

SOFT LAW VE ŠVÝCARSKÉM BANKOVNICTVÍ

LENKA DOUBRAVOVÁ

Kancelář veřejného ochránce práv

Abstract in original language

Sankce může být mimo jiné chápána jako újma (postih) za porušení právních povinností stanovených v dispozici právní normy. Z povahy sankce tedy plyne její těsné sepejetí s normami tzv. hard law. Vedle těchto „klasických“ sankčních nástrojů stojí systém soft law, tedy komplex sice právně nezávazný, ale mající obrovský význam. Tento příspěvek analyzuje význam soft law v oblasti švýcarského bankovníctví, jelikož bankovníctví je vedle například lékařství jedním z modelových příkladů, kde hrají prim zejména etické kodexy či jiné nezávazné dokumenty (best practices, principles, standard terms atd.). Jejich porušení může být sankcionováno disciplinárně, ale může mít i nedozírné mimoprávní důsledky. Příkladem je třeba vliv na rating bank či kampaně nevládních organizací nebo ztráta důvěryhodnosti celého sektoru.

Key words in original language

Soft law; Švýcarsko; Sankce; Bankovníctví.

Abstract

Sanction can be understood as an injury (recourse) for violation of legal obligations determined by the legal norm. The nature of sanction predestines its close connection with so called “hard law” norms. Aside from these “classical” sanction means there is a system of soft law, a complex that despite not being legally binding has a huge significance. The present conference paper analyses a role of soft law in Swiss banking sector, because banking is, alongside for example medicine, one of the model examples of domains where mainly ethic codexes or other not-binding documents (best practices, principles, standard terms etc.) play the first fiddle. Their violation may be sanctioned disciplinary, but it can also have immense non-legal consequences. As an example the impact on the bank rating or non-governmental organization campaigns or loss of banking credibility can be listed.

Key words

Soft law; Switzerland; Sanction; Banking.

ÚVOD

Profesor Pickl z Institutu evropského ombudsmana řekl, že¹:

¹ Zápis ze semináře o úloze ombudsmana v evropských zemích pořádaného výborem petičním, pro lidská práva a národnosti Poslanecké sněmovny České republiky dne 10. 6.

„ombudsman nemá moc, protože kde je moc, hrozí autoritativní systém; proti právu nařizovat existuje právo "jemné" – tedy soft law – právo na slušnost, jedná se o určitou výchovu“

Trochu s nadsázkou je tedy cílem tohoto příspěvku zaměřit se právě na jemné právo, soft law, v tvrdém tržním prostředí švýcarského bankovníctví. Chci poukázat na skutečnost, že tam, kde selhávají klasické sankční nástroje práva, se vytváří jaksi spontánně a vedle tohoto systému pravidla svou povahou odlišná, která jej doplňují a dotváří. Význam soft law bude ilustrován na oblasti švýcarského bankovníctví, jelikož bankovníctví je vedle například lékařství, jedním z modelových příkladů, kde hraje dle mého názoru soft law velkou roli.

Na úvod se tedy pokusím definovat samotné pojmy hard law a soft law, jejich povahu a pojetí v různých státech. Poté budou prezentovány praktické případy sankcí soft law z oblasti švýcarského bankovníctví.

NOVÉ PRAMENY ZÁVAZKOVÉHO PRÁVA

Před definováním pojmů si dovoluji zmínit současné trendy či změny v závazkovém právu. Podle ředitelky Švýcarského institutu srovnávacího práva v Lausanne, Eleanor Cashin Ritaine, je možné pozorovat tři nové tendence týkající se aktuálních pramenů závazkového práva². Patří mezi ně:

- 1) Nové nezávazné instrumenty „soft law“ na národní i mezinárodní úrovni
- 2) Paralelně vedle soft law mění národní prameny práva svoji povahu, což vede k transformaci národního práva, k jakémusi převratu „hard law“
- 3) Za třetí evropský vývoj mezinárodního práva přijetím nařízení Řím I a Řím II značí dle Eleanor Cashin Ritaine nevyhnutelně „platonický sňatek“ hard a soft law

Tyto tendence již tedy naznačují, že prameny závazkového práva mění svoji povahu a soft law tak upevňuje své postavení.

HARD LAW VS. SOFT LAW

Teď se již dostávám k samotným pojmům soft law a hard law. Nejprve se třeba zdůraznit, že pojem sankce má mnoho podob, ale já bych se ráda zaměřila na pojetí sankce jako újmy (nebo také postihu) za porušení právních povinností stanovených v dispozici právní normy. Z povahy sankce tedy plyne její těsné sepejetí s normami tzv. hard law. Hard law bývá

1994 [cit 1-11-2009], dostupné online na <http://www.psp.cz/cgi-bin/ascii/eknih/1993ps/vybory/vplpn/seminar/zapis/zp00a.htm>

² Ritaine, E.C.: Nouvelles tendances en droit des obligations - Quel droit d'applique? Ouagadougou, 2007, Actes du Colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats.

považováno za jádro práva, jelikož stanoví pravidla chování vynutitelné státní mocí. Vedle těchto „klasických“ sankčních nástrojů stojí systém soft law, tedy komplex právně nezávazný. Prim soft law hrají zejména etické kodexy či jiné nezávazné dokumenty (best practices, principles, standard terms atd.).

Kritériem dělení na hard a soft law je podle právních teoretiků rozdílná kvalita norem³. Hard law reprezentuje normy dostatečně určitého a jednoznačného obsahu v příslušné právní formě, jež implikuje jejich právní závaznost. V případě soft law se někdy tvrdí, že „pokulhává obsah“, což je patrné zejména v oblasti mezinárodních smluv, kde se to jen hemží neurčitými vyjádřeními jako např.: „státy budou usilovat“, „vytvářet podmínky“, „podmínky k postupnému dosažení“ apod. Soft law je tedy považováno buď za jakési programové právo umožňující odklad plnění některými subjekty na neurčito, zatímco jiné už mohou plnit nebo je charakteristickým znakem jeho nezávazná forma. Většinou se bude jednat o gentlemanké dohody, čistě politická ujednání, jednostranné akty či etické kodexy⁴.

Například v pojetí Evropské skupiny pro spotřebitelské právo⁵ znamená pojem soft law:

"Jakýkoli regulační systém mimo tradiční proces, který zahrnuje demokraticky zvolenou zákonodárnou moc, jejíž právní předpisy jsou následně vymáhány s využitím občanských nebo trestních soudních postupů."

Až již vyjdeme z jakéhokoli chápání soft law, vždy bude zdůrazňováno jeho postavení vedle klasických právních norem založených na „tvrdých“ sankčních opatřeních a jeho nezávazný charakter.

Rozdíl mezi hard law a soft law se může jevit dle těchto jednoduchých znaků jako banální. Záleží ale na pojetí každého právního řádu nebo alespoň na jejich tradici, jak bude konkrétně vnímáno. Pojetí popsáno výše vychází z židovsko-křesťanské tradice. Například podle profesora Sengera⁶ je v čínském právu považováno za hard law veškeré tzv. neústupné právo,

³ Druhy pravidel mezinárodního práva, [cit 2-11-2009], dostupné online na <http://www.lineconsulting.eu/Law%20Faculty/Mezin%20rod%20ED%20pr%20vo>.

⁴ Tamtéž.

⁵ Pechlát, J.: Soft law a zájmy spotřebitelů. 25.09. 2001 [cit 2-11-2009], dostupné online na <http://www.spotrebitele.info/vase-prava/clanek.shtml?x=200053>.

⁶ Ritaine, E.C.: Nouvelles tendances en droit des obligations - Quel droit d'appliquer? Ouagadougou, 2007, Actes du Colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats. Poznámka pod čarou č. 12 - Haro von Senger - Einführung in das Recht der Volksrepublik China, konference červen 2004.

kteří chrání zájmy čínské komunistické strany. Naopak soft law se netýká čínské komunistické strany a je aplikováno pružněji jako například osvojení dítěte nebo pravidla silničního provozu. Je tedy jasně patrné, že kritérium rozlišení hard a soft law je v čínských podmínkách poněkud odlišné. Zatímco v židovsko-křesťanské tradici je kladen důraz na právní nevynutitelnost soft law a jeho obecný obsah, v Číně je kritériem pro dělení reprezentace zájmů vládnoucí strany, pružnost aplikace či možnost změny těchto norem⁷.

SANKCE ZA PORUŠENÍ SOFT LAW

Porušení soft law může být sankcionováno disciplinárně (například co se týče etických kodexů banky), ale může mít i nedozírné mimoprávní důsledky, které chci ilustrovat právě na švýcarském bankovníctví. Dovolím si důsledky porušení soft law rozdělit do tří skupin⁸.

1) Vliv na rating bank: V oblasti švýcarského bankovníctví byly v roce 2002 přijaty dva zásadní dokumenty, a to Code suisse de bonne pratique⁹ (dále jen "Švýcarský kodex"¹⁰) a Directive SWX concernant les informations relatives au Corporate Governance¹¹ (dále jen "Směrnice SWX"). V případě Švýcarského kodexu se jedná o „pouhá“ doporučení vydaná Comité d'economiesuisse¹² pro řízení akciových společností. Poté vydala švýcarská burza Směrnici SWX vycházející z těchto nezávazných doporučení. Na rozdíl od Švýcarského kodexu je směrnice závazná, ale pouze pro akciové společnosti kótované na švýcarské burze, které nepodléhají pravidlům burzy státu sídla. I přes svoji omezenou závaznost jsou tato pravidla dobrovolně

⁷ Dále v textu se budu držet židovsko-křesťanského pojetí.

⁸ S vědomím toho, že se jedná o pouhé ilustrativní případy, nikoli vyčerpávající seznam. Stranou ponechávám například profesní kodexy, které budou předmětem samostatného článku.

⁹ Francouzské znění dostupné online na http://www.economiesuisse.ch/web/fr/PDF%20Download%20Files/pospap_swiss-code_corp-govern_20080221_fr.pdf

¹⁰ S ohledem na možné nepřesnosti zapříčiněné překladem si dovoluji na základě diskuze v den konference používat pouze výraz "kodex". Doslovným překladem by měl být používán výraz "zákoník", ale ten je vzhledem k povaze dokumentů velmi zavádějící. K etymologii termínu "kodex" blíže viz Salák, P.; Frýdek, M.: Materiální prameny práva a jejich vliv na vznik soukromých kodifikací. In Sborník Dny práva – 2009, Brno: Masarykova Univerzita, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1 (v tisku).

¹¹ Francouzské znění dostupné online na http://www.ecgi.org/codes/documents/rlcg_02_fr.pdf

¹² Jedná se o Federaci švýcarských společností, nejde tedy o žádný vládní ani zákonodárný orgán.

přijímána i společnostmi mimo burzu, event. kótované akciové společnosti plní další povinnosti nad rámec Směrnice SWX či Švýcarského kodexu.

Proč? Udržují si tím či zvyšují svůj rating. Společnost Ethos je zjednodušeně řečeno jednou z ratingových agentur ve Švýcarsku, která si vytvořila v podstatě vlastní dotazník, jenž je založen právě na tom, jaké informace nad rámec požadavků stanovených zákonem či směrnicí a kodexem společnosti zveřejňují. Konkrétním příkladem může být například doporučení (u kótovaných společností povinnost) zveřejňovat odměnu členů řídicích a kontrolních orgánů jako celek, tedy v jejich součtu. Kladný vliv na rating podle společnosti Ethos mělo zveřejnění konkrétní výše odměn u konkrétních osob. Na základě této praxe byla poté Směrnice SWX rozšířena o požadavek uvádět prvních deset nejlépe odměňovaných osob řídicích a kontrolních orgánů akciových společností kótovaných na burze. Tento požadavek a zejména jeho plnění vyvolal samozřejmě velkou diskusi široké veřejnosti. Nechci jej nijak hodnotit, jen je mým cílem poukázat na skutečnost, že nejen právně nezávazné dokumenty, ale i informace nad jejich rámec, mají nedožrnné mimoprávní důsledky, v tomto konkrétním případě jde o vliv na rating bank.

2) Ztráta důvěryhodnosti celého sektoru: Dalším příkladem je obava ze ztráty důvěryhodnosti celého sektoru. Proto činí banky jednostranná prohlášení či uzavírají dohody s jinými finančními institucemi týkající se zdánlivě nesouvisejících oblastí. Příkladem je jedna ze dvou největších švýcarských bank UBS, která vydala svůj etický kodex Business Conduct and Ethics¹³. I další banky vydávají prohlášení o zachování bankovního tajemství, zapojují se do dohod bojujících proti dětské pornografii¹⁴, podporují trvale udržitelný rozvoj, apelují na ochranu životního prostředí apod. Banka UBS si velmi zakládá na své mlčenlivosti a diskretnosti, jež je součástí jejího etického kodexu. Proto se kromě špatných investic otrásla v souvislosti s diskuzí o bankovním tajemství. UBS se s americkými úřady po vleklých sporech dohodla, že odtajní jména amerických klientů, u nichž má podezření, že se dopustili daňových podvodů. Reakce na tuto situaci nebyly jednoznačné. Někteří pozorovatelé se obávali, že dohoda by mohla být začátkem nové éry švýcarského bankovníctví a zdůrazňovali

¹³ Anglické znění dostupné online na http://www.ubs.com/1/e/about/corp_responsibility/commitment_strategy/policies_guidelines.html

¹⁴ Coalition Financière Européenne et MasterCard : mettre un terme aux achats sur Internet de photos d'enfants abusés, 5.3.2009 [cit 12-11-2009], dostupné online na http://www.cfo-news.com/Coalition-Financiere-Europeenne-et-MasterCard-mettre-un-terme-aux-achats-sur-Internet-de-photos-d-enfants-abuses_a9151.html.

katastrofální možné následky týkající se jen možnosti nedodržení bankovního tajemství¹⁵.

3) Kampaně nevládních organizací: Třetím možným důsledkem porušení soft law mohou být kampaně nevládních organizací. Například v roce 2004 volaly neziskové organizace po zákazu poskytovat dluhopisy pro čínský bankovní sektor. Obávaly se možného financování projektu kontroverzní přehrady (Three Gorges Dam)¹⁶. Tímto krokem chtěly (mimo jiné samozřejmě) přimět banky dodržovat své etické kodexy týkající se ochrany lidských práv a životního prostředí.

Opačným procesem je například kampaň vedená Rainforest Action Network od roku 2000 nazvaná Global Finance campaign¹⁷. Byla namířena proti největším světovým bankám jako Citi, Bank of America, JP Morgan Chase, Goldman Sachs a Toronto Dominion. Cílem bylo přesvědčit banky, aby přestaly financovat uhelný průmysl a jiné projekty mající negativní vliv na globální oteplování. Výsledkem byla série soft law dokumentů. Tento krok byl z pohledu nevládních organizací považován za úspěch. První byla v roce 2004 Citigroup, která přijala pravidla své politiky, podle kterých bude respektovat ochranu životního prostředí a lidská práva.

VÝZNAM A VÝHODY SOFT LAW

I když nemá soft law charakter bezprostřední právní závaznosti a vynutitelnosti státní mocí, má, jak bylo naznačeno v předchozích případech, přesvědčující charakter a je silným argumentem nátlakových skupin.

Slovy Evropské skupiny pro spotřebitelské právo se používání soft law v jednotlivých zemích velmi liší. Je to dáno kulturními a ústavními přístupy a také existencí silných obchodních asociací či jiných nátlakových skupin¹⁸. V posledních letech se ale soft law dostává do popředí zájmu zákonodárců a podnikatelů. Příčinu lze hledat například v globalizaci, která způsobuje nutnost kontroly chování, které překračuje hranice států. Soft law je pro tento účel považováno za praktičtější. Dále soft law podporuje tržní síly při poskytování vyšší kvality tam, kde jsou podnikatelé připraveni slíbit více

¹⁵ Případ UBS prý bankovní tajemství ve Švýcarsku neohrozil [online] [cit 22-2-2009]. URL:<http://www.financninoviny.cz/zpravodajstvi/index_view.php?id=361426>.

¹⁶ Maitland, A: The value of an investment in human rights, THE FINANCIAL TIMES, 28. 10. 2004 [cit 12-11-2009], dostupné online na http://ran.org/media_center/news_article/?uid=3537

¹⁷ Banking on climate change, [cit 2-11-2009], dostupné online na http://ran.org/campaigns/global_finance/about_the_campaign/

¹⁸ Pechlát, J.: Soft law a zájmy spotřebitelů. 25.09. 2001 [cit 2-11-2009], dostupné online na <http://www.spotrebitel.info/vase-prava/clanek.shtml?x=200053>.

než požaduje zákon. V neposlední řadě je soft law vnímáno jako flexibilnější a rychleji se vyvíjející než legislativa.

ZÁVĚR

Soft law tedy není jen souborem proklamací bez právní závaznosti, ale svébytným systémem s vlastními pravidly, který hraje nejen ve švýcarském bankovním sektoru významnou úlohu. Soft law a hard law nejsou dva oddělené systémy, ale vzájemně se doplňují a odkazují na sebe¹⁹.

Literature:

- Bejček, J., Eliáš, K., Raban, P.: Kurs obchodního práva. Obchodní závazky, Praha:C.H.Beck, 2003, 603 stran, ISBN 80-7179-746-4.
- Hendrych, D.; Fiala, J.: Právní slovník. 3. podstatně rozš. vyd. Praha : C.H. Beck, 2009, 1459 stran, ISBN 9788074000591.
- Maitland, A: The value of an investment in human rights, THE FINANCIAL TIMES, 28. 10. 2004 [cit 12-11-2009], dostupné online na http://ran.org/media_center/news_article/?uid=3537
- Pechlát, J.: Soft law a zájmy spotřebitelů. 25.09. 2001 [cit 2-11-2009], dostupné online na <http://www.spotrebitele.info/vase-prava/clanek.shtml?x=200053>
- Tercier, P.: Le droit des obligations, Zurich: Schulthess Médias Juridiques SA, 2004, 385 stran, ISBN 3-7255-4843-9.
- Ritaine, E.C.: Nouvelles tendances en droit des obligations - Quel droit d'appliquer?. Ouagadougou, 2007, Actes du Colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats.
- Salák, P.; Frýdek, M.: Materiální prameny práva a jejich vliv na vznik soukromých kodifikací. In Sborník Dny práva – 2009, Brno: Masarykova Univerzita, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1 (v tisku).
- Banking on climate change, [cit 2-11-2009], dostupné online na http://ran.org/campaigns/global_finance/about_the_campaign/

¹⁹ Příkladem může být třeba v oblasti bankovníctví Nařízení Basilej II., které ve svém třetím pilíři otvírá právě prostor pro soft law.

- Coalition Financière Européenne et MasterCard : mettre un terme aux achats sur Internet de photos d'enfants abusés, 5.3.2009 [cit 12-11-2009], dostupné online na http://www.cfo-news.com/Coalition-Financiere-Europeenne-et-MasterCard-mettre-un-terme-aux-achats-sur-Internet-de-photos-d-enfants-abuses_a9151.html
- Code of Business Conduct and Ethics of UBS, [cit 10-11-2009], dostupné online na http://www.ubs.com/1/e/about/corp_responsibility/commitment_strategy/policies_guidelines.html
- Code suisse de bonne pratique, [cit 10-11-2009], dostupné online na http://www.economiesuisse.ch/web/fr/PDF%20Download%20Files/pospa_p_swiss-code_corp-govern_20080221_fr.pdf
- Directive SWX concernant les informations relatives au Corporate Governance, [cit 10-11-2009], dostupné online na http://www.ecgi.org/codes/documents/rlcg_02_fr.pdf
- Druhy pravidel mezinárodního práva, [cit 2-11-2009], dostupné online na <http://www.lineconsulting.eu/Law%20Faculty/Mezin%20rodni%20pr%20r%20vo>
- Ethos: Publication du Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise, 28.08.2002 [cit 12-11-2009] dostupné online na <http://www.ethosfund.ch/f/news-publications/news.asp?code=47>
- Office fédéral de la statistique: UE – Code de bonnes pratiques, Neuchâtel, 8.04.2008 [cit 2-11-2009], dostupné online na http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/institutionen/oeffentliche_statistik/ethische_prinzipien/eu.html
- Příklad UBS prý bankovní tajemství ve Švýcarsku neohrozil [cit 22-2-2009].
URL:<http://www.financninoviny.cz/zpravodajstvi/index_view.php?id=361426>.
- Zápis ze semináře o úloze ombudsmana v evropských zemích pořádaného výborem petičním, pro lidská práva a národnosti Poslanecké sněmovny

*Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1*

České republiky dne 10. 6. 1994 [cit 1-11-2009], dostupné online na
<http://www.psp.cz/cgi->

[bin/ascii/eknih/1993ps/vybory/vplpn/seminar/zapis/zp00a.htm](http://www.psp.cz/cgi-bin/ascii/eknih/1993ps/vybory/vplpn/seminar/zapis/zp00a.htm)

Contact – email

lenkadou@seznam.cz