

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Miluše Doškové a soudců Mgr. Radovana Havelce a JUDr. Vojtěcha Šimíčka v právní věci žalobce: **Afin marketing, a. s.** (dříve AFIN BROKERS, a. s.) se sídlem Brno, Lidická 73, zastoupeného Mgr. Zdeňkem Berkou, advokátem se sídlem Brno, Krkoškova 2, proti žalované: **Česká národní banka,** se sídlem Praha 1, Na Příkopě 28, v řízení o žalobě proti rozhodnutí bankovní rady České národní banky ze dne 10. 5. 2007, č. j. 2007/1682/110, o kasační stížnosti žalované proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 19. 1. 2011, č. j. 5 Ca 222/2007 – 111,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

II. Žalovaná **je povinna** zaplatit žalobci na náhradu nákladů kasačního řízení částku

2880 Kč, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám jeho zástupce advokáta Mgr. Zdeňka Berky.

Odůvodnění:

Kasační stížností podanou v zákonné lhůtě se žalovaná jako stěžovatelka domáhá zrušení shora označeného rozsudku městského soudu, jímž bylo zrušeno rozhodnutí bankovní rady České národní banky (dále jen „bankovní rada“) ze dne 10. 5. 2007, č. j. 2007/1682/110 a věc jí byla vrácena k dalšímu řízení. Bankovní rada tímto rozhodnutím změnila rozhodnutí České národní banky ze dne 11. 12. 2006, č. j. 2006/10108/540, sp. zn. 51/138/2005, kterým bylo žalobci odňato povolení k činnosti obchodníka s cennými papíry za porušení pravidel jednání se zákazníky, nezajištění jednotné identifikace majetku

zákazníků, neprovádění rekonciliací a za porušení povinnosti uchovávat záznamy o komunikaci se zákazníkem. Bankovní rada v rozhodnutí o rozkladu dospěla k závěru, že byla prokázána závažná porušení zákona č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění pozdějších předpisů (dále též „zákon o podnikání na kapitálovém trhu"), a že v řízení nebyly porušeny procesní předpisy; rozhodnutí musela změnit proto, že zaměnilo řízení o uložení sankce za správní delikty a řízení o uložení opatření k nápravě a o odnětí povolení. Vzhledem k tomu, že prvostupňové rozhodnutí je třeba chápat jako rozhodnutí o odnětí povolení, změnila bankovní rada rozhodnutím o rozkladu zcela jeho výrok, v němž vymezila sedm skupin porušení zákona (**i.**, **ii.**, **iii.**, **iv.**, **v.**, **vi.**, **vii.**) a podle § 136 odst. 1 písm. h) a § 145 odst. 2 písm. d) zákona o podnikání na kapitálovém trhu žalobci odňala povolení k činnosti obchodníka s cennými papíry „udělené mu rozhodnutím Ministerstva financí České republiky ze dne 14. 3. 1997 pod č. j. 102/13213/97, ve znění pozdějších změn".

Městský soud v napadeném rozsudku vycházel ze skutečnosti, že správní řízení bylo zahájeno pro možná porušení zákona vyjmenovaná v oznámení o zahájení řízení a v oznámeních o rozšíření předmětu zahájeného řízení, přičemž na možnost postihu spočívajícího v odnětí povolení k činnosti obchodníka s cennými papíry byl žalobce upozorněn dne 19. 12. 2005. Odmítl tak důvodnost žalobní námitky, že není zřejmé, jaké řízení bylo vedeno. Souhlas vyslovil i s tím, že změnou prvostupňového rozhodnutí byl vypuštěn výrok o zastavení řízení „ve věci ostatních nedostatků, o kterých bylo řízení zahájeno"; tento výrok byl neurčitý a nebylo jasné, co je jeho předmětem. Řízení bylo správně vedeno podle správního řádu č. 71/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád") a žalovaný se vypořádal s rozkladovými námitkami směřujícími proti úplnosti dokazování a odůvodnění rozhodnutí. Žalobci byla dána možnost seznámit se s podklady rozhodnutí, ovšem poté byl spis doplňován o další důkazy. Soud však dospěl k závěru, že toto procesní pochybení nemělo vliv na zákonnost rozhodnutí, neboť žalobce se s těmito podklady seznámil v rámci nahlížení do spisu před vydáním rozhodnutí. Soud rovněž shledal zákonným doručení prvostupňového rozhodnutí a konstatoval úplnost vyčerpání rozkladových námitek týkajících se naplnění skutkových podstat zjištěných deliktů a v podstatné míře se ztotožnil s jejich právním posouzením.

Porušení zákona však městský soud shledal v těchto skutečnostech:

1) Nebylo jednoznačně určeno jednání uvedené pod body **iii.**, **iv.** a **v.** výroku rozhodnutí tak, aby nebylo zaměnitelné s jiným (tento důvod rovněž rozvádí ad 5). Jednání pod bodem **i.** a **vii.** výroku rozhodnutí bylo vymezeno obdobím červenec 2003 až červen 2005 a bylo posuzováno podle zákona o kapitálovém trhu, který však nabyl účinnosti až dne 1. 5. 2004; podle jeho § 203 mělo být porušení zákona jemu předcházející posuzováno podle dosavadních předpisů. Žalovaná se přitom vztahem obou zákonů nezabývala.

2) Pod bodem **i.** výroku rozhodnutí se měl žalobce dopustit skutku podle § 15 odst. 1 písm. f) a § 15 odst. 1 a) ve spojení s § 3 zákona o podnikání na kapitálovém trhu jednáním v období od července 2003 až do května 2005. Za podobné jednání však žalobci již byla uložena pokuta podle § 47b odst. 1 písm. a) zákona č. 519/1992 Sb., ve znění do 30. 4. 2004, a to rozhodnutím Komise pro cenné papíry ze dne 26. 1. 2005, č. j.

51/So/53/2004/4, bod **k)** výroku. Rozhodnutí sice nekonkretizuje dobu porušování povinností, ovšem nelze přisvědčit žalovanému, že pokuta byla uložena za obchody uskutečněné do 10. 10. 2001, neboť závazný je výrok a nikoliv odůvodnění rozhodnutí, v němž jsou tyto obchody konkretizovány. Rozhodnutí žalované pak při neurčitosti předchozího rozhodnutí Komise pro cenné papíry (dále též „Komise“) mělo být formulováno tak, aby zamezilo dojmu z dvojího postihu.

3) Stejně tak ve vztahu k bodu **vii.** výroku rozhodnutí postihujícího jednání podle § 17 písm. b) zákona o podnikání na kapitálovém trhu v době od července 2003 do června 2005 dochází ke střetu s bodem **j)** výroku rozhodnutí Komise ze dne 26. 1. 2005, č. j. 51/So/53/2004/4 o porušení povinnosti podle 47a odst. 1 písm. a) zákona č. 591/1992 Sb., ve vazbě na § 2 odst. 2 vyhl. č. 466/2002 Sb. do 30. 4. 2004 a od 1. 5. 2005 podle § 12 odst. 1 písm. b) zákona č. 256/2004 Sb. ve vazbě na § 4 odst. 2 písm. g) vyhlášky č. 258/2004 Sb. Toto jednání bylo postiženo oběma rozhodnutími. Městský soud neakceptoval vysvětlení žalované, že rozhodnutí Komise vycházelo ze zjištění kontroly ukončené dne 25. 3. 2004 a že v druhém rozhodnutí byl chybně uveden rok 2003 namísto roku 2004.

4) Soud zdůraznil, že k odnětí povolení k podnikání na kapitálových trzích zákon v § 145 odst. 2 písm. d) vyžaduje naplnění podmínky opakovaného nebo závažného porušení povinností. Žalovaná takto hodnotila veškerá jednání, nejen zásadní nedostatky uvedené pod body **i.**, **ii.** a **iii.** výroku. Městský soud z toho dovodil, že i ostatní jednání žalovaná zřejmě považovala za zásadní nedostatky, aniž tuto jejich intenzitu ovšem v rozhodnutí hodnotila.

5) Jednání pod body **iii.**, **iv.** a **v.** výroku rozhodnutí není časově vymezeno svým počátkem, ačkoliv doba, po kterou se měl žalobce tohoto jednání dopouštět, je důležitá jednak pro posouzení závažnosti porušení povinnosti, jednak pro jednoznačné vymezení skutku. Zde městský soud poukazuje na rozsudek rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 1. 2008, č. j. 2 As 34/2006 - 73 o identifikaci skutku.

6) Důvodnou shledal městský soud rovněž žalobní námitku nevyrozumění žalobce o provádění výslechu svědků. Nepřisvědčil žalované, že tato povinnost se vztahuje jen na výslechy prováděné při místním ohledání nebo při ústním jednání. Povinnost vyrozumění o výslechu nelze nahradit možností seznámení se s obsahem výpovědí. Správní orgány obou stupňů se o výpovědi opíraly jako o důkazy a nelze proto přisvědčit názoru žalovaného, že šlo jen o jeden z důkazů, přičemž porušení povinností bylo prokázáno i jinými důkazy.

Městský soud shrnul, že tyto vady jsou natolik závažné, že je třeba napadené rozhodnutí žalované zrušit a věc jí vrátit k dalšímu řízení. Z důvodů procesní ekonomie se pak nezabýval dalšími žalobními námitkami.

Stěžovatelka v kasační stížnosti namítá kasační důvody podle § 103 odst. 1 písm. a), d) s. ř. s., tedy nesprávné posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení a nepřezkoumatelnost rozsudku spočívající v nedostatku důvodů, či jiné vady řízení před soudem, mající za následek nezákonné rozhodnutí ve věci samé. Soud se podle jejího

názoru řádně nevypořádal s povahou pokračujících a trvajících deliktů (ad 1) ani s argumentací žalované uvedené k tomu v jejím vyjádření k žalobě. Nesprávně posoudil porušení principu *ne bis in idem* (ad 2, 3) pro vady rozhodnutí Komise pro cenné papíry, které nebylo napadeno žalobou. Nepřihlédl k argumentaci rozkladového i prvostupňového rozhodnutí zabývající se otázkou závažnosti a opakovanosti porušení povinností žalobcem (ad 4). Soud také nesprávně posoudil otázku časového vymezení skutků (ad 5) a nesprávně hodnotil význam výslechu svědků ve vztahu ke skutkovým zjištěním (ad 6).

Blíže kasační důvody konkretizuje takto:

Ad 1) Pod bodem **i.** a **vii.** výroku rozhodnutí je doba jednání vymezena od července 2003 do června 2005 a jednání je kvalifikováno podle zákona o podnikání na kapitálovém trhu, který nabyl účinnosti 1. 5. 2004. Především není pravdou, že by se stěžovatelka s touto rozkladovou námitkou ve svém rozhodnutí nevypořádala. Na str. 10 odůvodnění je jednoznačně uvedeno, že povinnost jednat se zákazníky kvalifikovaně, čestně a spravedlivě nedoznala v novém zákoně podstatné změny. Žalobce ani nenamítal, že by se právní úpravy lišily. Oproti tomu soud ponechal bez povšimnutí stěžovatelčinu argumentaci o analogii soudního a správního trestání pokračujících a trvajících deliktů. Závěr soudu o právní kvalifikaci není správný.

Ad 2, 3) Ve vztahu k bodům **i.** (nadměrné obchodování na účet zákazníků) a **vii.** (nezaznamenávání komunikace) se měl soud zabývat vymezením skutků pouze v napadeném rozhodnutí; v něm jsou vymezeny nezaměnitelně. To, že tomu tak není v předchozím rozhodnutí Komise, nemůže být podstatné v tomto řízení a samo o sobě to neznamená, že došlo k dvojímu postihu. Z odůvodnění rozhodnutí Komise je přitom zřejmé, že se doba páchání ani skutky nepřekrývají. Městský soud skutku pod bodem **i.** přiřadil skutek uvedený pod bodem **k)** rozhodnutí Komise, přesto, že z odůvodnění jejího rozhodnutí by zjistil, že odpovídajícím by byl skutek pod bodem **c)**; i z toho je zřejmé, že je třeba posuzovat rozhodnutí jako celek. Navíc Komise za porušení povinnosti zaznamenávat komunikaci neuložila pokutu, ale uložila opatření k nápravě, což v rozhodnutí výslovně uvedla. Komise také za užití absorpční zásady uložila sankci pouze za jediný delikt, jímž byl výkon činnosti bez příslušného povolení. Soud tak při posuzování zákonnosti rozhodnutí stěžovatelky nesprávně vycházel z rozhodnutí Komise a nesprávně užil zásadu *ne bis in idem*.

Ad 4) Stěžovatelka rovněž nesouhlasí s posouzením odůvodnění opakovanosti a závažnosti provinění. Na str. 34 prvostupňového rozhodnutí je výslovně uvedeno, že opakovanost byla zjištěna u skutků uvedených v bodech **i.**, **ii.**, **vi.**, a **vii.** výroku; z toho plyne, že u ostatních opakovanost shledána nebyla. Podle § 145 odst. 1 písm. c) zákona o podnikání na kapitálovém trhu lze odejmout povolení za opakovaná porušení zákona. Podstatné je, že se porušování povinností vyskytuje pravidelně a není důvodný předpoklad nápravy. Uvedení porušení i dalších povinností pak již není podstatné. Důvodem pro odnětí povolení byly skutky uvedené pod body **i.**, **ii.**, **iii.** výroku, ostatní byly uvedeny subsidiárně, pro dokreslení poměrů žalobce. Soud nesprávně kritizoval neuvedení opakovanosti; na str. 35 prvostupňového rozhodnutí je konstatována opakovanost nepořizování záznamů komunikace. V nepřihlédnutí k těmto argumentům, uvedeným již ve vyjádření k žalobě, spatřuje stěžovatelka jinou vadu řízení před soudem.

Ad 5) U skutků uvedených pod bodem **iii.**, **iv.**, a **v.** výroku rozhodnutí je jejich dostatečná identifikace dána popisem, časovým údajem vztaženým k okamžiku jejich zjištění, výčtem osob, jichž se týkaly. Doba trvání je sice důležitá, ale nejedná se o jediné kritérium, na jehož základě lze posoudit závažnost jednání. Zákon o podnikání na kapitálovém trhu takovou podmínku nepředpokládá. Pokud se konkrétní období nepodaří jednoznačně zjistit, neznamená to, že se delikt nestal a nelze jej postihnout; pouze nelze hodnotit dobu jednání, jako kritérium závažnosti. Ostatně i v trestních rozhodnutích se vyskytují formulace „*v přesně nezjištěném období*".

Ad 6) Soud rezignoval na hodnocení významu, které měly svědecké výpovědi pro posouzení věci. Výslechy svědků byly použity pouze subsidiárně a také se shodovaly s vyjádřením žalobce jako účastníka řízení. Závěry bylo možno dovodit již ze smluvního obhospodařovatelného vztahu; jednalo se zejména o klienty, kteří nechtěli sami vyvíjet aktivitu k nakládání se svým portofiliem, podíl pokynů nepřesáhl u žádného zákazníka 35 %. Závěr, že žalobce při obchodování upřednostňoval svůj zájem na výnosech z poplatků účtovaných zákazníkem nad zájmem na kvalifikovaném způsobu obhospodařování, byl dostatečně zřejmý i bez provedených výslechů; stejně tomu je i při posouzení četnosti obchodů. Výslechy svědků nebyly vůbec podkladem pro závěry týkající se ostatních protiprávních jednání, pro která bylo povolení žalobci odejmuto. Soud tak přecenil význam výslechu svědků, neboť rozhodné skutečnosti byly zjevné ze smluvní dokumentace a evidence žalobce. Tyto skutečnosti si mohl soud ověřit vlastním dokazováním. Postup soudu tak byl přehnaně formalistický.

Ze všech těchto důvodů stěžovatelka navrhuje, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek městského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

Žalobce v písemném vyjádření ke kasační stížnosti označil kasační důvody za neopodstatněné a účelové. Problém porušení zásady *ne bis in idem* je výsledkem toho, že stěžovatelka opakovaně nedostatečně vymezuje skutky ve svých rozhodnutích. Pouhá pochybnost o dvojím postihu pak musí být důvodem zrušení rozhodnutí. Nemožnost přítomnosti při výslechu a nemožnost kladení dotazů svědkům považuje žalobce za zásadní vadu řízení zpochybňující nestrannost správního orgánu. O výslechy svědků pak stěžovatelka opírá svou nikde neformulovanou doktrínu „nadměrného obchodování a faktického ovládání účtů". Žalobce proto navrhuje zamítnutí kasační stížnosti.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek v rozsahu podané kasační stížnosti (§ 109 odst. 2, věta před středníkem s. ř. s.) a z důvodů v ní uvedených (§ 109 odst. 3, věta před středníkem s. ř. s.). Ve věci přitom rozhodl bez nařízení jednání, za podmínek vyplývajících z ustanovení § 109 odst. 1, věty první s. ř. s.

Zpravidla je namístě nejprve zkoumat existenci kasačního důvodu podle § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s., neboť jen u přezkoumatelného rozhodnutí lze vážit naplnění ostatních kasačních důvodů. V daném případě však stěžovatelka nepřezkoumatelnost namítá v rámci jednotlivých okruhů kasačních námitek; proto bude přezkoumatelnost vážena při konkrétním hodnocení jejich důvodnosti.

Obecně lze však předeslat, že rozsáhlá judikatura Nejvyššího správního soudu (srovnej např. rozsudky ze dne 21. 8. 2008, č. j. 7 As 28/2008 – 76, ze dne 21. 8. 2008, č. j. 7 As 27/2008 – 76, ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003 – 75, publikovaný pod č. 133/2004 Sb. NSS, a ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Azs 47/2003 – 130, publikovaný pod č. 244/2004 Sb. NSS) nepřezkoumatelností pro nesrozumitelnost rozumí případy, kdy z rozsudku jednoznačně nevyplývá, podle kterých ustanovení a podle jakých právních předpisů byla v kontextu podané správní žaloby posuzována zákonnost napadeného správního rozhodnutí; pokud je jeho odůvodnění vnitřně rozporné, popřípadě je-li výrok v rozporu s odůvodněním; pokud z jeho výroku nelze zjistit, jak vlastně soud ve věci rozhodl, tj. zda žalobu zamítl, odmítl nebo jí vyhověl, případně, jehož výrok je vnitřně rozporný. Dále se jedná o případy, kdy nelze rozeznat, co je výrok a co odůvodnění, kdo jsou účastníci řízení a kdo byl rozhodnutím zavázán.

Nepřezkoumatelnost rozsudku pro nedostatek důvodů je soudní judikaturou rovněž bohatě zmapována. Zmínit lze například rozsudky zdejšího soudu ze dne 29. 7. 2004, č. j. 4 As 5/2003 – 52, ze dne 18. 10. 2005, č. j. 1 Afs 135/2004 – 73, publikovaný pod č. 787/2006 Sb. NSS, ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005 – 44, publikovaný pod č. 689/2005 Sb. NSS, ze dne 17. 1. 2008, č. j. 5 As 29/2007 – 64, a ze dne 25. 5. 2006, č. j. 2 Afs 154/2005 – 245). Z nich se podává, že rozhodnutí soudu je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, jestliže například není zřejmé, jakými úvahami se soud řídil při naplňování zásady volného hodnocení důkazů či utváření závěru o skutkovém stavu; dále z jakého důvodu nepovažoval za důvodnou právní argumentaci v žalobě; proč považuje žalobní námitky za liché, mylné nebo vyvrácené; či proč subsumoval skutkový stav pod zvolené právní normy. Dalším důvodem nepřezkoumatelnosti rozhodnutí může být případ, kdy soud opomněl přezkoumat některou ze žalobních námitek včas uplatněných, či obsahuje-li odůvodnění rozsudku toliko převzaté pasáže z publikovaného judikátu v jiné, skutkově i právně odlišné věci, aniž dále rozvádí dopad převzatých závěrů na konkrétní souzený případ a na samotné rozhodnutí ve věci.

Rozsudek městského soudu je dostatečně srozumitelný, přičemž vady důvodů či postupu soudu budou posouzeny v rámci vypořádání ostatních kasačních námitek.

V dané věci stěžovatelka žalobci odňala povolení k činnosti obchodníka s cennými papíry. K tomu jí opravňovalo ust. § 136 odst. 1 písm. h) zákona o obchodování s cennými papíry. Podle § 145 odst. 2 písm. d) téhož zákona Česká národní banka může odejmout povolení udělená podle tohoto zákona, jestliže osoba, které bylo uděleno, opakovaně nebo závažným způsobem porušuje povinnosti stanovené tímto zákonem.

Odnětí povolení je tedy jeden z možných důsledků, které ustanovení § 136 odst. 1 zákona o obchodování s cennými papíry spojuje s porušením zákona nebo rozhodnutím podle něho vydaného. Jedná se o ustanovení sankčního charakteru, a tedy lze přisvědčit městskému soudu v tom, že je třeba respektovat zásadu *ne bis in idem* a že je třeba ji zkoumat ve vztahu k rozhodnutí Komise vydanému v roce 2005. Komise vydala rozhodnutí 26. 1. 2005, a ač byl již účinný zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, rozhodovala na základě jeho ustanovení § 203 odst. 1 v režimu zákona č. 591/1992 Sb., o cenných papírech, ve znění do 30. 4. 2004 (dále jen „zákon o cenných

papírech“). Žalobci uložila podle § 86 odst. 1 písm. b) zákona o cenných papírech pokutu ve výši 500 000 Kč a současně podle § 86 odst. 1 písm. a) téhož zákona mu uložila opatření k nápravě směřující ke změně smluv, k úpravě poměrů tak, aby komunikace klienty, jejímž předmětem by mohl být pokyn zákazníka, byla zaznamenávána na záznamové zařízení, a aby bylo zajištěno včasné ukládání dat na trvalá média a místa uložení aby byla oddělena. Pokuta byla uložena podle absorpční zásady za nejpřísněji postižitelný delikt, jímž byl delikt spočívající v poskytování investiční služby bez platného povolení.

Stěžovatelka **ad 1)** brojí proti posouzení vymezení skutků v obou rozhodnutích městským soudem, a to ve vztahu k době spáchání skutků uvedených pod bodem **i.** a **vii.** výroku. V obou případech je skutek časově vymezen „*v období červenec 2003 až červen 2005*“ a posuzován podle zákona č. 265/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu. Městský soud stěžovatelce vytýká, že neosvětlila, proč skutky posuzuje podle zákona o podnikání na kapitálovém trhu za období před jeho účinností, již nabyl 1. 5. 2004. Stěžovatelka tvrdí, že se s takovou rozkladovou námitkou vypořádal na str. 10 svého rozhodnutí; tam je skutečně uvedeno, že jednání před a po účinnosti zákona o podnikání na kapitálovém trhu považuje za pokračující správní delikt a za rozhodující považuje právní kvalifikaci skutku podle právní úpravy účinné v době posledního porušení zákona v řetězci pokračujících jednání. Lze tak přisvědčit stěžovatelce, že tuto rozkladovou námitku neopomenula. Správností tohoto posouzení se ovšem městský soud již nezabýval. Pokud jde o argumentaci stěžovatelky ve vyjádření k žalobě, tam poukázala na trestní doktrínu, považující trestné činy pokračující, trvající a hromadné za ukončené posledním útokem. Je pravdou, že městský soud na tuto argumentaci nereagoval, stejně tak jako nehodnotil důvody v rozkladovém rozhodnutí uvedené.

S touto kasační námitkou souvisí i námitka **ad 2, 3),** vytýkající soudu, že ve vztahu ke skutkům uvedeným v bodech **i.** a **vii.** výroku rozhodnutí nesprávně posoudil možnost porušení zásady *ne bis in idem.*

Pod bodem **i.** výroku rozhodnutí jde o skutek spočívající v porušení § 15 odst. 1 písm. f) zákona o podnikání na kapitálovém trhu, podle něhož má být upřednostněn zájem zákazníka a v porušení povinnosti poskytovat investiční služby s potřebnou péčí podle § 15 odst. 1 písm. a) ve spojení s § 3 téhož zákona. Skutková podstata měla být naplněna upřednostňováním zájmu na výnosech z poplatků za poskytování investiční služby před zájmem na kvalifikovaném způsobu obhospodařování majetku klientů, tedy nadměrným obchodováním. Pod bodem **vii.** jde o skutek spočívající v porušení povinnosti podle § 17 písm. b) cit. zákona uchovávat záznamy komunikace se zákazníkem týkající se poskytnuté investiční služby.

Soud vycházel ze skutečnosti, že za obdobné skutky byl žalobce postižen rozhodnutím Komise z 26. 1. 2005. Skutku pod bodem **i.** výroku rozhodnutí žalované přiřadil skutek uvedený pod bodem **k)** výroku rozhodnutí Komise, který je formulován tak, že žalobce nepřihlížel k individuálním podmínkám zákazníka. Stěžovatelka namítá, že správně mu měl odpovídat skutek uvedený pod bodem **c)** výroku rozhodnutí komise. V tom nelze stěžovatelce zcela přisvědčit, neboť při porovnání konkrétního jednání specifikovaného v odůvodnění rozhodnutí Komise lze mezi bodem **i.** výroku rozhodnutí stěžovatelky a bodem **k)** výroku rozhodnutí Komise nalézt shodu (i tam je uvedeno

preferování poplatků při nevýhodnosti obchodů). Je ovšem pravdou, že se jednání uvedené pod bodem **i.** výroku jejího rozhodnutí zčásti prolíná i s bodem **c)** výroku rozhodnutí Komise. Z toho však lze vyvodit jen to, že důvody nezákonnosti, kterou městský soud zde shledal, byly ve skutečnosti širší.

Skutek pod bodem **vii.** výroku rozhodnutí žalované koresponduje se skutkem uvedeným pod bodem **j)** výroku rozhodnutí komise, naplněný nepořizováním záznamů telefonní komunikace zaměstnanců při poskytování investičních služeb zákazníkům.

Stěžovatelka nezpochybňuje shodu či obdobnost skutkových podstat naplněných stejným jednáním. Je však názoru, že rozhodnutí nepostihují totožné jednání, neboť se nepřekrývají jednotlivé útoky ani časové období. Zde je třeba připomenout její vlastní argumentaci uvedenou v rozhodnutí a uplatněnou v bodě **1)** kasační stížnosti, a to, že se jednalo o jednání pokračující, které je třeba posuzovat analogicky, jako v trestním řízení.

Pokračováním v trestném činu se „rozumí takové jednání, jehož dílčí útoky vedené jednotným záměrem naplňují stejnou skutkovou podstatu trestného činu, jsou spojeny stejným nebo podobným způsobem provedení a blízkou souvislostí časovou a v předmětu útoku. Pokračování v trestné činnosti, stejně jako delikty trvající a hromadné jsou považovány *de iure* za jediný skutek a jediný trestný čin.“(Šámal, P., Púry, R., Rizman, S.: Trestní zákon: komentář I. díl, 6. vyd., Praha, C. H. Beck 2004, s. 24).

Analogie je ovšem cestou, jíž jsou vyplňovány mezery v právu; v takovém případě lze užít analogii nejblíže podobného zákona či právní principy téhož či blízkého právního odvětví. Mezery v zákoně však takto nelze vyplňovat ve veřejném právu. Posouzení charakteru skutků podle principů užívaných v trestním právu není takovou nepřípustnou analogií, jde pouze o obdobný způsob výkladu. Nepřípustnou analogií by však bylo, pokud by ve správním řízení byl aplikován způsob trestání správním řádem nepředpokládaný. Zákon o podnikání na kapitálovém trhu ani správní řád, podle něhož bylo v daném řízení postupováno, neupravovaly správní trestání do té míry, aby výslovně řešily okamžik, kdy se stává pokračující jednání novým skutkem. Zásada *ne bis in idem* je ve správním řízení tradičně uplatňována a vnímána tak, že totéž jednání nemůže být předmětem dvou rozhodnutí; jejím účelem ve správním trestání pak je, aby nikdo nebyl postižen opakovaně za týž skutek. Předělem rozhodným pro posouzení opakovanosti postihu jsou vydaná rozhodnutí.

Předmětem soudního přezkumu skutečně nebylo rozhodnutí Komise z 26. 1. 2005, ovšem pokud postihovalo část pokračujícího jednání, je třeba toto rozhodnutí považovat za podstatné pro stanovení ukončení jednoho skutku a počátku dalšího. Znamená to, že stěžovatelka nebyla oprávněna do skutku, který postihovala svým rozhodnutím, zahrnout část jednání, které předcházelo rozhodnutí Komise. Přitom rozhodnutí musí být natolik určité, aby z něho bylo zjevné, že k opakovanému postihu nedochází. Pokud tedy neurčitostí trpěl výrok rozhodnutí Komise, znamenalo to pro žalovanou, že vymezení skutku v jejím rozhodnutí nesmí pochybnost opakovaného postihu vyvolat. Žalovaná však výrokem svého rozhodnutí v bodech **i.** a **vii.** vymezila skutky časově tak, že jejich počátek předcházel rozhodnutí Komise. Přitom ani v důvodech svého rozhodnutí vztah konce a počátku nového jednání neosvětlila. Možná dohledatelnost konkretizace postihovaného

skutku v důvodech rozhodnutí či podkladech Komise tento deficit nemůže kompenzovat. Navíc přímo ve výroku, bodu **j)** rozhodnutí Komise je uvedeno, že skutek spočíval v porušení konkrétně označených ustanovení zákona o cenných papírech a vyhlášky č. 466/2002 Sb. v období do 30. 4. 2004 a od 1. 5. 2004 v porušení uvedených ustanovení zákona o podnikání na kapitálovém trhu ve vazbě na vyhl. č. 258/2004 Sb. Pokud by se daný skutek skutečně nepřekrýval se skutkem vymezeným v bodě **vii.** výroku rozhodnutí stěžovatelky (*...v období červenec 2003 až ...)*, nemohl by vůbec spočívat v porušení předpisů účinných od 1. 4. 2004. Městskému soud lze přisvědčit v tom, že nelze akceptovat tvrzení, že stěžovatelka při vymezení tohoto skutku zaměnila rok 2003 s rokem 2004. Není také rozhodné, že Komise uložila za souběh deliktů jednu sankci za skutek nejpřísněji trestný. Užití absorpční zásady neznamená, že ostatní delikty postiženy nebyly. Tvrzené opatření k nápravě bylo Komisí uloženo k zajištění odstranění některých nedostatků, mj. i k zaznamenávání komunikace se zákazníky. Rozhodnutí nebylo natolik konkretizováno, aby byl zjevný konkrétní následek jednotlivých deliktů, není uvedeno, ke kterým se vztahují opatření a za které se ukládá pokuta a není ani zřejmé, že nedostatky vedoucí k uložení opatření nebyly současně i sankcionovány. Mimoto zákon o cenných papírech v § 86 odst. 1 písm. a) i uložení opatření k odstranění nedostatků koncipoval jako následek zjištěného porušení povinností. Kasační námitku o nesprávném posouzení porušení zásady *ne bis in idem* městským soudem neshledal Nejvyšší správní soud důvodnou.

Stěžovatelka ad 4) městskému soudu vytýká způsob posouzení opakovanosti skutků. Městský soud totiž uvedl, že za závažné a opakované byly označeny všechny skutky, aniž však u některých byla intenzita vůbec hodnocena. Podle § 145 odst. 2 písm. d) zákona o podnikání na kapitálovém trhu lze totiž odejmout povolení udělené podle tohoto zákona osobě, která opakovaně, nebo závažným způsobem porušuje povinnosti stanovené tímto zákonem. Poukazuje-li stěžovatelka na ustanovení § 145 odst. 1 písm. c) zákona o podnikání na kapitálovém trhu, pak je třeba konstatovat, že tento zákon v rozhodném (ani jiném) znění takové ustanovení vůbec nemá. Stěžovatelka dále poukazuje na stranu 34 a 35 prvostupňového rozhodnutí; tam je skutečně výslovně uvedeno, že za zásadní nedostatky jsou považována jednání, která svým obsahem odpovídají skutkům uvedeným pod body **i.**, **ii.** a **iii.** výroku rozhodnutí a že nepořizování a neuchovávání záznamů se dělo opakovaně. Rozhodnutí prvostupňové i odvolací (rozkladové) jistě tvoří jeden celek, pokud bylo odvolání zamítnuto či změněno. Potvrzuje-li odvolací orgán prvostupňové rozhodnutí, nemusí opakovat argumenty v něm obsažené. Jinak tomu ovšem je, pokud je prvostupňové rozhodnutí změněno. Pak je součástí řádného odůvodnění ve smyslu § 47 odst. 3 správního řádu jednak zdůvodnění nezbytnosti změny provedené podle § 59 odst. 2 (§ 61 odst. 3) správního řádu, ale současně i odůvodnění nového výroku. V daném případě byl rozhodnutím o rozkladu vyměněn celý výrok prvostupňového rozhodnutí. Skutečnost, že se výrok rozhodnutí o rozkladu v podstatné míře shoduje ve výčtu a obsahu protiprávních jednání s rozhodnutím prvostupňovým, neznamená, že pro nový výrok automaticky platí důvody uvedené v prvostupňovém rozhodnutí. Bylo věcí úvahy rozkladového orgánu, do jaké míry byla nezbytná změna nesprávného výroku. V míře, v jaké tak učinil, však byl povinen své rozhodnutí odůvodnit. Důvody, které rozhodnutí o rozkladu v tomto směru obsahuje (strana 12, 13) jsou z tohoto hlediska nedostatečné. Je ovšem pravdou, že skutečnosti odůvodňující nový výrok jsou obsahem hodnocení důvodnosti odvolacích námitek, někdy poukazem na obsah prvostupňového rozhodnutí (což je přípustné), někdy výslovně. Ve vztahu k hodnocení závažnosti či opakovanosti skutků jako podmínky

pro odejmutí povolení však je třeba přitakat závěru městského soudu, neboť v odůvodnění rozhodnutí je pouze v jednom odstavci na str. 12 uveden výčet všech porušených povinností jako důvod pro odejmutí povolení. Kasační námitce proto nelze přisvědčit.

.

Kasační námitka ad 5) polemizuje s názorem městského soudu na kvalitu vymezení skutků uvedených pod body **iii.**, **iv.** a **v.** výroku rozhodnutí, přičemž sporné mezi nimi je, zda tyto skutky obstojí bez přesného ukotvení v čase. Městský soud v obecné poloze správně poukázal na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 1. 2008, č. j. 2 As 34/2006 - 73, podle něhož *„(v)ýrok rozhodnutí o jiném správním deliktu musí obsahovat popis skutku uvedením místa, času a způsobu spáchání, popřípadě i uvedením jiných skutečností, jichž je třeba k tomu, aby nemohl být zaměněn s jiným. Neuvede-li správní orgán takové náležitosti do výroku svého rozhodnutí, podstatně poruší ustanovení o řízení [§ 76 odst. 1 písm. c) s. ř. s].“* Tyto identifikační znaky jsou podstatné, aniž by konkrétní sankční předpis jejich uvedení musel stanovit jako podmínku rozhodnutí. Městský soud za vadu specifikace skutků označil, že výše uvedené neobsahují údaj o tom, od kdy byly páchány. Uvedené skutky jsou skutečně časově omezeny pouze jejich koncem (*...nejméně do června 2005, ...nejméně do 30. 9. 2005, ... nejméně do 7. 3. 2005*). Popis jednání ani označení osob, jichž se týkalo, ovšem skutečně nemůže překlenout absenci určení počátku těchto jednání, ani není zjevné, že by počátky jednání nebyly zjistitelné. Zejména tomu tak je u bodu **iii.** výroku rozhodnutí, jehož závažnost byla důvodem pro odnětí povolení (viz zjištění uvedená ad 4). Identifikace deliktu záleží na jednání, jímž je naplněn a nelze vyloučit situace, kdy je prokázáno, že k deliktu došlo, ale nelze zjistit, kdy se tak stalo. V takovém případě je při dalších identifikačních znacích přesný časový údaj postradatelný a zpravidla je nahrazen formulací *„v přesně nezjištěném období“*, na níž poukazuje stěžovatelka, jako na trestní praxi. V daném případě však takové zjištění z podkladů rozhodnutí možné bylo. Časový rozsah jednání navíc měl význam pro posouzení jeho závažnosti.

Nakonec (ad 6) stěžovatelka nesouhlasí s významem, který soud přiřkl svědeckým výpovědím. Podle jejího názoru nebylo nutné vyrozumění žalobce o konání výslechů svědků za situace, kdy všechny rozhodné skutečnosti byly dostatečně zjevné z listinných podkladů a kdy se výslechy konaly mimo ústní jednání. Ze spisu je zřejmé, že žalovaná vyslechla několik desítek osob jako svědky. Výpověď svědka je podle § 32 odst. 2 správního řádu jedním z důkazů, který může být podkladem rozhodnutí. Podle § 33 správního řádu má účastník řízení klást svědkům otázky při ústním jednání. Neobstojí tvrzení stěžovatelky, že svědci byli slyšeni mimo ústní jednání. To musí být podle § 21 odst. 1 spr. řádu nařízeno vždy, vyžaduje-li to povaha věci, zejména přispěje-li se tím k jejímu objasnění. Jestliže je v řízení třeba provést výslech svědka, není možné dostát účastnickým právům jinak, než že svědek bude slyšen při ústním jednání. Jsou sice situace, za nichž je akceptovatelné provedení výslechu mimo jednání a bez vyrozumění účastníků řízení, to však jen tehdy, kdy by okamžité vyslechnutí bylo nezbytně nutné a zachování řádného postupu by vedlo ke zmaření tohoto důkazu. S argumentací městského soudu, odkazující i na hlediska ústavně-konformní, lze proto souhlasit.

Stěžovatelka dále namítá zbytnost výpovědí svědků při prokázání všech deliktů jiným způsobem a poukazuje na závěry Nejvyššího správního soudu vyslovené v rozsudku sp. zn. 2 Afs 177/2005. Tam byl skutečně zaujat názor, že porušení procesních práv účastníka řízení při provádění místních šetření není důvodem pro zrušení rozhodnutí,

jestliže se nejednalo o stěžejní podklady rozhodnutí, které bylo dostatečně podloženo jinak a navíc za situace, kdy správní orgán z těchto šetření ve svém rozhodnutí ani výslovně nevycházel. Soudu nepřísluší hodnotit, zda by za takové situace bylo hospodárné vyslýchat několik desítek osob; lze i připustit, že v řízení jsou někdy vyslýchány osoby, jejichž výpověď se podkladem rozhodnutí nestane. Proto se Nejvyšší správní soud zaměřil na význam, jaký tyto výpovědi měly pro řízení a pro napadené správní rozhodnutí. Protokol o kontrole č. j. 43/K/8/2005/9 z výpovědí svědků logicky nevychází. Městskému soudu však lze přisvědčit v konstatování, že výpovědi svědků byly podkladem pro rozšíření předmětu správního řízení ze dne 19. 5. 2006. Pokud jde o rozhodnutí, pak v prvostupňovém rozhodnutí je na str. 9 argumentováno výsledkem výpovědí 26 zákazníků z 36 vyslechnutých, na str. 12 se na výpovědi zákazníků odvolává při hodnocení jejich investičního profilu a na str. 14 je obsah výpovědí jmenovitě uvedených zákazníků konstatován a následně i hodnocen. Na straně 18 pak správní orgán poukazuje na veškeré důkazy popsané v tomto rozhodnutí, jako na podklad pro učiněné závěry; poukaz na výpovědi zákazníků je dále např. na str. 23, 24 rozhodnutí. V rozhodnutí o rozkladu je poukázáno na výpovědi svědků, jako na užité důkazy např. na str. 5 a na str. 9. Stejně tak se lze ztotožnit s poukazem městského soudu na skutečnosti, které byly zjistitelné jen z výpovědí svědků, tedy minimálně v této části správní orgány z výpovědí svědků vycházely. Ostatně rozkladové rozhodnutí při hodnocení důvodnosti rozkladové námitky tohoto porušení procesních práv (str. 11) nijak nezpochybnilo význam svědeckých výpovědí jako podkladů rozhodnutí. Byly to tedy správní orgány obou stupňů, které vzaly i výslechy svědků za podklad svých rozhodnutí a ve smyslu § 34 odst. 5 správního řádu je hodnotily. Za této situace je výtka městského soudu, že výslechy svědků jsou provázeny porušením účastnických práv, důvodná. Naopak nelze přisvědčit námitce kasační.

Celkově tak Nejvyšší správní soud přitakal stěžovatelce pouze u kasační námitky ad 1). Městský soud skutečně pochybil, pokud jí vytkl, že u skutků **i.** a **vii.** výroku rozhodnutí o rozkladu nezdůvodnila použitý právní předpis, ač tak učinila, a ponechal bez povšimnutí i argumentaci, kterou k této žalobní námitce vznesla ve svém vyjádření. Nutno však vycházet z toho, že se jedná o zrušující rozsudek městského soudu, přičemž všechny ostatní důvody pro zrušení správního rozhodnutí obstojí. Lze tak uzavřít, že uvedené pochybení městského soudu nemělo vliv na zákonnost jeho rozsudku. Jak uvedl rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v usnesení ze dne 14. 4. 2009, č. j. 8 Afs 15/2007 – 75, publ. pod č. 1865/2009 Sb. NSS: *„(z)ruší-li správně krajský soud rozhodnutí správního orgánu, ale výrok rozsudku stojí na nesprávných důvodech, Nejvyšší správní soud v kasačním řízení rozsudek krajského sudu zruší a věc mu vrátí k dalšímu řízení (§ 110 odst. 1 s. ř. s.). Obstojí-li však důvody v podstatné míře, Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítne a nesprávné důvody nahradí svými. Pro správní orgán je pak závazný právní názor krajského soudu korigovaný právním názorem Nejvyššího správního soudu.*

Z uvedených důvodů tedy Nejvyšší správní soud kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl (§ 110 odst. 1 in fine s. ř. s.).

Stěžovatelka, která v řízení neměla úspěch, nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti ze zákona (§ 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s.). Úspěšnému žalobci soud přiznal náhradu nákladů řízení, a to za jeden úkon právní pomoci podle § 7, § 9 odst. 3 písm. f), § 11 odst. 1 písm. d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a

náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif) ve výši 2100 Kč, jako náhradu hotových výdajů podle § 13 odst. 3 adv. tarifu částku 300 Kč, to vše včetně zvýšení o 20% DPH, celkem 2880 Kč. Tuto částku je stěžovatelka povinna uhradit žalobcově zástupci ve stanovené lhůtě.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 18. listopadu 2011

JUDr. Miluše Došková
předsedkyně senátu