením a uznal, že sdělení ČNB je materiálně opatřením obecné povahy, protože už jeho vydání má vliv na práva a povinnosti finančních institucí,⁶² pak by ho mohl klidně přezkoumávat a případně i zrušit.⁶³ Přitom stále otevřenou zůstává otázka, zda ke zrušení sdělení může dojít pouze v případě, že se správní soud obrátí s předběžnou otázkou na Soudní dvůr EU, který problematický unijní soft law akt, na který sdělení ČNB odkazuje, prohlásí za neplatný. Podle doktríny Foto-Frost je totiž posuzování platnosti unijního aktu ve výlučné pravomoci SDEU.⁶⁴ Lze však nalézt i názory, že v případě soft law aktů vnitrostátní soudy povinnost podat předběžnou otázku na platnost nemají – právě proto, že diskrece ohledně respektování právně nezávazných unijních aktů zůstává na vnitrostátní úrovni.⁶⁵ V takovém případě by správní soud mohl sdělení ČNB posoudit a zrušit bez asistence SDEU.

4.2. Odkaz na unijní pokyny v českých předpisech

Co se týče skutečných vnitrostátních účinků samotných soft law aktů ESA, vedle článků 16 základacích nařízení, které ukládají České národní bance i finančním institucím povinnost vyvinout veškeré úsilí k plnění, do hry vstupují i české právní předpisy. Zmocnění ČNB, aby při svých dohledových činnostech zohledňovala unijní soft law Evropských orgánů dohledu, je totiž někdy výslovně zmíněno v zákonech. Například zákon č. 21/1992 Sb. o bankách stanoví, že ČNB při výkonu své působnosti vychází „z pokynů, doporučení, standardů a jiných opatření přijatých Evropským orgánem pro bankovníctví, ledaže uvede důvody, pro které tak nečiní.“⁶⁶ Obdobná ustanovení můžeme nalézt rovněž v zákoně č. 87/1995 Sb. o družstevních záložnách⁶⁷ anebo v zákoně č. 256/2004 Sb. o podnikání na kapitálovém trhu.⁶⁸ Tyto předpisy tedy přejímají pravidlo uvedené v základacích nařízeních, a sice že ČNB jakožto vnitrostátní orgán dohledu má možnost zvolit ve vztahu ke konkrétním unijním soft law aktům *opt-out* a zdůvodnit ho. V opačném případě však má ČNB zákonnou povinnost z takových aktů vycházet. Trochu mírnější je ustanovení v zákoně č. 277/2009 Sb. o pojišťovnictví,⁶⁹ podle kterého ČNB „využívá doporučení Evropského orgánu dohledu“, nebo v zákoně č. 240/2013 Sb. o investičních společnostech a investičních

⁶² Ve smyslu judikatury NSS: Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 11. 2006, č. j. 2 Ao 1/2006-47, č. 740/2006 Sb. rozh. NSS, 10/2008.

⁶³ Jak to umožňuje francouzský systém. Viz například rozsudky francouzské Státní rady (Conseil d'État) ze dne 21. března 2016, Société Fairvesta International Gmhb a další (č. 368082), ze dne 21. března 2016, Société Numéricable (č. 390023) anebo ze dne 12. června 2020, GISTI (č. 418142).

⁶⁴ Rozsudek Soudního dvora ze dne 22. října 1987, Foto-Frost (314/85, ECLI:EU:C:1987:452).

⁶⁵ Viz stanovisko generálního advokáta Bobka ze dne 15. dubna 2021, Fédération bancaire française (FBF) v. Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) (C-911/19, ECLI:EU:C:2021:294, body 122-131), který tvrdí, že doktrína Foto-Frost se nevztahuje na akty typu soft law.

⁶⁶ Viz § 25 odst. 5 zákona č. 21/1992 Sb. o bankách.

⁶⁷ Viz § 21 odst. 7 zákona č. 87/1995 Sb. o družstevních záložnách.

⁶⁸ Viz § 135a odst. 4 zákona č. 256/2004 Sb. o podnikání na kapitálovém trhu.

⁶⁹ Viz § 84 odst. 5 zákona č. 277/2009 Sb. o pojišťovnictví.

fondech,⁷⁰ jenž říká, že ČNB „dbá na to, aby při výkonu dohledu podle tohoto zákona postupovala v souladu s pokyny a doporučeními evropského orgánu dohledu.“ V každém případě zůstává, že jakmile ČNB ve svém úředním sdělení vydaném dle § 49a odst. 3 zákona o ČNB informuje, že při výkonu pravomocí dohledu hodlá vycházet z konkrétních unijních pokynů, je tímto prohlášením sama vázána.⁷¹

Ochota ČNB vymáhat dodržování pokynů a doporučení Evropských orgánů dohledu je tedy naprosto klíčovým aspektem, který má vliv na skutečné působení unijního soft law ve vnitrostátních podmínkách. V praxi může respektování vlastních sdělení ze strany ČNB nabývat různých podob. Například v rámci dohledu nad tím, zda finanční instituce postupují v souladu s právně závaznými českými i unijními ustanoveními, může ČNB zasílat dohledové výzvy k předložení informací a podkladů. Jelikož pokyny mají být podle zakládacích nařízení ESA upřesněním závazných právních ustanovení Unie, jejich neuposlechnutí může ČNB vyhodnotit jako odchylku od těchto závazných právních ustanovení. Případně zjistí-li ČNB jakékoli nedostatky v rámci vnitřního řízení finanční instituce, které odporují pokynům, vyzve ji k přijetí opatření k nápravě. Pokud výzva není vyslyšena, může to vést k zahájení sankčního řízení. Efektivní vynucování unijních pokynů může probíhat i v rámci licenčního řízení. ČNB může vyžadovat, aby podklady předkládané žadatelem o licenci odpovídaly unijním pokynům, jinak licenci neudělí.⁷² Ve všech uvedených případech tedy ČNB zprostředkovává skutečný dopad unijního soft law na vnitrostátní finanční instituce.

V tomto kontextu je třeba zdůraznit, že vzhledem k článkům 1 a 16 zakládacích nařízení nemohou samotné pokyny zakládat povinnosti jdoucí mimo rámec právně závazných unijních předpisů, které patří do rozsahu působnosti konkrétního ESA.⁷³ Jejich účelem je objasnit obsah právně závazných ustanovení a doporučit, jak mají být vykládány a implementovány do praxe ve jménu jednotného uplatňování unijního práva. Z toho lze odvodit, že povinnost dodržovat závazné předpisy v duchu jednotnosti znamená nutnost uvést do praxe pokyny, které na závazné předpisy navazují. Opět – pokud by konkrétní pokyny vybočovaly z okruhu kompetencí podle zakládacích nařízení nebo pokud by se jejich obsah přičil primárnímu či sekundárnímu právu EU, pak by bylo nejspíš třeba je soudem zrušit.

4.3. Povinnost řídit se pokyny stanovená ve vyhláškách

Není bez zajímavosti, že povinnosti koncových subjektů (finančních institucí) řídit se unijními pokyny jsou rovněž výslovně uvedeny v některých vyhláškách ČNB. Například vyhláška č.

⁷⁰ Viz § 537 zákona č. 240/2013 Sb. o investičních společnostech a investičních fondech.

⁷¹ Viz opět rozsudek Nejvyššího správního soudu z 30. 4. 2008, č. j. 4 As 20/2007-64.

⁷² Všechny zmíněné příklady nejsou výslovně veřejně uvedené, ale potvrdili je právníci a právničky zastupující finanční instituce. Podobně to funguje i ve Francii: Podle veřejné zpravodajky Conseil d'État samotné nedodržení unijních pokynů nemůže vést k uložení sankce. Avšak pokyny jsou chápány jako vyjádření osvědčených postupů; pokud se od nich finanční instituce odchyluje, může to být považováno za špatný postup. V takovém případě může příslušný orgán vydat individuální varování, jehož nerespektování může finanční instituci vystavit disciplinárnímu řízení. Viz stanovisko Emilie Bokdam, veřejné zpravodajky Conseil d'État, ze dne 4. 12. 2019 ve věci č. 415550 – Fédération bancaire française, s. 5.

⁷³ Obdobně, pokud jde o vnitřní pokyny veřejné správy, viz Frumarová, K. Vnitřní předpisy, jejich “vnější” účinky a jiné problematické aspekty. *Acta Universitatis Carolinae - Iuridica*. 2020, č. 2, s. 33–34.

244/2013 Sb.,⁷⁴ která blíže upravuje nastavení řídicích a kontrolních systémů obhospodařovatelů a administrátorů investičních fondů, stanoví, že povinné subjekty promítnou do svých vnitřních předpisů obecné pokyny ESMA, „ledaže by jejich konkrétní ustanovení bylo v rozporu s požadavky právních předpisů.“⁷⁵ Obdobně vyhláška ČNB č. 163/2014 Sb.,⁷⁶ která se vztahuje na banky, spořitelny a úvěrní družstva, obchodníky s cennými papíry a pobočky banky z jiného než členského státu, upravuje mimo jiné požadavky na řídicí a kontrolní systém. V rámci pravidel pro řádnou správu a řízení daných finančních institucí stanoví, že povinná osoba (daná finanční instituce) vždy dodržuje při své činnosti a zapracuje do vnitřních předpisů obecné pokyny EBA, ESMA, EIOPA a ESFS, „ledaže by jejich konkrétní ustanovení bylo v rozporu s požadavky právních předpisů nebo umožňovalo obcházení jejich účelu.“⁷⁷

Tyto české právně závazné podzákoné předpisy ovlivňují účinky soft law aktů ESA ve dvou různých směrech. Zprvce, v daných oblastech zcela explicitně ukládají dotčeným finančním institucím povinnost promítnout, zapracovat či dodržovat unijní soft law akty. Kromě očekávání snahy plnit, které vyplývá ze sdělení ČNB, je tedy u některých pokynů přítomna právní povinnost plnit. Dotčená ustanovení vyhlášek tak ve formální rovině zesilují právní účinky unijních soft law aktů.

Zadruhé, a to je možná ještě pozoruhodnější, české vyhlášky předjímají skutečnost, že některé soft law akty z dílny Evropských orgánů dohledu budou v rozporu s požadavky závazných právních předpisů. V takových případech pak povinnost dodržovat soft law neplatí. To však vyvolává množství otázek a pochybností. Ustanovení vyhlášek signalizují, že soft law akty ESA nemusí být vždy zcela v pořádku. V praxi to jistě může nastat. Avšak zvláštní zůstává, že je to právě český podzákoný předpis, který pro takové situace odnímá povinnost řídit se pokyny, jejichž obsah je protiprávní. Tím naznačuje, že do rozporu s právně závazným předpisem se finanční instituce může dostat i tehdy, pokud jedná v souladu s článkem 16 odst. 3 základních nařízení (tedy přímo účinným unijním ustanovením), a sice pokud se rozhodne řídit pokyny ESA.

Navíc není zcela jasné, zda se požadavkem právních předpisů myslí unijní či vnitrostátní pravidlo. Teoreticky si totiž lze představit situaci, kdy unijní soft law ustanovení bude odporovat českému předpisu, ale zároveň nebude v rozporu s žádným závazným právním aktem Unie. Vystává tedy otázka, zda je vzhledem k principu přednosti unijního práva nutné přiznat přednost rovněž unijním aktům charakteru soft law před právně závazným českým ustanovením, kterému by soft law ustanovení mohlo odporovat.

V ideální rovině pokyny ESA nemají stanovovat zcela nové povinnosti, které by byly úplně mimo závazné unijní předpisy tvořící okruh působnosti každého z ESA, ale jejich účelem je pouze objasnit obsah závazných ustanovení a doporučit, jakým způsobem je třeba tato ustanovení interpretovat a provádět či jak v praxi jednat v duchu takových závazných ustanovení. Pokud tedy pokyny svým obsahem tuto podmínku splňují, jsou pouze prodlouženou rukou právně závazných unijních předpisů. V takovém případě si lze těžko představit situaci, kdy by implementace pokynů

⁷⁴ Vyhláška České národní banky č. 244/2013 Sb. o bližší úpravě některých pravidel zákona o investičních společnostech a investičních fondech.

⁷⁵ Viz § 3 odst. 2 vyhlášky č. 244/2013 Sb.

⁷⁶ Vyhláška České národní banky č. 163/2014 Sb. o výkonu činnosti bank, spořitelních a úvěrních družstev a obchodníků s cennými papíry.

⁷⁷ Viz § 10 odst. 3 písm. a) bod 2 vyhlášky č. 163/2014 Sb.

byla vyloučena s ohledem na protichůdné české ustanovení, aniž by samo takové vnitrostátní ustanovení odporovalo unijnímu právu. Příkladně v oblasti finanční regulace a dohledu by tak soft law ustanovení mělo být pouze konkretizací závazného unijního předpisu, kterému svědčí přednost před českým právem. Spekulativně pak lze uvažovat o tom, zda by se plnění unijního soft law z oblasti finanční regulace nemohlo nějakým nezamýšleným způsobem dostat do rozporu s právní úpravou v úplně jiné oblasti, ať už spadá do aplikačního rámce unijního práva, nebo se týká oblasti podléhající čistě vnitrostátnímu právu. Pokud by ale unijní soft law mělo opravdu až takový dosah mimo oblast finanční regulace, je spíše na místě obava, že jeho vydáním daný ESA ve skutečnosti opouští okruh své působnosti. V takovém případě by šlo o rozpor soft law se závazným právním předpisem EU.

Připustíme-li možnost, že nějaký soft law akt bude svým obsahem mimo okruh kompetencí daného ESA nebo že bude obsahovat ustanovení, která budou v rozporu s primárním či sekundárním unijním právem, i tak zůstane ve vzduchu viset otázka, jestli je vhodné, aby možnost (povinnost) neřídit se takovým aktem vycházela z českého podzákoného předpisu. Případná protiprávnost pokynů by totiž měla být relevantní jako argument pro neplnění pokynů i v ostatních oblastech, na které se vyhlášky nevztahují. Objektivně nelze vynucovat plnění aktu, který je v rozporu s předpisem vyšší právní síly, ať už to je někde explicitně stanoveno, nebo nikoli – vychází to totiž ze samotné hierarchie právních norem.⁷⁸ Navíc není jasné, kdo by o případné rozpornosti autoritativně rozhodoval a v jaké fázi. Pochybnosti zůstávají rovněž ohledně toho, zda mají dotčené finanční instituce povinnost předem si provést analýzu toho, jestli plněním unijních pokynů neporušují zákon.

Pokud by nějaký soft law akt ESA byl objektivně v rozporu se závazným unijním předpisem, lze si v českých realitách představit dva scénáře: Zaprvé, ČNB ve správním řízení vynucuje plnění pokynů, ale finanční instituce se tomu brání s argumentem, že pokyny ve skutečnosti odporují závaznému právnímu předpisu. Zadruhé, finanční instituce implementuje pokyny, o kterých ČNB ve svém sdělení řekla, že je hodlá vymáhat, ale následně se zjistí, že tím došlo k porušení závazných právních předpisů nebo k obcházení jejich účelu, jak vyplývá z vyhlášky.

V prvním případě patrně může ČNB uznat argument finanční instituce a dál plnění pokynů nevymáhat, čímž ale poruší slib vůči danému ESA, který učinila ve sdělení, že dané pokyny bude vymáhat. Čistě formálně za to ČNB sice nehrozí žádný postih (materiálně to bude mít stejné následky jako případný *opt-out*, který je plně v její diskreci),⁷⁹ ale může to narušit důvěru či princip spolupráce mezi správními orgány v rámci EU. Anebo bude ČNB trvat na plnění ze strany finanční instituce. Pokud v tomto ohledu vydá správní rozhodnutí, může se finanční instituce dále bránit před správním soudem. Tady se dostáváme na rozcestí k otázce, která doposud nebyla spolehlivě vyřešena,⁸⁰ a sice jestli obsah unijního soft law a jeho soulad se závaznými předpisy mohou posuzovat vnitrostátní soudy, nebo jestli stejně jako v případě závazných unijních předpisů platí,

⁷⁸ Rozpor se závaznými předpisy samozřejmě ruší i uplatnění zásady, podle níž vydáním soft law správní orgán do budoucna zavazuje sama sebe (*Selbstbindung der Verwaltung*). Vydávající orgán je vázán pouze v rozsahu, v němž soft law neodporuje řádnému uplatnění (primárního) práva. Viz např. rozsudek Soudního dvora ze dne 11. září 2008, Glunz a OSB Deutschland v. Kronofrance (C-75/05 P a C-80/05 P, ECLI:EU:C:2005:614, bod 65).

⁷⁹ Teoreticky přichází v úvahu to, že ČNB formálně odvolá svůj slib a původní sdělení, v němž uvedla, že se danými pokyny hodlá řídit, sama zruší.

⁸⁰ Viz stanovisko generálního advokáta Bobka ze dne 15. dubna 2021, Fédération bancaire française (FBF) v. Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) (C-911/19, ECLI:EU:C:2021:294, body 122–131).

že v případě pochybností o platnosti aktu se vnitrostátní soud musí obrátit s předběžnou otázkou na SDEU.⁸¹ I kdyby byla připuštěna možnost, že vnitrostátní správní soud disponuje pravomocí posoudit platnost unijního soft law bez asistence SDEU, pak by ale stejně nemohl sám pokyny zrušit, ale v úvahu by připadalo pouze zrušení sdělení ČNB – opět za předpokladu, že soud uzná, že se materiálně jedná o opatření obecné povahy.

Ve scénáři číslo dvě, v němž finanční instituce implementuje unijní pokyny, čímž poruší zákon nebo se dopustí jeho obcházení, rovněž vyvstává množství otázek: Bude chráněna dobrá víra finanční instituce, že jednala po právu, nebo je naopak její povinností prošetřit předem, zda vlastně uplatnění unijních pokynů není protiprávní? Vzhledem ke komplexnosti a vnitřní provázanosti celého systému se lze domnívat, že by finanční instituce neměly být jakkoli penalizovány za implementování unijních pokynů, i když se později ukáže, že tím došlo k porušení závazného právního předpisu. Výjimkou by patrně mohla být situace, kdy si finanční instituce byla předem jasně vědoma toho, že implementací pokynů porušuje zákon.⁸² Avšak opět je třeba zmínit obavu, zda vůbec může takový scénář nastat v jiném případě, než je neplatnost samotných pokynů pro rozpor s unijním právem. Teoreticky je možné představit si situaci, kdy jsou pokyny formulovány tak nešikovně, že jejich důsledné následování porušuje povinnosti v úplně jiných oblastech, než je finanční regulace, třeba v oblasti ochrany osobních údajů. To by do hry mohl vstoupit další vnitrostátní správní orgán. Pokud by taková komplikovaná situace nastala, bylo by zřejmě nejvhodnější řešit ji na úrovni správních soudů a případně položit Soudnímu dvoru předběžnou otázku na platnost dotčeného soft law. I kdyby ale Soudní dvůr nakonec takové soft law prohlásil za neplatné, případně pokud by správní soud zrušil „implementační“ sdělení ČNB bez asistence SDEU, finanční instituce by neměla být bez dalšího sankcionována za to, že se jím původně řídila.⁸³ Navíc si lze představit situaci, kdy naopak finanční instituce bude požadovat náhradu škody – protože jí vznikly dodatečné náklady v souvislosti s implementováním pokynů, které byly později prohlášeny za neplatné. Otázkou je, jestli takovou náhradu škody lze skutečně žalovat a kdo by vůbec za škodu měl být odpovědný.⁸⁴

Na okraj lze ještě uvést teoretickou otázku, zda skutečnost, že se ČNB u konkrétních pokynů rozhodne pro *opt-out*, ruší ve vztahu k těmto pokynům povinnost vyplývající z vyhlášek. Pokud se ČNB rozhodne pro *opt-out*,⁸⁵ znamená to, že dané pokyny nehodlá vymáhat, avšak striktně formálně vzato se tím povinnost stanovená ve vyhlášce jakožto právně závazném aktu nijak neanuluje. Navíc je opět třeba připomenout povinnost pro finanční instituce plynoucí z článků 16 zakládacích nařízení: Bez ohledu na rozhodnutí vnitrostátního regulátora musí finanční instituce vyvinout veškeré úsilí, aby se obecnými pokyny a doporučeními řídily. Tedy bez ohledu na rozhodnutí ČNB mají finanční instituce povinnost snažit se o respektování pokynů, jak plyne z unijních nařízení, a vedle toho povinnost zapracovat obsah pokynů a doporučení, jak přímo stanoví české vyhlášky. Ovšem jinak by tomu bylo v případě, kdy by se ČNB rozhodla pro *opt-*

⁸¹ Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 22. října 1987, Foto-Frost (314/85, ECLI:EU:C:1987:452).

⁸² Lze samozřejmě přidat argument, že finanční instituce si musí být vědoma především povinností plynoucích ze závazných předpisů a případné pokyny vykládat a implementovat tak, aby jednala v souladu s takovými předpisy.

⁸³ Ve vztahu k soft law především v oblasti soutěžního práva srov. Graevenitz, A. Mitteilungen, Leitlinien, Stellungnahmen – Soft Law der EU mit Lenkungswirkung. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. 2013, s. 172.

⁸⁴ To už dost přesahuje téma tohoto článku, a proto tuto otázku nechávám otevřenou. Pokud však uznáme, že závaznost soft law vzniká až na české úrovni na základě zapojení ČNB, pak by přicházela v úvahu žaloba na ČR podle zákona č. 82/1998 Sb.

⁸⁵ K tomu patrně dosud nikdy nedošlo.

out právě z toho důvodu, že dané pokyny dle jejího názoru vybočují z okruhu kompetencí daného ESA anebo svým obsahem odporují závazným (unijním) předpisům.⁸⁶ Tím by vlastně ČNB jasně signalizovala, že na dané pokyny se vztahuje druhá část ustanovení vyhlášky, a sice že se nemají implementovat pro rozpor se závaznými předpisy. Totéž by samozřejmě platilo i v oblastech, které uvedené vyhlášky nepokrývají.

V každém případě výše načrtnuté scénáře v praxi, pokud je mi známo, dosud nenastaly. České orgány se otázkami případné neplatnosti soft law nezabývaly a rovněž žádné finanční instituci zatím žádný orgán nevytýkal, že se řídila soft law v rozporu se závazným právním předpisem. Výše uvedené úvahy tedy zůstávají v rovině akademických spekulací. Naopak situace, kdy ČNB výslovně vynucuje implementaci unijního soft law, není v praxi vůbec neobvyklá.

4.4. Příklad reálného vynucování unijních pokynů

To, jak reálně vypadá vynucování plnění unijních pokynů na vnitrostátní úrovni, si můžeme přiblížit na rozhodnutí ve věci NEY spořitelní družstvo.⁸⁷ Ve správním rozhodnutí ČNB uložila účastníku řízení podle zákona o družstevních záložnách⁸⁸ povinnost zavést v určené lhůtě proces pravidelného vyhodnocování dostatečnosti alokovaného kapitálu prostřednictvím komplexního stresového testování (šestý bod výroku). V odůvodnění ČNB uvedla, že dle vyhlášky č. 163/2014 se na účastníka řízení vztahuje povinnost dodržovat a do vnitřních předpisů zapracovat obecné pokyny Evropského orgánu dohledu (konkrétně šlo o pokyny EBA/GL/2014/13). ČNB vyhodnotila, že vnitřní systémy dané finanční instituce neodpovídají požadavkům uvedeným v daných pokynech, čímž došlo k porušení povinnosti plynoucí z § 7a odst. 1 písm. b) zákona o družstevních záložnách.⁸⁹

Uvedený případ velmi dobře ukazuje řetězec právních účinků, které se přelévají z unijní úrovně až na jednotlivce uvnitř členského státu: Směrnice 2013/36/EU⁹⁰ v článku 107 odst. 3 (s odkazem na obecné zmocnění uvedené v článku 16 nařízení č. 1093/2010) předpokládá, že EBA vydá pokyny určené příslušným vnitrostátním orgánům, aby dále upřesnily společné postupy a metodiky dohledu a hodnocení úvěrových institucí. Na tuto výzvu reaguje EBA vydáním pokynů EBA/GL/2014/13.⁹¹ Dotčená směrnice je do českého právního řádu provedena mimo jiné prostřednictvím zákona č. 87/1995 Sb. o družstevních záložnách. Ten v § 21 odst. 7 říká, že ČNB při dohledu nad družstevními záložnami vychází z pokynů přijatých EBA. Pokud jde konkrétně o

⁸⁶ Např. lucemburský regulátor CSSF oznámil, že se nebude řídit společnými obecnými pokyny ESMA a EBA ESMA35-43-125 (EBA/GL/2017/12/ESMA71-99-598; obecné pokyny k posuzování vhodnosti členů vedoucího orgánu a osob v klíčových funkcích), a to s odůvodněním, že pravidla v nich uvedená nemají oporu ani ve směrnici CRD IV, ani v lucemburské legislativě. Viz str. 11 – 12 tabulky shody ze dne 24. 2. 2021. Dostupné z: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma35-43-1215_compliance_table_on_joint_esma_and_eba_guidelines_eba_gl_2017_12_esma71-99-598.pdf

⁸⁷ Viz rozhodnutí ČNB ze dne 18. 9. 2019, č. j. 2019/99456/570, sp. zn. Sp/2019/53/573. Dostupné z: https://www.cnb.cz/export/sites/cnb/cs/dohled-financni-trh/galleries/prilohy/S-Sp-2019_00053_CNB_573.pdf

⁸⁸ Zákon č. 87/1995 Sb., o spořitelních a úvěrních družstvech a některých opatřeních s tím souvisejících a o doplnění zákona České národní rady č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů.

⁸⁹ Str. 15 rozhodnutí ČNB ze dne 18. 9. 2019, č. j. 2019/99456/570, sp. zn. Sp/2019/53/573.

⁹⁰ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/36/EU ze dne 26. června 2013 o přístupu k činnosti úvěrových institucí a o obezřetnostním dohledu nad úvěrovými institucemi a investičními podniky, o změně směrnice 2002/87/ES a zrušení směrnic 2006/48/ES a 2006/49/ES. Úř. věst. L 176, 27.6.2013, s. 338—436.

⁹¹ Obecné pokyny ke společným postupům a metodikám procesu přezkumu a vyhodnocení, EBA/GL/2014/13 ze dne 19. 12. 2014.

družstevní záložny, zákon v § 7a stanoví povinnost mít řídicí a kontrolní systém. Toto ustanovení pak blíže rozvádí výše zmíněná vyhláška č. 163/2014, která finančním institucím ukládá povinnost, aby při své činnosti dodržovaly a do svých vnitřních předpisů zapracovaly obecné pokyny EBA. Na základě souhrnné aplikace všech zmíněných aktů pak ČNB v individuálním správním rozhodnutí ukládá účastníkovi řízení povinnost, aby do svého systému zavedl proces upravený v konkrétních obecných pokynech EBA.

Ačkoli jsou tedy dotčené pokyny EBA samy o sobě unijním aktem, který v návaznosti na článek 288 SFEU nemá právní závaznost, prostřednictvím odkazů v právně závazných aktech jeho obsah nabývá pro koncové adresáty (finanční instituce) závaznosti. V rámci správního řízení vedeného ČNB je pak zcela výslovně vynucováno, aby dohlížené subjekty implementovaly obsah konkrétních unijních pokynů do svých vnitřních systémů.

ČNB v daném případě vystupuje jako významná síla, která volbou *opt-in* (učiněnou v rámci diskreční pravomoci) a následným vynucováním mění právně nezávazný unijní akt na akt, jehož respektování se finanční instituce (téměř) nemohou vyhnout. Přitom ČNB tím neprojevuje žádnou přílišnou horlivost jdoucí nad rámec unijních požadavků. Naopak – ČNB dělá přesně to, co od ní vyžaduje závazné ustanovení článků 16 odst. 3 zakládacích nařízení ESA: Vynakládá veškeré úsilí, aby se obecnými pokyny či doporučeními řídila. Formálně nezávazný unijní akt se tedy díky zapojení externích mechanismů, k nimž patří vynucování Českou národní bankou v návaznosti na článek 16 zakládacích nařízení a rovněž ustanovení vyhlášek ČNB, stává na vnitrostátní úrovni aktem, který vyvolává závazné právní účinky.⁹²

5. Otázka kontroly a případného soudního přezkumu

Pohled na celý spletitý systém, v němž se dokument, který sám o sobě naplňuje definici „pravého“ soft law, stává pro své hlavní adresáty závazným aktem, vyvolává otázky, které již byly výše predestřeny, a sice otázky týkající se kontroly, procesní ochrany subjektů práva a případného soudního přezkumu. Tato problematika je poměrně složitá a zasloužila by si samostatné pojednání. Níže proto uvádím pouze několik stručných poznámek pro dokreslení celého kontextu.

Jak již bylo několikrát zmíněno výše, může se stát, že některý soft law akt bude svým obsahem vybočovat k oblasti působnosti daného ESA, případně bude odporovat závaznému ustanovení primárního nebo sekundárního práva EU. Finanční instituce jakožto koncoví adresáti pokynů se pak možná budou dožadovat ochrany před plněním takového soft law. Zájem na přezkoumání soft law vedle toho mohou mít i jiné unijní orgány, či dokonce členské státy. Dosud však nebylo spolehlivě vyřešeno, který orgán a v jakém řízení má pravomoc přezkoumat soft law provádět.

Podle článku 60a zakládacích nařízení⁹³ se přímo a bezprostředně dotčené právnické nebo fyzické osoby mohou obrátit na Komisi, pokud se domnívají, že vydáním obecných pokynů či doporučení dotčený ESA překročil meze svých kompetencí. V nařízeních však není stanoveno, jak má Komise s takovým oznámením naložit. Navíc není úplně jasné, jak může být kdokoli dotčen přímo a bezprostředně (pokud se tyto pojmy mají vykládat prizmatem článku 263 SFEU) právně

⁹² Viz též Van Rijsbergen, M. *On the Enforceability of EU Agencies' Soft Law at the National Level: The Case of the European Securities and Markets Authority*, s. 122.; Moloney, N. *The European Supervisory Authorities and Discretion. Can the Functional and Constitutional Circles be Squared?*, s. 99.

⁹³ Toto ustanovení bylo do všech zakládacích nařízení přidáno po novele s účinností od 1. 1. 2020.

nezávazným aktem s obecnou působností. Jako prostředek nápravy tudíž toto ustanovení nepůsobí příliš efektivně.

Určitý korektiv má v ruce přímo ČNB. Pokud má pochybnosti o platnosti (a klidně i smysluplnosti) konkrétního soft law, je v její diskreční pravomoci rozhodnout se, že se daným aktem nebude řídit a že ho nebude vymáhat.

Pokud jde o soudní ochranu, zůstává nevyřešeno, zda ji ve vztahu k unijnímu soft law mohou poskytovat vnitrostátní soudy. Vedle toho je stále nejasné, jestli přezkum unijního soft law vůbec spadá do jurisdikce Soudního dvora. Posouzení platnosti soft law v řízení o předběžné otázce je spíše přípustné – Soudní dvůr konstantně judikuje, že v tomto řízení může rozhodovat o platnosti všech typů unijních aktů bez výjimek.⁹⁴

Přitom, jak bylo několikrát načrtnuto výše, dosud nebyla spolehlivě zodpovězena otázka, jestli mají vnitrostátní soudy v případě pochybností povinnost se Soudního dvora zeptat na platnost soft law aktů v řízení o předběžné otázce podle článku 267 SFEU,⁹⁵ nebo jestli případně mohou vnitrostátní „prováděcí“ akt (v českých podmínkách tedy sdělení ČNB, pokud by bylo uznáno za opatření obecné povahy) zrušit bez asistence ze strany SDEU – s tím, že unijní soft law je nezávazný akt, a proto se nepojí s principem jednotného uplatňování unijního práva.⁹⁶

Co se týče přezkumu soft law v řízení o žalobě na neplatnost podle článku 263 SFEU, tato možnost je ve světle současného nastavení judikatury spíše zapovězená. Soudní dvůr totiž odmítá posuzovat legalitu „pravého“ soft law. Test „pravosti“ je ale tak povrchní (neimperativní jazyk, absence skutečných povinností, úmysl autora vydat nezávazný akt),⁹⁷ že jako pravé soft law se jednoduše mohou kvalifikovat i obecné pokyny a doporučení ESA.

Ve světle analýzy účinků soft law na vnitrostátní úrovni se však domnívám, že takový test by měl být minimálně v souvislosti se soft law ESA opuštěn. Pokud by byl Soudní dvůr ochoten podívat se pod povrch a posoudit skutečný vliv pokynů na koncové subjekty, musel by uznat, že pokyny v praxi vyvolávají závazné právní účinky. Právě schopnost vyvolat závazné právní účinky je zásadním kritériem pro přípuštění aktu k přezkumu podle článku 263 SFEU.⁹⁸ Pokyny tuto schopnost nemají samy o sobě, ale získávají ji až díky externím mechanismům, avšak to nic nemění na tom, že v praxi vstupují do normativní sféry koncových subjektů stejně silně jako akty, které jsou právně závazné již ze své podstaty. Ve prospěch přímé přezkoumatelnosti pokynů ESA

⁹⁴ Rozsudek Soudního dvora ze dne 13. prosince 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, bod 8). Viz též rozsudky ze dne 13. června 2017, Florescu a další (C-258/14, EU:C:2017:448, bod 71), ze dne 20. února 2018, Belgie v. Komise, (C-16/16 P, EU:C:2018:79, bod 44) a ze dne 25. března 2021, BT v. Balgarska Narodna Banka (C-501/18, ECLI:EU:C:2021:249, bod 82). Srov. též Knauff, M. Europäisches Soft Law als Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens. *Europarecht*. 2011, č. 5.; Annull, A. The legal status of recommendations. *European Law Review*. 1990, č. 4.

⁹⁵ Jak vyplývá z rozsudku Soudního dvora ze dne 22. října 1987, Foto-Frost (314/85, ECLI:EU:C:1987:452).

⁹⁶ Viz stanovisko generálního advokáta Bobka ze dne 15. dubna 2021, Fédération bancaire française (FBF) v. Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) (C-911/19, ECLI:EU:C:2021:294, bod 126).

⁹⁷ Rozsudek Soudního dvora ze dne 20. února 2018, Belgie v. Komise (C-16/16 P, ECLI:EU:C:2018:79).

⁹⁸ Viz např. rozsudek Soudního dvora dne 26. března 2019, Komise v. Itálie (C-626/16 P, ECLI:EU:C:2019:251, bod 44 a tam citovaná judikatura).

rovněž hovoří to, že se jedná o výkon delegované pravomoci, který dle judikatury SDEU musí podléhat soudní kontrole.⁹⁹

6. Závěr

Příklad obecných pokynů a doporučení Evropských orgánů dohledu dobře ukazuje, jak funguje víceúrovňová unijní regulace, která kombinuje právně závazná pravidla a soft law, a systém vynucování pravidel svěřený především vnitrostátním orgánům. Na unijní úrovni vznikne formálně zcela nezávazný akt, který je však doprovázen různými mechanismy motivujícími ke skutečnému plnění. K nim patří povinnost vyvinout úsilí k plnění, oznamovací povinnost a další neformální nástroje, jako například zveřejňování těch, kteří se rozhodli, že se daným aktem řídit nebudou. Z čistě formálně-právního hlediska však za neplnění nehrozí sankce a adresátům je ponechán prostor zvolit si, zda se budou takovým aktem řídit. Avšak ne všichni adresáti mají ve skutečnosti stejně velkou volnost rozhodnout se, jestli budou akt respektovat, nebo naopak budou jeho obsah ignorovat.

Ač jsou totiž dotčené soft law akty ESA určeny jak vnitrostátním regulačním orgánům, tak finančním institucím, druhé uvedené subjekty mají možnost volby výrazně omezenou tím, jak se k pokynům postaví vnitrostátní regulátor. Nutnost respektovat obsah unijních pokynů mohou navíc posilovat závazné vnitrostátní předpisy. Pokud se vnitrostátní regulátor v rámci své diskrece rozhodne, že se bude pokyny ESA řídit, vysílá tím finančním institucím signál, že obsah pokynů budou muset promítnout do svých vnitřních systémů. Vynucováním plnění v rámci správního řízení pak regulátor transformuje formálně nezávazné pokyny na závazné povinnosti.

Je proto otázka, zda je možné trvat na tom, že obecné pokyny a doporučení Evropských orgánů dohledu nemají ani ve svém důsledku závazné právní účinky vůči třetím osobám. Pokyny jsou nesporně vydávány jako právně nezávazné unijní akty (v návaznosti na článek 288 SFEU rozšířený na atypické soft law akty). Avšak díky složitému mechanismu vymáhání a prosazování, který závisí na vnitrostátních implementačních ustanoveních a na reálném vynucování ze strany vnitrostátního orgánu dohledu, je obsah obecných pokynů či doporučení prakticky přetaven do závazných povinností. Na fungování obecných pokynů a doporučení ESA v rámci českého právního řádu tak můžeme vidět, že něco, co je na unijní úrovni formálně přijato jako „pravé“ soft law, se na vnitrostátní úrovni stává pro koncové adresáty závazným aktem.

Vzhledem k těmto účinkům by proto bylo vhodné připustit soudní přezkum soft law ESA ze strany SDEU, a to jak v řízení o předběžných otázkách, které je kontrole soft law spíše nakloněno, tak v řízení o žalobách na neplatnost, v nichž SDEU vytrvale odmítá soft law posuzovat. Přitom obecné pokyny a doporučení ESA splňují kritérium, kterým SDEU obecně přezkum podmiňuje – vyvolávají závazné právní účinky. Pokud by však SDEU trval na tom, že na unijní úrovni jde o „pravé“ soft law, které samo o sobě nemůže být závazné, pak by měla být soudní ochrana poskytnuta aspoň tam, kde závaznost vzniká, tedy na vnitrostátní úrovni: Vnitrostátní správní soud by měl mít pravomoc sám posoudit platnost soft law a případně zrušit vnitrostátní prováděcí akt.

⁹⁹ Viz rozsudky Soudního dvora ze dne 13. června 1958, Meroni (9/56, ECLI:EU:C:1958:7), ze dne ze dne 14. května 1981, Romano (98/80, ECLI:EU:C:1981:104) a ze dne 22. ledna 2014, Spojené království v. Parlament a Rada („Short Selling“, C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18).