

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Jaroslava Vlašína a soudců Mgr. Radovana Havelce a JUDr. Jiřího Pally v právní věci žalobkyně: **Colosseum, a. s.**, se sídlem Londýnská 730/59, Praha 2, zast. Mgr. Viktorem Klímou, advokátem se sídlem Melantrichova 477/20, Praha 1, proti žalované: **Česká národní banka**, se sídlem Na Příkopě 28, Praha 1, o přezkoumání rozhodnutí bankovní rady žalované ze dne 4. 10. 2012, č. j. 2012/2887/110, o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 7. 6. 2016, č. j. 6 Af 45/2012 – 104,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

II. Žádnému z účastníků **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I.
Dosavadní průběh řízení

[1] Rozhodnutím žalované ze dne 19. 6. 2012, č. j. 2012/5872/570, bylo vysloveno, že žalobkyně:

(i) v období od 29. 4. 2009 do 4. 12. 2009 poskytovala investiční poradenství zákazníkovi Ing. M. M. způsobem, který vedl k podávání pokynů k obchodům s investičními nástroji v takové frekvenci, při které zákazník uhradil za provedené obchody provize v celkové výši 4,7 mil. Kč, tj. 52 % investovaných prostředků, a poměr mezi veškerými náklady uhrazenými zákazníkem za poskytování investičních služeb k průměrnému čistému majetku zákazníka v tomto období dosáhl hodnoty 126,4 % (po přepočetu na roční základ 75,84 % p. a.), přičemž tímto

způsobem investičního poradenství žalobkyně sledovala cíl spočívající v maximalizaci svého příjmu z poplatků za realizaci obchodů,

(ii) ve stejném období při poskytování investičních služeb Ing. M. M. i přijala od společnosti MF Global UK Ltd., Sugar Quay, Lower Thames Street London (dále jen „*MF Global*“), pobídku ve výši 4,1 mil. Kč, tj. 87 % celkové provize uhrazené zákazníkem a 46 % vkladu jmenovaného zákazníka, aniž jej před poskytnutím investiční služby jasně, srozumitelně a úplně informovala o výši nebo hodnotě pobídky, nebo způsobu jejího výpočtu a přijatá pobídka byla v rozporu s povinností žalobkyně jednat v nejlepším zájmu tohoto zákazníka,

čímž porušila

ad (i) povinnost uloženou § 15 odst. 1 zákona č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu (dále jen „*ZPKT*“), jednat kvalifikovaně, čestně a spravedlivě a v nejlepším zájmů svých zákazníků,

ad (ii) zákaz vyplývající z § 15 odst. 3 ZPKT ve vazbě na § 44 odst. 1 písm. b) vyhlášky České národní banky č. 237/2008 Sb., o podrobnostech některých pravidel při poskytování investičních služeb, přijmout při poskytování investičních služeb odměnu, která může vést k porušení povinnosti stanovené v § 15 odst. 1 ZPKT,

a spáchala tak správní delikt podle § 157 odst. 2 písm. b) ZPKT, za což jí byla uložena pokuta ve výši 6.000.000 Kč a konkrétní opatření k nápravě.

[2] Rozhodnutím bankovní rady žalované ze dne 4. 10. 2012, č. j. 2012/2887/110, byl zamítnut rozklad žalobkyně proti prvostupňovému rozhodnutí a toto rozhodnutí bylo potvrzeno.

[3] Proti rozhodnutí bankovní rady žalované podala žalobkyně žalobu, v níž namítala nepřezkoumatelnost obou správních rozhodnutí, porušení svého práva na spravedlivý proces, nedostatečné zjištění skutkového stavu, nesprávné právní posouzení věci, a stejně tak i porušení povinností správních orgánů při stanovení výše pokuty. Městský soud v Praze (dále jen „*městský soud*“) neshledal jednotlivé žalobní body důvodnými, a žalobu proto rozsudkem ze dne 7. 6. 2016, č. j. 6 Af 45/2012 – 104, zamítl.

II.
Obsah kasační stížnosti a navazujícího vyjádření žalované

II. A.
Kasační stížnost

[4] Žalobkyně (dále jen „*stěžovatelka*“) podala proti rozsudku městského soudu kasační stížnost z důvodů podle § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „*s. ř. s.*“), tedy pro nezákonnost spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení, vady řízení spočívající v tom, že skutková podstata, z níž správní orgán v napadeném rozhodnutí vycházel, nemá oporu ve spisech nebo je s nimi v rozporu, nebo že při jejím zjišťování byl porušen zákon v ustanoveních o řízení před správním orgánem takovým způsobem, že to mohlo ovlivnit zákonnost, a

pro tuto důvodně vytýkanou vadu soud, který ve věci rozhodoval, napadené rozhodnutí správního orgánu měl zrušit (přičemž za takovou vadu řízení se považuje i nepřezkoumatelnost rozhodnutí správního orgánu pro nesrozumitelnost), a nepřezkoumatelnost spočívající v nesrozumitelnosti nebo nedostatku důvodů rozhodnutí, popřípadě v jiné vadě řízení před soudem, mohla-li mít taková vada za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé.

[5] Nejvyšší správní soud předesílá, že kasační stížnost stěžovatelky je poněkud nepřehledná, neboť stěžovatelka i několikrát opakuje některé námitky, což do značné míry znesnadňuje celkovou orientaci v její právní i skutkové argumentaci (např. nenařízení ústního jednání, nemožnost účasti na jednání rozkladové komise a bankovní rady žalované atd.). Soud se proto na jedné straně sice snažil zachovat stěžovatelkou vytyčenou strukturu kasační stížnosti (tzn. rozčlenění námitek do dílčích okruhů), na straně druhé však opakovaně uplatněné námitky v rekapitulaci kasační stížnosti pro přehlednost již opakovaně neuvádí.

[6] Stěžovatelka předně poukázala na skutečnost, že s předmětným řízením souvisí další správní řízení, které je proti ní vedeno ze strany žalované a stejně tak i civilní řízení vedené u Městského soudu v Praze, ve kterém se Ing. M. M. domáhá po stěžovatelce zaplacení náhrady škody.

[7] Průběh nově zahájeného řízení před žalovanou dle názoru stěžovatelky dokládá, že u žalované mělo dojít k určité *„sebereflexi“*. Žalovaná zejména nyní používá jiné výpočty hodnoty ukazatele C/E (Cost to Equity), v důsledku čehož neopakovala stejnou chybu, které se měla dopustit, a sice nesprávného přepočtu ukazatele na roční základ. Ačkoliv stěžovatelka nadále tuto metodu odmítá, je přesvědčena, že hodnoty C/E jsou stěžejním prvkem výroků napadených rozhodnutí, a tato vada je tak důvodem pro jejich zrušení. Stěžovatelka se dále domnívá, že pokuta ve výši 3.000.000 Kč, k jejímuž uložení došlo ve druhém správním řízení, měla městský soud vést k závěru o snížení pokuty v probíhajícím řízení.

[8] Pokud jde o související civilní řízení, z protokolu z ústního jednání, jež se před městským soudem uskutečnilo dne 15. 1. 2014, dle názoru stěžovatelky plyne, že Ing. M. je inteligentní muž, který má k dispozici vysoký obnos finančních prostředků; jmenovaný zákazník stěžovatelky současně potvrdil, že to byl on, kdo stěžovatelku iniciativně a sám kontaktoval, byl pravidelně od společnosti MF Global informován o svých obchodech, nikdy nevznesl dotaz vůči panu B. (pracovníku stěžovatelky), že by něčemu na vyúčtování nerozuměl, před uzavřením smlouvy přitom obchodoval na burzách v USA a Německu, resp. též v České republice, a to i s investičními nástroji s tzv. finanční pákou. Ing. M. měl mít také vědomost o účtovaných poplatcích. Městský soud pak nechal vypracovat znalecký posudek, který má dle názoru stěžovatelky dokládat, že na účtu Ing. M. nedošlo k nadměrnému obchodování (tzv. churningu).

a) Nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku

[9] Stěžovatelka má za to, že městský soud se nikterak, či alespoň přezkoumatelným způsobem, nevypořádal s následujícími žalobními námitkami (okrajově pak stěžovatelka

městskému soudu vytýká, že námitky související s procesními vadami nejsou vypořádány v jedné souvislé části odůvodnění, ale „*rozmělněny*" do vícerých částí rozsudku):

- správní řízení bylo zahájeno pro tři skutky, ale rozhodnuto bylo pouze o dvou, čímž se dle stěžovatelky stalo řízení zmatečným;
- žalovaná podstatně porušila ustanovení o řízení před správními orgány, v důsledku čehož bylo opakovaně porušeno právo stěžovatelky na spravedlivý proces a rozhodnutí jsou navíc z tohoto důvodu nepřezkoumatelná pro nedostatek důvodů;
- stěžovatelce nebyla umožněna účast na jednání rozkladové komise a bankovní rady žalované, přestože o to požádala;
- žalovaná nezjistila řádně roli MF Global při poskytování pobídek stěžovatelce;
- žalovaná posoudila nesprávně právní stránku věci a založila své rozhodnutí na nezákonně získaných důkazech, provedla důkazy bez přítomnosti stěžovatelky a bez řádné protokolace;
- žalovaná se nevypořádala s námitkou související se zákazníkem ZN184 (poukaz stěžovatelky na příklad z praxe).

b) (Ne)naplnění skutkové podstaty churningu

[10] Stěžovatelka v této části poznamenala, že počet realizovaných obchodů na účtu zákazníka M. je nutno vnímat v kontextu skutečnosti, že u investičních nástrojů s pákovým efektem dochází v praxi k nákupu a prodeji ve velmi krátké době; nutno přihlédnout též k výši investovaného kapitálu (cca 9.000.000 Kč), vůči němuž je předmětné množství obchodů zcela běžné a v souladu se zásadou rozložení rizik. Stěžovatelka dále nesouhlasí se závěrem bankovní rady, že není možné, aby zákazník v každém obchodu získal v průměru 0,02 % zisku z nominální hodnoty obchodovaného investičního nástroje; ceny investičních nástrojů s tzv. pákou se naopak denně pohybují o desetiny procenta nebo výjimečně i o celá procenta. Stěžovatelka se domnívá, že jediným faktickým problémem v této věci může být jedině výše marže, kterou po odečtení poplatku pro MF Global a pro garanční fond stěžovatelka obdržela za každý jednotlivý obchod.

[11] Stěžovatelka vyjádřila též přesvědčení, že do doby, než bude ze strany žalované vydána odborná metodika pro výpočet indikace churningu při obchodování s investičními nástroji s pákovým efektem, je třeba respektovat právní větu rozsudku Vrchního soudu v Praze, sp. zn. 3 A 9/98. Z důvodu přezkoumatelnosti zavinění stěžovatelky je dle jejího názoru nutné posoudit ekonomický smysl alespoň části z realizovaných obchodů.

[12] V další části kasační stížnosti pak uvedla stěžovatelka přehled námitek uplatněných v řízení o žalobě s tím, že je činí součástí kasační stížnosti.

c) Prekluze odpovědnosti za správní delikt

[13] Stěžovatelka se neztotožnila s názorem, že prekluzivní lhůta začne běžet až od okamžiku, kdy žalovaná obdrží písemnou stížnost od zákazníka, ze které se dozví rozhodné skutečnosti, zejména to, že obchodník s cennými papíry nejednal v souladu

s jeho zájmy. Žalovaná totiž v období od 29. 10. 2009 do 19. 7. 2010 prováděla u stěžovatelky rozsáhlou kontrolu, při které obdržela veškerou formulářovou dokumentaci včetně ceníků brokerů, investičních dotazníků, jakož i konkrétní dokumentaci a nahrávky komunikace s vybranými zákazníky. V podrobnostech stěžovatelka odkázala na kontrolní protokol ze dne 19. 7. 2010. Stěžovatelka přitom dle matematického vzorce žalované (se kterým ovšem nadále nesouhlasí) spočítala hodnoty C/E u 15 ze 17 vybraných zákazníků a zjistila, že vykazují obdobné hodnoty jako u Ing. M. Žalovaná stěžovatelce přesto ničeho nevytkla. Stěžovatelka má za to, že tuto skutečnost je nutno zohlednit minimálně u její námitky vztahující se k zásadě *nullum crimen sine lege*.

[14] V rámci předmětné kasační námitky dále stěžovatelka poukázala na následující souvislosti: Ve správním spise je založena stížnost zástupce Ing. M. ze dne 15. 11. 2010. Správní řízení bylo vůči stěžovatelce zahájeno dne 19. 10. 2011, tj. pouhých 25 dnů před uplynutím prekluzivní lhůty. Ing. M. udělil svému zástupci plnou moc dne 1. 7. 2010. Již dne 9. 8. 2010 kontaktoval zástupce stěžovatelku, avšak na žalovanou se dle doložených písemností obrátil až dne 15. 11. 2010, tj. po více než třech měsících. Na první straně předmětné stížnosti je přeškrtnuta spisová značka, která předchází oficiální spisovou značku zřejmě o 76 podání. Dle stěžovatelky tudíž není vyloučeno, že žalovaná získala souhrnné informace o případu již před 15. 11. 2010 a uběhla zákonná jednoroční lhůta pro potrestání stěžovatelky. Ing. M. proto bylo nutno vyslechnout i za účelem zjištění, zda žalovaná nebyla kontaktována již 25 dní před podáním stížnosti.

d) K vadám výroků napadených rozhodnutí (resp. nepřezkoumatelnosti správních rozhodnutí)
a k některým dalším procesním vadám

[15] Stěžovatelka má za to, že stěžejní část výroků napadených rozhodnutí je tvořena chybným a zkresleným výpočtem C/E ukazatele přepočteného na roční základ – 75,84 %, což je samo o sobě důvodem pro zrušení napadených rozhodnutí.

[16] Další vadou má být skutečnost, že žalovaná nijak neodůvodnila, proč je pro stěžovatelku výhodnější stará právní úprava ve smyslu vyhlášky č. 237/2008 Sb., a nikoliv nová úprava tvořená vyhláškou č. 303/2010 Sb. (jejíž aplikaci stěžovatelka výslovně požadovala). Vyhláška č. 237/2008 Sb. je navíc obsažena i ve výroku prvostupňového rozhodnutí.

[17] Ve výroku I. prvostupňového rozhodnutí je uvedeno, že stěžovatelka sledovala cíl spočívající v maximalizaci svého zisku. Tento pojem se přitom používá jedině v případě přímého úmyslu. Ze správních spisů nicméně plyne, že žalovaná se zaviněním stěžovatelky nezabývala z důvodu, že odpovědnost za porušení povinností pramenících ze ZPKT je objektivní. Slovní spojení „*sledovala cíl*“ je tak dle stěžovatelky mimo rámec provedeného dokazování, a předmětný výrok je tak nezákonný, resp. nepřezkoumatelný.

[18] Stěžovatelka dále uvedla, že ani jeden z výroků prvostupňového rozhodnutí neobsahuje vymezení místa, na kterém se protiprávního jednání měla dopustit. Stěžovatelka sice připouští, že toto pochybení pravděpodobně nemůže vést ke zrušení

napadených rozhodnutí, je však současně názoru, že žalovaná měla pro odstranění pochybností, odkud bylo Ing. M. poskytováno investiční poradenství, provést výslech makléře B.

[19] Další stěžovatelkou vytýkanou vadou je, že nebylo rozhodnuto o třetím deliktu, spočívajícím v nedostatečném opatření informací od zákazníka, pro který bylo řízení rovněž zahájeno, tzn. pro porušení povinnosti získat od zákazníka v nezbytném rozsahu informace potřebné pro poskytnutí investiční služby, které umožní řádné vyhodnocení finančního zázemí, cílů, odborných znalostí a zkušeností potřebných pro pochopení souvisejících rizik, přičemž nemůže být doporučena investiční služba nebo poskytnuta rada, pokud tyto informace nejsou získány nebo je vyhodnoceno, že poskytnutí investiční služby, rady nebo provedení obchodu neodpovídá finančnímu zázemí zákazníka, jeho investičním cílům, odborným znalostem nebo zkušenostem potřebným pro pochopení souvisejících rizik. Stěžovatelka odkázala v této souvislosti na rozsudek zdejšího soudu ve věci sp. zn. 4 As 34/2013, dle něhož je správní orgán v zásadě povinen rozhodnout o celém předmětu řízení, přičemž pokud zahájí z moci úřední ve věci údajného spáchání dvou skutkově samostatných správních deliktů a následně v rozhodnutí, kterým se řízení končí, rozhodne pouze o jednom z nich, jedná se o podstatnou vadu řízení.

[20] Stěžovatelka současně odkázala na § 157 odst. 2 písm. b) ZPKT, dle něhož je správním deliktem porušení povinnosti stanovené v § 15 odst. 1 ZPKT, nikoliv odst. 3, jak je uvedeno ve výroku II. prvostupňového rozhodnutí. Tento výrok tak z formálního hlediska neobstojí, neboť žalovaná byla povinna uvést minimálně vedle porušení povinnosti podle § 15 odst. 1 ZPKT (přičemž musí konkrétně určit, o jaké jednání ze skutkové podstaty se jedná), též spojitost s údajným porušením konkrétní povinnosti stanovené v konkrétním ustanovení, v daném případě tedy § 15 odst. 3 ZPKT.

[21] Stěžovatelka též považuje za nepřípustné, aby žalovaná odůvodňovala své rozhodnutí odkazem na cizojazyčné doporučení CESR, které řádně nepřeloží do úředního jazyka.

[22] Výrok I. o prvním deliktu a odůvodnění prvostupňového rozhodnutí (resp. i rozhodnutí druhostupňového) jsou dle stěžovatelky jen obtížně uchopitelné a nesrozumitelné, jelikož podle předmětného výroku se stěžovatelka dopustila nesprávného investičního poradenství, což nekoresponduje s odůvodněním, dle kterého se dopustila nadměrného obchodování (churningu). Z napadených rozhodnutí pak vůbec není zřejmé, zdali stěžovatelka nejednala (vedle nejednání v nejlepším zájmu zákazníka) též kvalifikovaně, čestně či spravedlivě.

[23] Stěžovatelka dále vytýká, že v řízení před správními orgány nebylo nařízeno ústní jednání, nebyla jí umožněna účast na jednání rozkladové komise (byť se jí účastnily i osoby, které se podílely na vydání prvostupňového rozhodnutí) ani na jednání bankovní rady žalované. Nahrávky z těchto jednání měly být zničeny a předkládací zpráva ani nebyla vyhotovena. Tímto postupem tak mělo být porušeno právo stěžovatelky uplatnit své argumenty. Stěžovatelka se následně pozastavila nad skutečností, jak dospěla žalovaná k závěru, že s Ing. M. jednali její zaměstnanci, když si nevyžádala jejich pracovní smlouvy. Městský soud a správní orgány pochybily též v tom, že se nevypořádaly s argumentací

stěžovatelky ohledně detailního návodu v českém jazyce, na který byl Ing. M. upozorněn e-mailem a dopisem ze dne 22. 5. 2009, resp. proč Ing. M. vložil převážnou část finančních prostředků na účet po čtyřech měsících zkušeností, ale na druhou stranu nemá přehled, jak se obchodování vyvíjí a stěžovatelky se na nic nedotazuje, a dále, jak je možné, že zákazník ZN184 dlouhodobě dosahuje při ještě agresivnějším obchodování zisku.

e) Neoprávněná pobídka

[24] Stěžovatelka považuje v této souvislosti za zásadní své konstantní tvrzení, že pobídku od MF Global přijímala na základě § 15 odst. 1 písm. a) vyhlášky č. 303/2010 Sb. Žalovaná přitom nijak neodůvodnila, proč vzdor žádosti stěžovatelky aplikovala § 44 vyhlášky č. 237/2008 Sb., přestože její znění je shodné s § 15 odst. 1 vyhlášky č. 303/2010 Sb. Stejně tak je nutno aplikovat i § 15 odst. 3 vyhlášky č. 303/2010 Sb., jelikož v dokumentu o střetu zájmu je souhrnný popis hlavních podmínek pobídek a stěžovatelka byla připravena k žádosti ve smyslu citovaného ustanovení (resp. § 44 odst. 3 staré vyhlášky) poskytnout zákazníkovi bližší informace. Ing. M. nicméně o sdělení podrobností nepožádal. S touto argumentací se správní orgány nikterak nevypořádaly. Dle stěžovatelky je navíc nutné vyžádat smluvní dokumentaci mezi MF Global a Ing. M., z níž je možné doložit existenci instrukce či zmocnění Ing. M. týkající se přijetí či poskytnutí platby jeho jménem a na jeho účet. Stěžovatelka též poznamenala, že v rozhodné době neexistovala žádná právní úprava pobídek a žalovaná nevydala žádnou metodiku.

[25] Bankovní rada žalované se dle stěžovatelky nevypořádala důsledně ani s její argumentací, že minimálně v dokumentu „*střet zájmů*“ je souhrnný popis hlavních podmínek pobídky; neuvedla totiž, co se rozumí popisem hlavních podmínek pobídky a bez dalšího uzavřela, že dokumenty „*střet zájmů*“ a „*ceník brokera*“ nejsou popisem hlavních podmínek pobídky, aniž by přezkoumala všeobecné obchodní podmínky stěžovatelky, kde se v čl. 7 uvádí, že stěžovatelka může změnit ceník brokera. Další ustanovení o pobídkách se pak nachází v odst. 5 na str. 9 dokumentu „Poučení o rizicích“.

f) K dokazování

[26] Stěžovatelka vyjádřila přesvědčení, že jednotlivé důkazy byly ve správním řízení získány nezákonným způsobem, neboť byl porušen zákaz sebeobviňování. V této souvislosti odkázala na dle jejího názoru případnou judikaturu Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „*ESLP*“).

[27] Dále stěžovatelka uvedla, že si od Ing. M. opatřila všechny potřebné informace a také je správně vyhodnotila. Z jeho dotazníku a karty je vyloučeno učinit přezkoumatelný závěr o nesprávně vyhodnoceném profilu zákazníka a jeho investiční strategii, zvlášť když mezi stěžovatelkou a zákazníkem proběhl před podpisem smlouvy pohovor. Celá věc je umocněna svědeckou výpovědí Ing. M. v souvisejícím civilním řízení, jež má dokládat, že před zahájením obchodování u stěžovatelky obchodoval i s investičními nástroji s pákou (SPAD).

[28] Stejně tak poukázala stěžovatelka na skutečnost, že z nahrávek pořízených mezi jejími zaměstnanci a Ing. M. byly vybrány pouze zkreslené pasáže a jiné naopak byly

zamlčeny. I nadále trvá na tom, že měl být proveden výslech jmenovaného zákazníka a rovněž měly být do spisu založeny záznamy o realizovaných obchodech zákazníka z Fio Banky a. s., o kterých musela žalovaná vědět z jeho karty, jakož i o obchodech u jiných obchodníků s cennými papíry. Historie obchodování Ing. M. je totiž důležitá pro posouzení jeho investičního profilu a investiční strategie.

g) Pokuta

[29] Stěžovatelka v této části namítla, že městský soud nepřihlédl k pokutě ve výši 3.000.000 Kč, jež jí byla uložena ve druhém správním řízení a stejně tak nezohlednil ani skutečnost, že předmětná věc má přesah do civilního řízení vedeného mezi stěžovatelkou a Ing. M. Nelze tudíž vyloučit, že napadená rozhodnutí budou stěžovatelku sankcionovat nikoliv částkou 6.000.000 Kč, ale v nejhorším případě částkou převyšující 13.000.000 Kč. V této souvislosti pak stěžovatelka opětovně odkázala na právní větu rozsudku Vrchního soudu v Praze ve věci sp. zn. 3 A 9/98. Městský soud měl dle jejího názoru zrušit napadená rozhodnutí alespoň v části týkající se opatření k nápravě a snížit uloženou pokutu, resp. od jejího uložení upustit.

[30] Stěžovatelka dále namítla, že v řízení nebyla zohledněna skutečnost, že pro stíhané delikty neexistovala žádná metodika žalované, a následně odkázala na příslušnou část žaloby vztahující se k této otázce.

h) Faktická kontrola nad účtem zákazníka

[31] Stěžovatelka vyjádřila přesvědčení, že pro závěr o její fatické kontrole nad účtem zákazníka Ing. M. mělo být vzato v úvahu, že zákazník (i) byl informovaný o povaze a rizicích obchodů s komoditními deriváty, (ii) byl zkušeným obchodníkem s cennými papíry, (iii) investiční pokyny zadával sám a na základě vlastního uvážení, když navíc mezi tipem od makléře a zadáním pokynu byla určitá časová prodleva a navíc ne vždy k zadání na základě tipu došlo; (iv) trávil mnoho času sledováním internetových stránek týkajících se investičního obchodování a dalších zdrojů, (v) investoval současně i u jiných společností, (vi) byly mu pravidelně zasílány výpisy z jeho účtu, jakož mu byl zaslán i odkaz na detailní návod v češtině, jak se v tomto účtu orientovat, přičemž k výpisům nevznesl žádné otázky. Správní orgány ani městský soud se dle stěžovatelky se žádnou z výše uvedených skutečností nevypořádaly logickým a přezkoumatelným způsobem.

i) Nullum crimen sine lege

[32] V nadepsané části kasační stížnosti stěžovatelka namítla, že v projednávané věci byla porušena zásada *nullum crimen sine lege*, protože v době rozhodování správních orgánů neexistovala žádná metodika žalované vztahující se na obchodování s deriváty a přípustnost pobídek. Následně zopakovala některé další námitky již uvedené v předcházejících částech kasační stížnosti.

j) K některým dalším vadám napadeného rozsudku

[33] Městský soud nepostupoval dle názoru stěžovatelky nestranně a objektivně, když zejména odkazoval na odůvodnění napadených rozhodnutí, vzal v potaz nezákonné důkazy a nevyjádřil se naopak k některým zásadním důkazům a argumentům stěžovatelky. Toto tvrzení opírá stěžovatelka především o snahu městského soudu bagatelizovat význam audio nahrávek, které dle jejího přesvědčení nelze v řízení použít. Městský soud dále učinil rozhodnutí, aniž by si plně uvědomil ekonomickou stránku věci (jelikož jinak by nepoukazoval na hodnoty ve stanovisku Komise pro cenné papíry č. 1/2006) a současně zcela nepřesvědčivě přezkoumal právní stránku věci (když na vícerých místech odkázal na zákon č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, namísto ZPKT). Stěžovatelka dále poukázala na rozpor v argumentaci městského soudu, když na jedné straně dovodil, že žalovaná se neodchýlila od stanoviska KCP č. 1/2006, avšak na straně druhé uzavřel, že pro posouzení churningu není podstatné, jakou měl zákazník investiční strategii.

[34] S ohledem na vše shora uvedené stěžovatelka navrhla, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek i obě správní rozhodnutí zrušil.

II. B.
Vyjádření žalované

[35] Žalovaná ve svém vyjádření ke kasační stížnosti setrvala na svém dosavadním procesním stanovisku. K námitce stěžovatelky, že k obchodování s deriváty doposud nebyla vydána žádná metodika, a v souladu se zásadou *nullum crimen sine lege* proto nelze posuzovat její jednání jako správní delikt, žalovaná uvedla, že k ní nelze přihlížet, protože nebyla uplatněna již v řízení o žalobě. Kromě toho žalovaná připomněla, že její metodiky, sdělení a stanoviska nejsou právními předpisy, přičemž jejich účelem je přiblížit dohlíženým subjektům způsob, jakým právní předpisy budou aplikovány, nikoliv autoritativním způsobem stanovit nové skutkové podstaty správních deliktů. Jelikož žalovaná vykonává dohled nad celou řadou subjektů, je vyloučeno, aby existovala výkladová stanoviska, která by se podrobně v celém rozsahu zabývala vysvětlením jejích postupů při zjištění zákonem značně široce pojatých nedostatků, spočívajících například v porušení povinnosti jednat s odbornou péčí, kvalifikovaně, čestně a spravedlivě. Již z metodiky Komise pro cenné papíry přitom vyplývá mechanismus, který se pro posuzování frekventovaného obchodování bude používat i v případě derivátů. To je patrné i z rozhodovací praxe žalované, která se dlouhodobě snaží odstranit z finančního trhu praktiku frekventovaného obchodování na účtech zákazníků a stěžovatelka neměla žádný důvod se domnívat, že pokud bude obchodovat právě s deriváty, postihu se vyhne.

[36] Nepřípustná z důvodu jejího neuplatnění v žalobě je dle názoru žalované i námitka spočívající v nezohlednění pákového efektu při posuzování obchodování s deriváty. Co se týče posouzení ukazatelů nadměrného obchodování, stěžovatelka žalované vytýkala pouze to, že se s jejími námitkami nedostatečně vypořádala. V této souvislosti pak žalovaná shrnula, že hodnoty, které vykazovalo portfolio zákazníka Ing. M., byly extrémní a způsob obchodování, při kterém činí náklady na obchodování více než 50 % investované částky v průběhu několika měsíců, je neakceptovatelný. Žalovaná setrvala na svém stanovisku, že při výpočtu C/E ukazatele nelze zohledňovat hodnotu podkladových aktiv, neboť je ve vztahu k obchodům s deriváty pouze referenční a je z ní vypočítávána ziskovost či ztrátovost obchodů. Zákazník reálně vstupuje do obchodů s násobně menšími

částkami než je hodnota podkladového aktiva a hodnota majetku zákazníka se tak odvíjí od hodnoty transakce, nikoliv podkladového aktiva. Žalovaná nikdy nepopírala, že obchody s pákovými efekty lze dosáhnout zisku několikanásobně převyšujícího vstupní hodnotu investice, toho však lze dosáhnout i investicí do akcií. Podstatou výtek žalované není to, že by bylo stěžovatelkou zvoleným způsobem obchodování absolutně vyloučeno dosažení zisku, ale skutečnost, že neopodstatněné transakční náklady snižují reálnou možnost zákazníka zisku dosáhnout, a skutečnost, že při zohlednění nákladů lze podobné možnosti výnosu dosáhnout s nesrovnatelně nižším rizikem. Pokud by totiž způsob obchodování poskytoval vyhlídku na výnos 101 % s rizikem ztráty celé investice, přičemž 100 % výnosu z investice pohltí transakční náklady, pak není ekonomicky opodstatněné takovým způsobem obchodovat, protože výnos 1 % poskytne i investice do řádově konzervativnějších nástrojů, než jsou deriváty.

[37] Žalovaná poukázala dále na skutečnost, že rovněž žalobní bod související s uplynutím prekluzivní lhůty nebyl uplatněn ve lhůtě pro podání žaloby. V průběhu správního řízení namítala stěžovatelka uplynutí prekluzivní lhůty výlučně ve vztahu k pobídkám, k čemuž se žalovaná ve svém rozhodnutí vyjádřila a i nadále setrvává na stanovisku, že řízení bylo zahájeno včas. Pokud jde o zahájení řízení ve vztahu k nadměrnému obchodování, platí, že z 398 dokumentů předaných stěžovatelkou v rámci kontroly se žádný netýkal Ing. M., což nezpochybňuje ani stěžovatelka. Dle žalované tudíž není zřejmé, z jakých konkrétních dokumentů měla učinit závěr, že se stěžovatelka dopustila konkrétního protiprávního jednání. Podání vypracované zástupcem Ing. M. bylo žalované doručeno dne 16. 11. 2010 (což plyne z otisku elektronického razítka žalované); pravděpodobná oprava chybného zápisu jednacího čísla tedy pro posouzení doručení podání nehraje žádnou roli.

[38] K námitkám vztahujícím se k výrokům rozhodnutí žalovaná uvedla, že stěžovatelčino protiprávní jednání je v nich popsáno dostatečně a srozumitelně, a z hlediska zákonných požadavků proto obstojí. Žalovaná poté poukázala na další v žalobě neuplatněné námitky, kterými jsou aplikace vyhlášky č. 237/2008 Sb., neprokázaný přímý úmysl a absence rozhodnutí o všech jednáních. Ve stručnosti pak poznamenala, že závěr o záměru stěžovatelky maximalizovat zisk je logickým vyústěním posouzení všech skutečností zjištěných v průběhu správního řízení. Pokud jde o rozhodnutí o nezjišťování informací o zákazníkovi (stěžovatelkou namítaný třetí skutek, pro který bylo zahájené řízení), vymezení tohoto skutku se překrývalo s vymezením skutku spočívajícím v nadměrném obchodování, a ve výrocích prvostupňového rozhodnutí tak bylo částečně konzumováno skutkem uvedeným v části A výroku (i) tohoto rozhodnutí. Dle žalované proto nebylo nutné samostatně o dílčí okolnosti protiprávního jednání zastavovat řízení. Žalovaná následně konstatovala, že aplikace právního předpisu nepodléhá volbě účastníka řízení ani správního orgánu. Jelikož nová vyhláška neobsahuje úpravu pro stěžovatelku příznivější, aplikoval správní orgán vyhlášku účinnou v době deliktního jednání.

[39] Žalovaná podotkla, že stěžovatelka neuplatnila v řízení před městským soudem ani námitku nesprávného použití cizojazyčného materiálu a fakticky ani námitku související s nesprávně vypočítanou hodnotou C/E ukazatele; v žalobě vytýkala toliko chybnou kvantifikaci čistého majetku zákazníka. Jedná se přitom o údaj, který je ve výroku prvostupňového rozhodnutí uveden v závorce jako orientační, a jednalo by se tedy

o zcela formální chybu v psaní či počtech; pokud by se navíc tento údaj anualizoval tak, jak požaduje stěžovatelka, výsledkem by byla téměř trojnásobně vyšší hodnota, než je ve výroku uvedena, což pro stěžovatelku vyznívá nepochybně nepříznivěji.

[40] K dalším námitkám žalovaná uvedla, že zákon č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „*správní řád*“) nezná pojem „*předkládací zpráva*“, a proto nemohla být stěžovatelce předložena. Stanovisko podle § 87 správní řádu vypracováno bylo, neobsahovalo nicméně podrobné vypořádání jednotlivých námitek, což ostatně právní předpisy ani nevyžadují. Jednání rozkladové komise nemá charakter ústního jednání a neprovádí se na něm dokazování. Vzhledem k tomu není účast účastníků řízení ani dalších osob na jednání rozkladové komise předpokládána. Je tedy na úvaze předsedy rozkladové komise, koho k jednání přizve. Stanovisko rozkladové komise navíc ani není pro bankovní radu závazné. Stejně tak nepřísluší účastníku řízení ani právo účastnit se jednání bankovní rady.

[41] Pokud jde o zákazníka stěžovatelky Ing. M., žalovaná zdůraznila, že jmenovaný se jako zkušený investor prezentoval pouze ve vztahu k akciím a dluhopisům. I bez ohledu na tuto skutečnost je pak třeba vzít v úvahu, že Ing. M. nepodroboval doporučení stěžovatelky kritickému přezkumu a při zadávání pokynů pouze mechanicky opakoval, co mu bylo předtím ze strany stěžovatelky nadiktováno. Stěžovatelka měla o zákazníkově majetku, pohybech na účtu i o zadávaných pokynech přehled. Věděla, že se na její doporučení bezvýhradně spoléhá. Žalovaná je tudíž přesvědčena, že stěžovatelka měla nad jeho účtem kontrolu.

[42] K aplikaci rozhodné úpravy investičních pobídek (tzn. § 15 odst. 1 a 3 ZPKT) odkázala žalovaná na svoji dřívější argumentaci. Uvedla dále, že smluvní dokumentace s MF Global nebyla vyžádána z důvodu, že povinnost informovat zákazníka o pobídce se týká přímo stěžovatelky. Není tedy zřejmé, jak by podklady získané od jmenované společnosti přispěly k objasnění otázky, zda stěžovatelka zákazníka o pobídce informovala.

[43] Žalovaná je též názoru, že v řízení nebyla porušena zásada zákazu sebeobviňování, neboť její postup byl v souladu s judikaturou Soudního dvora Evropské unie. Výslech Ing. M. pak nebyl z hlediska zjištění skutkového stavu potřebný. Žalovaná vzala v úvahu, že zákazník obchodoval s akciemi a dluhopisy, to však z pohledu obchodování s deriváty nepovažovala za podstatné. V průběhu správního řízení nebylo nařízeno ústní jednání, jelikož stěžovatelka to nepožadovala. Pokud jde o provedení důkazu audionahrávkami, tato povinnost se dle judikatury Nejvyššího správního soudu (sp. zn. 5 As 197/2014) týká pouze kolegiálního orgánu. Z prvostupňového rozhodnutí je přitom patrné, že audiozáznamy byly správním orgánem vyslechnuty a vyhodnoceny. Stěžovatelka ostatně ani nerozporuje obsah záznamů, pouze namítá selektivní výběr, aniž by sama označila záznamy, které jsou se skutkovými závěry v rozporu.

[44] V závěru svého vyjádření žalovaná uvedla, že se v rozhodnutí zabývala všemi zákonnými kritérii významnými z hlediska volby druhu a výše uložené sankce. Dle jejího názoru není možné při stanovování výše sankce zohledňovat potenciální soukromoprávní nárok na náhradu škody vůči zákazníkovi, jemuž byla tato škoda protiprávním jednáním stěžovatelky způsobena.

[45] S ohledem na uvedená žalovaná navrhla, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl.

III.
Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[46] Nejvyšší správní soud nejdříve hodnotil formální náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že byla podána včas (§ 106 odst. 2 s. ř. s.), osobou oprávněnou (§ 102 věta první s. ř. s.), stěžovatelka je řádně zastoupena (§ 105 odst. 2 s. ř. s.) a kasační stížnost není jako celek nepřípustná (§ 102 věta druhá a § 104 s. ř. s. *a contrario*; uvedené nicméně neplatí pro všechny kasační námitky – viz odůvodnění níže).

[47] Při přezkoumání napadeného rozsudku postupoval zdejší soud podle § 109 odst. 4 s. ř. s., dle něhož je vázán důvody kasační stížnosti; to neplatí, bylo-li řízení před soudem zmatečné [§ 103 odst. 1 písm. c)], nebo bylo zatíženo vadou, která mohla mít za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé, anebo je-li napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné [§ 103 odst. 1 písm. d)], jakož i v případech, kdy je rozhodnutí správního orgánu nicotné.

[48] Na tomto místě je třeba připomenout, že jádro soudního přezkumu rozhodnutí správních orgánů se soustředí v řízení před krajským soudem. S tím souvisí i poměrně striktní pravidla o koncentraci řízení a možnosti vymezení žalobních bodů (tzn. též vymezení rámce soudního přezkumu) pouze ve lhůtě pro podání žaloby (viz § 71 odst. 2 s. ř. s.). V řízení před krajským soudem může být také prováděno dokazování (viz § 52 s. ř. s., resp. § 77 s. ř. s.).

[49] Řízení o kasační stížnosti jakožto mimořádném opravném prostředku proti pravomocnému rozhodnutí krajského soudu je naproti tomu řízením, v jehož průběhu je Nejvyšším správním soudem přezkoumávána správnost posouzení věci a postupu krajského soudu. Jelikož rámec soudního přezkumu byl předurčen již v řízení o žalobě, není v řízení o kasační stížnosti přípustné uplatňovat nové důvody či skutečnosti nastalé až po vydání napadeného rozhodnutí (viz § 104 odst. 4 s. ř. s. a § 109 odst. 5 s. ř. s.). To je též jedním z důvodů, proč Nejvyšší správní soud zpravidla neprovádí dokazování a rozhoduje bez jednání, pouze na základě obsahu příslušných spisů (viz § 109 odst. 2 s. ř. s.).

[50] S ohledem na shora uvedené je nutno předeslat, že ačkoliv byla stěžovatelka na charakter řízení o kasační stížnosti a nepřípustnost některých námitek zdejším soudem (a to zcela nad rámec jeho poučovací povinnosti) výslovně upozorněna v usnesení ze dne 2. 9. 2016, č. j. 3 Afs 168/2016 – 61, kterým byla stěžovatelce podle § 106 odst. 3 věty poslední s. ř. s. opakovaně prodloužena lhůta k doplnění kasační stížnosti, značná část jejích kasačních námitek představuje tzv. skutková a právní nova ve smyslu § 104 odst. 4 s. ř. s. a § 109 odst. 5 s. ř. s., tedy kategorii námitek a tvrzení, které nejsou v řízení o kasační stížnosti přípustné.

[51] Nejvyšší správní soud se při posouzení důvodnosti kasační stížnosti pro přehlednost přidržel stěžovatelkou vytyčené struktury, přičemž připomíná, že k opakovaně uplatněným námitkám se nebude vyjadřovat vícekrát (tzn., že pokud stěžovatelka uplatnila jednu a tutéž námitku například v části týkající se dokazování a rovněž v části související

s vadami řízení, bude tato námitka posouzena toliko jednou). V každé příslušné kategorii námitek soud rovněž vypočte námitky, které nejsou ze shora popsaných důvodů přípustné, a které tudíž nebudou předmětem jeho posuzování.

[52] Stejně tak je nutno připomenout, že řízení ve správním soudnictví je ovládáno dispoziční zásadou, což platí i o řízení o kasační stížnosti. S výjimkami uvedenými v § 109 odst. 4 části věty za středníkem s. ř. s., je tak Nejvyšší správní soud vázán důvody tvrzené nezákonnosti, uvedenými v kasační stížnosti (§ 109 odst. 4 část věty před středníkem s. ř. s.), a proto preciznost ve formulaci obsahu stížnostních bodů a jejich odůvodnění v kasační stížnosti do značné míry předurčuje obsah rozhodnutí kasačního soudu (srov. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 7. 2011, č. j. 1 As 67/2011 – 108, nebo ze dne 23. 6. 2005, č. j. 7 Afs 104/2004 – 54). Rozsudek krajského soudu je tak přezkoumáván v intencích žalobních námitek, se zřetelem k důvodům obsaženým v ustanovení § 103 odst. 1 s. ř. s. Je nutno opětovně zdůraznit, že kasační stížnost je opravným prostředkem proti pravomocnému rozhodnutí krajského soudu a důvody, které v ní lze s úspěchem uplatnit, se tedy musí upínat právě k tomuto rozhodnutí (viz usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 6. 2003, sp. zn. 6 Ads 3/2003). Jinými slovy, „[u]*vedení konkrétních stížních námitek (...) nelze nahradit zopakováním námitek uplatněných v odvolání nebo v žalobě, neboť odvolací a žalobní námitky směřovaly proti jiným rozhodnutím, než je rozhodnutí přezkoumávané Nejvyšším správním soudem*“ (viz rozsudek tohoto soudu ze dne 26. 10. 2007, č. j. 8 Afs 106/2006 – 58). S přihlédnutím ke shora popsaným zásadám, na nichž řízení o kasační stížnosti (resp. správní soudnictví jako takové) stojí, proto nutno konstatovat, že se zdejší soud nemohl zabývat námitkami stěžovatelky, které byly toliko převzaty ze žaloby, avšak nebyla u nich doplněna argumentace ve vztahu k jejich posouzení ze strany městského soudu (viz výše odst. [12] a str. 14 až 16 kasační stížnosti).

[53] Kasační stížnost není důvodná.

a) Nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku

[54] Dle obsahu uplatněných námitek shledává stěžovatelka nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku v nedostatku jeho důvodů. Na tomto místě proto soud považuje za vhodné připomenout, že tato forma nepřezkoumatelnosti musí být založena na nedostatku důvodů skutkových, nikoliv na dílčích nedostatcích odůvodnění. Musí se přitom jednat o vady skutkových zjištění, o něž soud opírá své rozhodovací důvody. Takovými vadami mohou být zejména případy, kdy soud opřel rozhodovací důvody o skutečnosti v řízení nezjišťované, případně zjištěné v rozporu se zákonem anebo případy, kdy není zřejmé, zda vůbec nějaké důkazy byly v řízení provedeny (viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003 – 75, a ze dne 18. 8. 2011, č. j. 9 As 40/2011 – 51).

[55] Zdejší soud se přitom již v minulosti opakovaně vyslovil také k určitým minimálním kvalitám, jež musí odůvodnění soudního rozhodnutí vykazovat. Například v rozsudku ze dne 28. 5. 2009, č. j. 9 Afs 70/2008 - 130, Nejvyšší správní soud vyslovil, že „[p]*řestože je třeba na povinnosti dostatečného odůvodnění rozhodnutí z hlediska ústavních principů důsledně trvat, nemůže být chápána zcela dogmaticky. Rozsah této povinnosti se totiž může měnit podle povahy rozhodnutí a musí být posuzován ve světle okolností každého*

jednotlivého případu. Zároveň tento závazek nemůže být chápán tak, že vyžaduje za všech okolností podrobnou odpověď na každý jednotlivý argument účastníka (...) *Podstatné podle názoru Nejvyššího správního soudu je, aby se soud ve svém rozhodnutí vypořádal se všemi základními námitkami účastníka řízení tak, aby žádná z nich nezůstala bez náležité odpovědi. Odpověď na základní námitky však v sobě může v některých případech konzumovat i odpověď na některé námitky dílčí a související.*" Obdobně se z rozsudku ze dne 25. 3. 2010, č. j. 5 Afs 25/2009 – 98, publ. pod č. 2070/2010 Sb. NSS, podává, že „[s]*oud, který se vypořádává s* (...) *argumentací, ji nemůže jen pro nesprávnost odmítnout, ale musí také uvést, v čem konkrétně její nesprávnost spočívá* (...). *Na druhou stranu podle ustálené judikatury nelze povinnost soudu řádně odůvodnit rozhodnutí chápat tak, že musí být na každý argument strany podrobně reagováno.*"

[56] Po přezkoumání napadeného rozsudku dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že není zatížen vadou nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů. Městský soud se jednotlivými žalobními body zabýval řádně a jeho odůvodnění je jasné, srozumitelné, poměrně podrobné a rozsáhlé. Vlastní hodnocení skutkového stavu, jakož i právní posouzení věci, je vyčerpávajícím způsobem popsáno na str. 10 – 22 napadeného rozsudku. Z odůvodnění rozsudku je též zřejmé, jaké úvahy vedly soud k závěru, že ke spáchání předmětných správních deliktů v projednávané věci došlo. Městskému soudu proto nelze vytýkat, nevypořádal-li se se všemi žalobními argumenty, které navíc byly uplatněny ve značném množství (např. s poukazem stěžovatelky na zákazníka ZN184, návod k položkám na účtu MF Global v českém jazyce či nezjištění role společnosti MF Global při poskytování pobídek, která ani nebyla podstatná – srov. odůvodnění níže). O přezkoumatelnosti napadeného rozsudku svědčí též skutečnost, že stěžovatelka v kasační stížnosti se závěry městského soudu věcně polemizuje (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 4. 2017, č. j. 3 As 95/2016 – 64).

[57] Stejně tak je nutno zdůraznit, že některými žalobními námitkami, o nichž stěžovatelka uvedla, že nebyly v řízení o žalobě vypořádány, se městský soud naopak řádně zabýval (např. porušení procesních práv v řízení o rozkladu, nenařízení ústního jednání, neúčast na jednání rozkladové komise a bankovní rady žalované či porušení práva na spravedlivý proces – srov. v této souvislosti str. 18 – 20 napadeného rozsudku).

[58] S ohledem na shora popsané skutečnosti lze uzavřít, že napadený rozsudek netrpí vadou nepřezkoumatelnosti. Nejvyšší správní soud proto přistoupil k věcnému hodnocení kasační stížnosti.

b) (Ne)naplnění skutkové podstaty churningu

[59] Nejvyšší správní soud se při posuzování podstaty věci – otázky, zda jednáním stěžovatelky došlo k churningu – ztotožnil s městským soudem. Vycházel proto z jeho odůvodnění, které však částečně korigoval.

[60] Podstatou tzv. churningu je nadměrné obchodování na účtu zákazníka obchodníka s cennými papíry, přičemž negativní následek pro zákazníka spočívá v placení vyšších provizí obchodníkovi s cennými papíry za uskutečnění obchodů na jeho účet; vyšší náklady spojené s obchodováním vedou k potřebě dosažení vyšších výnosů, aby

obchodování bylo pro zákazníka ziskové. Znaky, které takové protiprávní jednání definují, jsou kontrola obchodníka s cennými papíry nad zákazníkovým účtem, odpovědnost za správní delikt a nadměrnost obchodování.

[61] V odůvodnění obou napadených správních rozhodnutí je dostatečně určitě uvedeno, proč a z jakých zjištění žalovaná čerpala svůj skutkový závěr, že stěžovatelka se dopustila churningu (odkázat lze na stížnost zákazníka, smlouvu uzavřenou mezi těmito účastníky a hodnocení práv a povinností v této smlouvě dojednaných, obchodní podmínky a ceník brokera, formulář o údajích ke komunikaci a zadávání pokynů, určení typu služby poskytované stěžovatelkou, poučení o rizicích, webové stránky stěžovatelky, kartu zákazníka, výpis z účtu zákazníka vedeného u MF Global, záznamy telefonní komunikace a nahrávky pokynů zákazníka s pracovníky stěžovatelky, zejména s makléři B. a H., atd.).

[62] Znaky churningu přitom mohou být naplněny celým souhrnem kroků, které stěžovatelka provedla, a které ve svém následku vedou k nežádoucímu a v právním řádu České republiky nedovolenému následku. V této souvislosti je celkem pochopitelné, že příslušný obchodník nikdy nebude mít kontrolu nad účtem zákazníka v tom smyslu, že by tento účet přímo svým jednáním ovládal. Takový postup je v běžném světě nereálný – kontrola nad účtem může být i nepřímá a manifestována je jednáním zákazníka, jenž činí takové úkony, které ve svém následku vedou k nadměrnému obchodování, jehož cílem není nejlepší zájem příslušného zákazníka (tedy vytváření zisku z obchodování, což je smysl účasti zákazníka na kapitálovém trhu), ale jen a pouze míra obchodování, která sama o sobě generuje zisk nikoliv zákazníka, ale obchodníka s cennými papíry, přičemž tento zisk není výsledkem zájmu zákazníka (tedy ziskovostí jeho obchodů), ale výsledkem počtu obchodů a z toho plynoucích poplatků za provedené obchody.

[63] Je pochopitelně vždy rozhodnutím a vůlí jednotlivého zákazníka, jaké obchody a v jaké četnosti bude provádět (tedy jeho investiční strategie), což obchodníkovi nemůže být kladeno za vinu, a jaký případně zisk z takových obchodů na kapitálovém trhu získá. Zakázanou praktikou je však takové jednání obchodníka, který zákazníka přiměje k obchodům, přičemž jeho cílem není zájem zákazníka na vytváření zisku, ale pouze jeho zájem na získaných poplatcích z provedených obchodů. Zmiňovaná kontrola nad účtem je dostatečně rozvedena v odůvodnění napadeného rozhodnutí a jedná se o kontrolu nepřímou (faktickou), která v tomto případě byla zjišťována z pokynů k provedení obchodů zadaných zákazníkem, a to především z nahrávek komunikace mezi makléři a zákazníkem, a z aktivity makléřů stěžovatelky na provádění obchodů (nikoliv zákazníka). Prováděním takových obchodů však nemůže být pouhé generování zisku pro obchodníka – a to je právě zakázané jednání, za které byla stěžovatelka postižena.

[64] Podstatnou skutečností, která je při zjištění a posouzení churningu významná, je tak zejména výše provize (poplatků – je přitom celkem nerozhodné, jak je taková platba nazvána, musí se však jednat o platbu za provedený obchod), kterou obchodník inkasuje, čímž se pak dospěje k závěru, že obchodník účet zákazníka fakticky ovládal. Daná skutečnost (tedy přijetí těchto plateb obchodníkem za provedené obchody) je tak jednou z rozhodujících pro vymezení této zakázané praktiky (nutno dodat, že v řízení byla podrobně zjišťována a je konkrétně uvedena i ve výroku prvostupňového rozhodnutí).

[65] Nejvyšší správní soud se nicméně neztotožňuje s názorem městského soudu, že pro vymezení churningu není tak podstatné, jakou měl zákazník investiční strategii. Nadměrnost obchodování je nutno posuzovat vždy *ad hoc* ve vztahu ke konkrétnímu zákazníkovi. Pro určení, zda se o churning jedná či nikoliv, má proto profil zákazníka a jeho investiční strategie poměrně vysokou výpovědnou hodnotou. Četnost jednotlivých realizovaných obchodů bude zcela nepochybně jiná u konzervativního zákazníka než u zákazníka spekulativního. Nutné je nicméně zdůraznit, že zákazníkův investiční profil není předurčen toliko jeho cíli a očekávanými výnosy (což by odůvodňovalo přijetí závěru, že pro vyloučení churningu by v konkrétním případě postačovalo, že zákazník s frekvencí obchodů souhlasil bez ohledu na to, zda jim také porozuměl), nýbrž také jeho předcházejícími zkušenostmi, jež při obchodování na finančních trzích nabyl. Jinými slovy řečeno, zákazník musí zvolené strategii plně rozumět. Pouhé mechanické spoléhání na doporučení obchodníka s cennými papíry může být v kontextu dalších (zejména výše popsaných) okolností výraznou indikací churningu.

[66] S městským soudem však lze souhlasit potud, že další zjištění mohou toto protiprávní jednání dokreslit (např. obsah hovorů mezi zákazníkem a obchodníkem). V tomto směru podle názoru soudu si musí být příslušný obchodník vědom své případné odpovědnosti a v případě, kdy bude toto nadměrné obchodování, z něhož má zisk obchodník, zjištěno, věrohodně doložit, že tak jednal v zájmu zákazníka (např. záznamem hovorů se zákazníkem, kdy jej na rizika transakce upozorňuje, případně poukazuje na to, že transakcí – obchodů – je příliš, zákazník však na provedení těchto nadměrných obchodů trvá, samotnou aktivní činnost zákazníka a jeho konzultace o obchodech, o nichž se sám rozhodl).

[67] Ačkoliv lze připustit, že pro zcela nepochybný závěr o přítomnosti churningu by bylo zajisté vhodné hodnotit také smysl jednotlivých obchodů (ratio), Nejvyšší správní soud ve shodě s městským soudem uzavírá, že u natolik extrémního poměru mezi výší poplatků a investovanou částkou, jaký lze sledovat v projednávané věci (tzn. 52 % investovaných prostředků zákazníka) lze v kontextu shora popsaných okolností dovodit, že k churningu došlo. Nejvyšší správní soud současně dodává, že k tomuto závěru bylo možno dospět na základě podkladů obsažených ve správním spise a nebylo potřebné provádět stěžovatelkou navržené důkazy (zejména výslech zákazníka Ing. M.).

[68] Nad rámec uvedeného považuje rozhodující senát za vhodné doplnit, že dovolává-li se stěžovatelka provedení důkazu protokolem o výslechu zákazníka Ing. M. před Městským soudem v Praze v souvisejícím civilním řízení ze dne 15. 1. 2014, nutno poukázat na skutečnost, že zákazník v průběhu tohoto výslechu potvrdil, že předtím, než začala jeho spolupráce se stěžovatelkou, nikdy neobchodoval s finančními deriváty a ani nevěděl, co je finanční páka. Pokud jde o závěry znaleckého posudku, i sama stěžovatelka odkázala v kasační stížnosti na další znalecký posudek, který dospěl ke zcela opačnému závěru, než se stěžovatelka snaží prokázat, a sice, že v posuzovaném případě k churningu došlo. Soud tak nepovažuje tyto důkazní prostředky za způsobilé k prokázání stěžovatelčiných tvrzení.

c) Prekluze odpovědnosti za správní delikt

[69] Ačkoliv nebyla námitka zániku odpovědnosti za správní delikt z důvodu uplynutí prekluzivní lhůty uplatněna ve lhůtě pro podání žaloby, městský soud se jí správně zabýval. V této souvislosti lze odkázat na judikaturu Ústavního soudu (např. nálezy ze dne 5. 2. 2009, sp. zn. II. ÚS 1416/07, a ze dne 26. 2. 2009, sp. zn. I. ÚS 1169/07) nebo na judikaturu Nejvyššího správního soudu (srov. rozsudek ze dne 16. 4. 2010, č. j. 7 As 11/2010 – 134, nebo rozsudek ze dne 2. 4. 2009, č. j. 1 Afs 145/2008 - 135, publ. pod č. 1851/2009 Sb. NSS), podle níž jsou soudy ve správním soudnictví povinny přihlížet k prekluzi práva z úřední povinnosti, tj. bez ohledu na to, zda účastník řízení námitku prekluze řádně uplatnil či nikoli. Pokud by správní soudy nepřihlížely k prekluzi práva jenom proto, že nebyla účastníky řádně namítnuta, pak by se dostávaly do rozporu se svým hlavním posláním, kterým je ochrana veřejných subjektivních práv fyzických i právnických osob. Z tohoto důvodu se předmětnou námitkou zabýval také zdejší soud.

[70] V projednávané věci rozporuje stěžovatelka stanovení okamžiku, kdy se žalovaná o jejím protiprávním jednání dozvěděla. Od tohoto okamžiku pak běží jednoroční subjektivní prekluzivní lhůta pro uložení pokuty ve smyslu § 192 odst. 3 ZPKT. Městský soud za počátek běhu prekluzivní lhůty považoval den, kdy žalovaná obdržela podnět od zákazníka Ing. M., tj. 16. 11. 2010. Nejvyšší správní soud se s tímto názorem ztotožňuje.

[71] Při posouzení počátku běhu subjektivní prekluzivní lhůty pro uložení pokuty je třeba vyjít z nálezu Ústavního soudu ze dne 11. 7. 2007, sp. zn. II. ÚS 192/2005, v němž Ústavní soud zdůraznil, že subjektivní lhůta začíná běžet v okamžiku, kdy správní orgán provede *„úvodní posouzení“* vlastního či cizího podnětu k zahájení řízení, tzn. např. tehdy, kdy si základní skutečnosti obsažené v podnětu ověří a předběžně vyhodnotí. Podotkl, že předmětnou lhůtu zákonodárce do právního předpisu zakotvil jako prostředek ochrany účastníka správního řízení proti postupu orgánů veřejné moci. Proto je třeba vyvarovat se takové interpretace, která by nerespektovala smysl zákonné prekluzivní lhůty, jímž je přimět správní orgán k aktivní činnosti od okamžiku, kdy se dozví o skutkových okolnostech v takovém rozsahu, který umožní předběžné právní zhodnocení věci. Okamžikem počátku běhu subjektivní prekluzivní lhůty je tedy třeba rozumět již pouhou vědomost o skutkových okolnostech, která umožní předběžné právní zhodnocení, aniž by se jednalo o informaci zvláště kvalifikovanou.

[72] Ze správního spisu plyne, že vědomost o možném spáchání předmětných správních deliktů konkrétním protiprávním jednáním stěžovatelky získala žalovaná na základě podnětu, obdrženého dne 16. 11. 2010. Až z tohoto podnětu, k němuž byla připojena též smluvní dokumentace týkající se Ing. M., totiž žalovaná mohla předběžně vyhodnotit, že stěžovatelka porušila nejlepší zájem svého zákazníka, což je jedním ze znaků správních deliktů, kterých se dopustila. Stěžovatelka přitom nikterak nerozporuje, že žádný z podkladů předložených žalované v rámci kontroly v době od 29. 10. 2009 do 19. 7. 2010, neměl souvislost s Ing. M. Pro počátek plynutí prekluzivní lhůty k uložení pokuty tak realizovaná kontrola a poznatky získané na jejím základě nebyly rozhodující.

[73] Nad rámec uvedeného zdejší soud dodává, že nepovažuje za věrohodná tvrzení stěžovatelky ohledně předchozího informování žalované o možném spáchání správního deliktu stěžovatelkou ze strany zákazníka, resp. jeho právního zástupce. Dle rozhodujícího senátu jsou tato tvrzení do značné míry spekulativní a jejich věrohodnost je oslabena,

k čemuž přispívá i to, že byla stěžovatelkou uplatněna poprvé až v řízení o kasační stížnosti.

d) K vadám výroků napadených rozhodnutí (resp. nepřezkoumatelnost správních rozhodnutí)
a k některým dalším procesním vadám

[74] Nejvyšší správní soud shledal nepřípustnými následující námitky:

- nesprávný výpočet C/E ukazatele přepočteného na roční základ; stěžovatelka v žalobě namítala, že žalovaná při výpočtu C/E ukazatele nezohlednila celkovou (nominální) hodnotu portfolia zákazníka, ale jen jeho část (*margin*) bez jakékoliv reflexe hodnoty užití finanční páky (srov. str. 11 a 12 druhého doplnění žaloby); námitka v podobě, jak byla uplatněna v kasační stížnosti, tudíž nemá svůj „*předobraz*" v žalobě;
- neodůvodnění použití úpravy ve smyslu vyhlášky č. 237/2008 Sb.;
- konstatování objektivní odpovědnosti za zavinění, ačkoliv výrok I. prvostupňového rozhodnutí obsahuje slovní spojení, že stěžovatelka „*sledovala cíl*" spočívající v maximalizaci svého zisku; stěžovatelka v žalobě namítala pouze to, že z výrokové části prvostupňového rozhodnutí nevyplývá, jak by mohla zisk maximalizovat, když neprovedla žádný pokyn na účet zákazníka, o provedení žádného pokynu nerozhodovala a neměla přístup k investovaným prostředkům (viz str. 5 prvého doplnění žaloby); námitka tedy byla v žalobě uplatněna v odlišné podobě než v kasační stížnosti;
- nevymezení místa, na kterém mělo k protiprávnímu jednání dojít; v žalobě stěžovatelka poukazovala na vícero vad výroků správních rozhodnutí, absence místa protiprávního jednání však mezi nimi zahrnuta nebyla (viz str. 4 až 7 prvého doplnění žaloby);
- nerozhodnutí o třetím skutku vymezeném v oznámení o zahájení řízení;
- nesprávný odkaz na § 157 odst. 3 ve výroku II. prvostupňového rozhodnutí; stěžovatelka vytýkala rovněž několik vad výroků souvisejících s přijetím nepřípustné pobídky, předmětná námitka v této podobě nicméně nebyla v žalobě uplatněna (srov. str. 6 prvého doplnění žaloby);
- odkaz žalované na cizojazyčné rozhodnutí CESR;
- nevyžádání pracovních smluv od zaměstnanců stěžovatelky.

[75] O dalších námitkách uplatněných v této části uvážil Nejvyšší správní soud následovně (přičemž předznamenává, že se při jejich vypořádání fakticky ztotožnil se závěry městského soudu). Judikatura v minulosti dovodila (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 8. 2015, č. j. 6 As 159/2014 – 52), že je vadou řízení, pokud se jednání rozkladové komise účastní osoby, které se podílely na vydání prvostupňového rozhodnutí, nemá-li stejnou možnost i účastník řízení. Pokud však nelze mít důvodně za to, že by tato vada mohla mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, nejedná se o důvod pro zrušení rozhodnutí (viz též rozsudek zdejšího soudu ze dne

14. 10. 2005, č. j. 6 Ads 57/2004 – 59). V projednávaném případě rozhodovala o rozkladu bankovní rada jako kolektivní orgán. Návrh rozkladové komise, jakožto poradního orgánu, měl pouze doporučující charakter. Samotný návrh rozkladové komise přitom není podkladem rozhodnutí ve smyslu § 33 odst. 2 správního řádu, k němuž by se měl účastník vyjadřovat, a návrhem rozkladové komise není orgán, který o rozkladu rozhoduje, vázán. Rozhodné je posouzení věci jím samým, které se projeví v rozhodnutí o rozkladu (srov. rozsudek ze dne 21. 10. 2004, č. j. 2 A 11/2002 – 227, publ. pod č. 463/2005 Sb. NSS, rozsudek ze dne 31. 8. 2009, č. j. 8 Afs 74/2007 – 140, nebo rozsudek ze dne 27. 10. 2010, č. j. 8 As 22/2009 – 99).

[76] V souladu s § 154 správního řádu se na jednání rozkladové komise obdobně užije § 134 odst. 5 správního řádu, podle něhož má rozkladová komise povinnost stanovit podrobnosti o svém jednání v jednacím řádu a postupovat v souladu s ním [viz komentář ke správnímu řádu (Jemelka, Pondělíčková, Bohadlo, Správní řád. Komentář, C. H. Beck, Praha 2016)]. Vzhledem ke skutečnosti, že rozkladová komise není sama o sobě správní orgán, nemá nikdo nárok na účast na jejím jednání. Rozkladová komise tak nemusí stěžovatelce umožnit, aby se účastnila jejího jednání, ani uchovávat nahrávky z jednání, pokud to nemá stanoveno ve svém jednacím řádu. V projednávané věci žalovaná stěžovatelce sdělila přípisem ze dne 6. 11. 2012, že s žádostí účastníka řízení o účast na jednání rozkladové komise musí podle čl. 8 odst. 3 Jednacího řádu rozkladové komise souhlasit její předseda, který však žádosti stěžovatelky nevyhověl. Dále sdělila, že záznam z jednání rozkladové komise se podle čl. 11 odst. 8 Jednacího řádu rozkladové komise uchovává pouze do právní moci rozhodnutí o rozkladu.

[77] Stěžovatelce lze dát za pravdu, že „[s]*oučástí předávaného spisu musí být stanovisko správního orgánu, který rozhodnutí vydal, k podanému odvolání či podaným odvoláním* (resp. rozkladu – pozn. soudu) *a dalším důležitým skutečnostem. V předkládaném stanovisku by mělo být konstatováno, proč správní orgán považuje odvolání za včasné a přípustné, a důvody, proč nepostupoval podle § 87. Dále se vyjádří k námitkám obsaženým v odvolání a vyjádřením účastníků k podanému odvolání. Pokud správní orgán, který rozhodnutí vydal, doplnil řízení podle § 86 odst. 2 věty druhé, stručně popíše, jakým způsobem a z jakého důvodu tak učinil. V závěru stanoviska uvede návrh rozhodnutí odvolacího správního orgánu.*“ [viz komentář ke správnímu řádu (Jemelka, Pondělíčková, Bohadlo, Správní řád. Komentář, C. H. Beck, Praha 2016)]. Pokud tedy žalovaná stanovisko k podanému rozkladu vyhotovila, ale považovala jej toliko za „*součást interní komunikace*“, a do spisu jej proto nezaložila (jak uvádí ve vyjádření k žalobě ze dne 28. 12. 2012 či ve sdělení adresovaném stěžovatelce ze dne 6. 11. 2012), pak sice jde o vadu řízení, avšak bezpochyby nejde o takovou vadu řízení, která by mohla mít vliv na zákonnost rozhodnutí o rozkladu. Jak totiž dovodila judikatura Nejvyššího správního soudu (viz např. rozsudek ze dne 4. 11. 2015, č. j. 2 As 198/2015 – 20, rozsudek ze dne 14. 1. 2016, č. j. 9 As 244/2015 – 47 či rozsudek ze dne 29. 6. 2016, č. j. 2 As 84/2016 – 43), „[z] *uvedené úpravy neplyne žádné veřejné subjektivní právo účastníka řízení, do nějž by mu mohlo být zasaženo, nýbrž se jedná o úpravu pouhého procesního postupu tak, aby byl technicky zajištěn průběh řízení po podání odvolání.*“ Tato úprava tedy může mít význam ve vztahu k případné nečinnosti správních orgánů či k průtahům v řízení (které stěžovatelka nenamítala), nikoli však ve vztahu k obsahu rozhodnutí o rozkladu.

[78] Na řízení o odvolání (tzn. i o rozkladu) se v souladu s § 93 odst. 1 správního řádu užijí podpůrně ustanovení upravující průběh správního řízení v prvním stupni (tj. § 44 až § 79 správního řádu). Podle § 49 odst. 1 správního řádu nařídí správní orgán ústní jednání v případech, kdy to stanoví zákon, a dále pokud je to ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků nezbytné. Bankovní rada v rozhodnutí o rozkladu jasně konstatovala, že *„dospěla k závěru, že správní orgán prvního stupně shromáždil podklady v rozsahu, který je dostatečnou oporou pro rozhodnutí"*. V daném případě tak nebylo důvodné ústní jednání nařizovat. Stěžovatelce byla navíc v souladu s její žádostí poskytnuta dodatečná lhůta k doplnění rozkladu a bylo jí umožněno nahlédnout do spisu, což také učinila. Součástí protokolu o nahlížení do spisu ze dne 18. 11. 2012, s nímž se stěžovatelka seznámila, a který podepsala, bylo poučení, že má právo v řízení vyjádřit své stanovisko, navrhovat důkazy a činit jiné návrhy až do vydání rozhodnutí. Tohoto práva však stěžovatelka nevyužila a dne 10. 10. 2012 tak bylo vydáno rozhodnutí o rozkladu. Dle názoru Nejvyššího správního soudu tak bylo stěžovatelčino právo na spravedlivý proces zachováno.

[79] Nejvyšší správní soud neshledal důvodnou ani námitku stěžovatelky, že výrok I. o prvním deliktu a odůvodnění prvostupňového rozhodnutí jsou nesrozumitelné a obtížně uchopitelné. Z předmětného výroku je naprosto jasně srozumitelné, že stěžovatelka poskytovala investiční poradenství zákazníkovi Ing. M. takovým způsobem, že jí jmenovaný zákazník uhradil provize v celkové výši 52 % investovaných prostředků, čímž sledovala cíl spočívající v maximalizaci svého příjmu z poplatků za realizaci obchodů. Tento výrok pak dostatečně koresponduje s odůvodněním, ze kterého je bez potíží seznatelné, že právě jednáním uvedeným v předmětném výroku se stěžovatelka dopustila nadměrného obchodování (churningu). Nejvyšší správní soud se ztotožňuje s žalovaným, že nadměrné obchodování není dogmaticky spojeno s konkrétně vymezenými investičními službami, ale je nežádoucí praktikou, která může mít mnoho podob. V projednávaném případě měla tato praktika podobu jednání, které bylo vymezeno v uvedeném výroku, a podrobně popsáno v odůvodnění rozhodnutí.

[80] Pokud pak stěžovatelka namítá, že z napadených rozhodnutí není zřejmé, zdali jednala též nekvalifikovaně, nečestně či nespravedlivě, zdejší soud k tomu uvádí následující. Ustanovení § 15 odst. 1 ZPKT postuluje tzv. malou generální klauzuli. Zjištění, že určité jednání vykazuje znaky nečestného, nekvalifikovaného, nespravedlivého chování nebo chování, které není v zájmu zákazníků, je pak samo o sobě dostatečné k tomu, aby byl delikvent postižen. Pravidla jednání se zákazníky tedy obsahují čtyři základní kritéria, která musí být splněna kumulativně. Uvedené pojmy přitom patří do kategorie pojmů mimoprávních a představují měřítko etického hodnocení konkrétních situací. Nelze je definovat vyčerpávajícím způsobem a jejich specifikace je proto ponechána na uvážení České národní banky, respektive soudu. Rozpor jednání obchodníka s cennými papíry s povinností mu uloženou v § 15 odst. 1 ZPKT je proto nutno posuzovat individuálně s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem [viz komentář k ZPKT (Husták a kol., Zákon o podnikání na kapitálovém trhu. Komentář, C. H. Beck, Praha 2012)]. Stěžovatelka sama uvedla, že *„rozumí tomu, že dle Odpůrce nejednala v nejlepším zájmu zákazníka"*. Vzhledem ke skutečnosti, že výše uvedená kritéria je nutno naplnit kumulativně a že stěžovatelka nesporně minimálně jedno z nich nenaplnila, není nikterak podstatné, zda nadto nenaplnila i některé další. Žalovaná prokázala, že stěžovatelka jednala v rozporu se zájmy jmenovaného zákazníka a toto jednání konkrétně specifikovala, což je naprosto dostačující

k jejímu postihu. I tuto námitku stěžovatelky tak Nejvyšší správní soud neshledal důvodnou.

e) Neoprávněná pobídka

[81] Podle § 15 odst. 1 ZPKT, v rozhodném znění, „[o]*bchodník s cennými papíry jedná kvalifikovaně, čestně a spravedlivě a v nejlepším zájmu zákazníků, zejména plní povinnosti stanovené v tomto oddílu.*“

[82] Podle § 15 odst. 3 téhož zákona „[o]*bchodník s cennými papíry nesmí při poskytování investičních služeb přijmout, nabídnout nebo poskytnout poplatek, odměnu nebo nepeněžitou výhodu (dále jen 'pobídka'), která může vést k porušení povinnosti stanovené v odstavci 1.*“

[83] Podle § 15 odst. 5 téhož zákona „[p]*rováděcí právní předpis stanoví požadavky na kvalitativní charakter přípustných pobídek.*“

[84] Ustanovení § 44 vyhlášky č. 237/2008 Sb. pak stanoví, že:

„*(1) Pobídky jsou v mezích § 15 odst. 1 a 3 zákona přípustné, pokud*

a) jsou hrazeny zákazníkem, za zákazníka nebo jsou vypláceny zákazníkovi,

b) jsou hrazeny třetí straně či pro třetí stranu nebo poskytovány třetí stranou či za třetí stranu a

1. zákazník byl před poskytnutím hlavní nebo doplňkové investiční služby jasně, srozumitelně a úplně informován o existenci a povaze pobídky a výši nebo hodnotě pobídky nebo způsobu jejich výpočtu, pokud je nelze zjistit předem,

2. pobídka přispívá ke zlepšení kvality poskytované služby a

3. pobídka není v rozporu s povinností obchodníka s cennými papíry jednat v nejlepším zájmu zákazníka.

(2) Přípustné jsou pobídky, které umožní nebo jsou nezbytné pro poskytování investičních služeb a jejichž poskytnutí není v rozporu s odbornou péčí obchodníka s cennými papíry.

(3) Obchodník s cennými papíry může údaje podle odstavce 1 písm. b) poskytnout v podobě souhrnného popisu hlavních podmínek pobídky, na žádost zákazníka však vždy sdělí též podrobnosti.“

[85] Nejvyšší správní soud se při posouzení předmětného stížnostního bodu ztotožnil s žalovanou. K aplikaci rozhodné úpravy je nutno poznamenat, že použití vyhlášky č. 303/2010 Sb. nebylo v posuzovaném případě namístě, neboť, jak uvedla i stěžovatelka, zmíněná vyhláška upravuje problematiku přípustných pobídek totožným způsobem jako vyhláška č. 237/2008 Sb. Zdejší soud tudíž nevidí důvod k tomu, aby bylo prolomeno základní pravidlo vyjádřené již na úrovni ústavního práva v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, dle něhož platí, že trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Jak stanoví druhá věta citovaného ustanovení, pozdějšího zákona se použije pouze v případě, je-li to pro pachatele příznivější (což v projednávané věci není dáno a této skutečnosti se ostatně nedovolává ani samotná stěžovatelka).

[86] Na pobídku přijatou stěžovatelkou od společnosti MF Global přitom nelze nahlížet jako na pobídku přijatou od zákazníka ve smyslu § 15 odst. 1 písm. a) vyhlášky č. 237/2008 Sb., nýbrž jako na pobídku hrazenou třetí stranou ve smyslu písm. b) citovaného ustanovení. Jednou z podmínek přípustnosti takové pobídky je předcházející informování zákazníka o výši nebo hodnotě pobídky. Splnění této podmínky nicméně stěžovatelka v řízení neprokázala. Žalované lze navíc přisvědčit i v tom, že dokazování smluvní dokumentací mezi zákazníkem Ing. M. a společností MF Global by bylo nadbytečné, neboť informační povinnost se dotýká samotné stěžovatelky, a navržené důkazy tudíž nejsou způsobilé prokázat, že by si stěžovatelka tuto povinnost sama splnila.

[87] Závěrem této částí se jeví vhodné dodat, že argumentace související s nutností aplikace § 15 odst. 3 vyhlášky č. 237/2008 Sb. nebyla stěžovatelkou uplatněna již v řízení o žalobě, a kasační soud se jí proto pro její nepřípustnost nebude zabývat.

f) K dokazování

[88] Nejvyšší správní soud neshledal důvodnou ani námitku spočívající v porušení zásady zákazu sebeobviňování. Předně je nutno poznamenat, že stěžovatelčin odkaz na rozhodnutí ESLP ze dne 11. 7. 2006 ve věci Jalloh v. Německo, 54810/00, nelze považovat za případný. ESLP v odkazované věci sice dovodil, že došlo k porušení zákazu sebeobviňování, avšak učinil tak v návaznosti na konkrétní skutkové okolnosti, když bylo zjištěno, že k získání důkazů od obviněného došlo za použití násilí takové intenzity, které hraničilo s mučením. ESLP přitom dlouhodobě judikuje, že právo nepřispívat k vlastnímu obvinění se v první řadě týká respektování vůle obviněného mlčet a nezahrnuje použití těch věcí, které je možné od obviněného získat prostřednictvím donucení, ale které existují nezávisle na jeho vůli, jako jsou kromě jiného dokumenty získané na základě příkazu, vzorky dechu, krve atd. (viz např. rozhodnutí ESLP ze dne 17. 12. 1996 ve věci Saunders proti Spojenému království, 19187/91). Jak bylo ostatně zdůrazněno i ve věci Jalloh proti Německu, při posuzování otázky, zda došlo k porušení zásady zákazu sebeobviňování, je potřeba vzít v potaz zejména povahu a stupeň donucení, existenci vhodných procesních záruk a použití takto získaných důkazů.

[89] S ohledem na uvedené zdejší soud konstatuje, že judikatura ESLP nikterak nepopírá závěry vyjádřené v rozsudku Soudního dvora Evropské unie ze dne 18. 10 1989 (Orkem v. Komise, 374/87), a rozsudku Tribunálu ze dne 20. 2. 2001 (Mannesmannröhren-Werke AG v. Komise, T-112/98), že orgán dohledu je i pod hrozbou sankce oprávněn zavázat účastníka řízení k tomu, aby poskytl veškeré potřebné informace vztahující se ke skutkovému stavu, které jsou mu známy, a aby mu předal případně příslušné dokumenty, jež má k dispozici, a to i tehdy, když mohou sloužit k prokázání protiprávního jednání vůči němu samotnému nebo vůči jinému subjektu. Přiznání absolutního práva nevypovídat by totiž zašlo za hranice toho, co je nezbytné pro zachování práva na obhajobu, a představovalo by neodůvodněnou překážku výkonu dohledové pravomoci. Ve vztahu k sebeobviňování formuloval Tribunál důležitý závěr: *„Povinnost odpovědět na čistě skutkové otázky položené Komisí a vyhovět jejím žádostem o předložení již předtím existujících dokumentů nemůže vést k porušení zásady dodržování práva na obhajobu nebo práva na spravedlivý proces. Nic totiž nebrání adresátovi v tom, aby v dalším průběhu správního řízení*

nebo během řízení před soudem Společenství prokázal, vykonávaje tak své právo na obhajobu, že skutkové okolnosti vylíčené v jeho odpovědích nebo předané dokumenty mají jiný význam, nežli jaký jim přikládá Komise.“

[90] Lze proto uzavřít, že pouhým vyžádáním skutkových vyjádření a již existujících listin a záznamů nebyla v nyní posuzovaném případě stěžovatelka nucena k sebeobvinění a její právo na spravedlivý proces zůstalo zachováno. Zásadní je v této souvislosti skutečnost, že stěžovatelka byla vyzývána k vydání záznamů souvisejících s jejími zákonnými povinnostmi, které jsou předmětem dohledu žalované. Z povahy věci vyplývá, že nelze omezit právo dohledu žalované způsobem, který by tento dohled fakticky znemožnil. Jedině na základě úplných podkladů souvisejících s činností kontrolovaného subjektu může žalovaná dospět k závěru, zda došlo ke spáchání správního deliktu, či nikoliv. Zásada zákazu sebeobviňování je tak v posuzovaném případě omezena specifickým charakterem dohledu České národní banky nad kapitálovým trhem a rovněž povinnostmi subjektů podléhajících jejímu dohledu.

[91] Pokud jde o další stěžovatelkou navrhované důkazy k dokreslení investičního profilu zákazníka M., zdejší soud podotýká, že závěr o neporozumění jednotlivým obchodům z jeho strany je zcela patrný již z přepisu zvukových nahrávek telefonických hovorů. Tato okolnost musela být přitom zjevná i samotné stěžovatelce (resp. jejím pracovníkům, jimž Ing. M. předával pokyny, které předtím obdržel od jiných pracovníků stěžovatelky). Nejvyšší správní soud musí současně zdůraznit, že stěžovatelka na jedné straně namítá zejména nepřípustnost použití zvukových nahrávek, na straně druhé však skutečnosti z nich zjištěné nijak nerozporuje (toliko uvádí, že tyto skutečnosti jsou vytrženy z kontextu, avšak nikterak nepoukazuje na dle jejího názoru relevantní pasáže nahrávek, které by měly závěry správních orgánů jakkoliv zpochybnit).

g) Pokuta

[92] Nejvyšší správní soud nepřisvědčil ani námitkám souvisejícím se zákonností, resp. přiměřeností uložené pokuty. Předně je třeba poznamenat, že případná náhrada škody, k jejímuž zaplacení může být stěžovatelka zavázána soudem v civilním řízení vedeném mezi ní a zákazníkem Ing. M., není okolností, která by při úvahách o výši pokuty v řízení o správním deliktu (resp. v navazujícím řízení soudním) měla být zohledněna.

[93] V této souvislosti lze poukázat na jednu ze základních zásad právního řádu České republiky, vyjádřenou i v § 1 odst. 1 větě druhé zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, dle které platí, že uplatňování soukromého práva je nezávislé na uplatňování práva veřejného (rozhodující senát si je vědom skutečnosti, že občanský zákoník nebyl v době rozhodování správních orgánů účinný, nutno však dodat, že zásada duality soukromého a veřejného práva je součástí našeho právního řádu od nepaměti). Zatímco v soukromoprávní oblasti vzniká jednotlivci oprávnění z jeho vlastní vůle, veřejné právo zakládá jednotlivci nárok (resp. ukládá povinnost) aktem veřejné moci. Protože jednotlivec vstupuje do soukromého právního poměru ze své vůle a ve svém zájmu, je pro soukromé právo typická zásada vzájemnosti ekvivalentních plnění – soukromník se zavazuje k povinnosti, aby za to něco pro sebe získal, a nabývá-li ze své vůle oprávnění, zavazuje se

pravidelně druhé straně k protiplnění. Naproti tomu v právu veřejném vznikají nároky a povinnosti bez zřetele na zásadu reciprocity.

[94] Rovněž pojetí sankcí se v soukromém a veřejném právu liší. Sankce vzniká v soukromém právu již deliktem. Hlavním účelem sankce v soukromém právu je odčinit újmu způsobenou jednotlivci a plně mu nahradit, co mu bylo v jeho soukromé sféře způsobeno; sankce soukromého práva řeší konflikt mezi jednotlivci. Naproti tomu ve veřejném právu vzniká sankce až právní mocí rozhodnutí orgánu veřejné moci a jejím účelem není řešit vzájemný konflikt osob, nýbrž konflikt mezi jednotlivcem a veřejnou mocí, která hájí a chrání veřejný zájem. Účelem veřejnoprávní sankce, ať již správní nebo trestní, je potrestat viníka, přičemž relace mezi deliktem a veřejnoprávní sankcí sleduje něco jiného, než je tomu u sankce soukromoprávní [viz komentář k § 1 občanského zákoníku in: ŠVESTKA, J. DVOŘÁK, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I. (§ 1 – 645, obecná část).* Wolters Kluwer: Praha, 2014].

[95] Stejně tak je nutno poukázat i na rozhodování trestních soudů, které odsuzují-li obžalovaného pro trestný čin, jímž byla způsobena jiné osobě určitá újma, v rozsudku rovněž uloží obžalovanému povinnost tuto újmu nahradit, popřípadě poškozeného odkážou na řízení ve věcech občanskoprávních nebo na řízení před jiným příslušným orgánem [srov. § 228 a násl. zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád)].

[96] Ze shora uvedeného plyne, že uložení sankce spočívající v náhradě škody vedle sankce veřejnoprávní, jejímž účelem je zejména potrestání delikventa, v žádném případě není vyloučeno. Jedná se naopak o zcela běžný a zákonný postup, který však není důvodem pro snížení výše uložené pokuty s přihlédnutím k hrozící sankci v civilním řízení. Jedinou výjimkou by snad mohl být případ, pokud by již v době rozhodování o výši trestu existovalo pravomocné rozhodnutí o povinnosti nahradit zákazníkovi škodu, přičemž k tomuto závazku by bylo nutno přihlédnout v rámci úvah o majetkových poměrech účastníka řízení za účelem, zda by pokuta v uložené výši nebyla pro něj likvidační.

[97] Nejvyšší správní soud neshledal důvodnou ani námitku, že městský soud měl zohlednit pokutu uloženou ve druhém správním řízení, jejíž výše byla o polovinu nižší, než v posuzovaném případě. Již z výroku (iii) výrokové části A. prvostupňového rozhodnutí žalované v odkazované věci plyne, že zákazník uhradil za provedené obchody provize v celkové výši cca 1,5 mil. Kč. Škodlivý následek byl tedy výrazně nižší, než v projednávané věci (4,7 mil. Kč). Zdejší soud proto nepovažuje odkaz stěžovatelky na zmíněné rozhodnutí případným.

h) Faktická kontrola nad účtem zákazníka

[98] Nejvyšší správní soud již v předcházející části tohoto rozsudku ve shodě s městským soudem dovodil, že stěžovatelka nad účtem zákazníka faktickou kontrolu vykonávala a současně popsal, jaké úvahy jej k tomuto závěru vedly. Pro stručnost proto odkazuje na část „*b) (Ne)naplnění skutkové podstaty churningu*“.

i) Nullum crimen sine lege

[99] Nejvyšší správní soud nejprve podotýká, že stěžovatelka uplatnila předmětnou námitku na str. 10 doplnění žaloby ze dne 13. 12. 2012; nelze tudíž přisvědčit žalované, že není přípustná. Na straně druhé však zdejší soud souhlasí s žalovanou potud, že předmětná námitka rovněž není důvodná.

[100] Jak již Nejvyšší správní soud soud judikoval ve svém rozsudku ze dne 23. 9. 20004, č. j. 6 A 173/2002 – 33, „[m]*á-li Nejvyšší správní soud dodržet zásadu nullum crimen, nulla poena sine lege, pak jedním ze základních požadavků (...) je požadavek určitého, jasného a přesného vyjádření skutkové podstaty správního deliktu, za který byla původnímu žalobci udělena sankce. Lze-li správní delikt kvalifikovat jako protiprávní jednání, jehož znaky jsou stanoveny zákonem a za něž ukládá správní orgán trest stanovený příslušnou normou správního práva, pak je zapotřebí, aby veškeré podmínky, jež jsou pro adresáta takové normy - tedy delikventa - závazné a jejichž porušení je postihováno, byly obsaženy v právní normě, jež je součástí zákona, případně dílem i v právní normě, jež je součástí obecně závazného podzákonného předpisu, nepřekračuje-li meze, které takovému obecně závaznému podzákonnému předpisu zákon výslovně stanovil.*“ Stěžovatelka byla postižena za správní delikt, jehož skutková podstata byla vymezena v § 157 odst. 2 písm. b) ZPKT. Povinnosti, jež stěžovatelka porušila, pak byly jasně stanoveny v příslušných ustanoveních citovaného zákona a nadto upřesněny vyhláškou č. 237/2008 Sb. Skutečnost, že k obchodování s deriváty doposud nebyla vydána žádná metodika, na tom ničeho nemění, neboť jak správně uvedla žalovaná, její metodiky nejsou právními předpisy a nestanovují autoritativně nové skutkové podstaty správních deliktů.

j) K některým dalším procesním vadám

[101] Nejvyšší správní soud neshledal důvodnou ani námitku stěžovatelky, že městský soud nepostupoval nestranně a objektivně. V rozsudku ze dne 25. 2. 2016 č. j. 2 As 283/2015 - 56 Nejvyšší správní soud vyslovil, že „[u] *včas uplatněných a projednatelných námitek nemusí soud volit cestu vypořádávat se s každou dílčí žalobní námitkou, pokud proti žalobě postaví právní názor, v jehož konkurenci žalobní námitky jako celek neobstojí; případně svůj názor podpoří i odkazem na odůvodnění správního orgánu.*“ Krajský soud rovněž může pro stručnost odkázat na část odůvodnění správního orgánu, s nímž se ztotožní. „*Není porušením práva na spravedlivý proces, jestliže obecné soudy nebudují vlastní závěry na podrobné oponentuře (a vyvracení) jednotlivě vznesených námitek, pakliže proti nim staví vlastní ucelený argumentační systém, který logicky a v právu rozumně vyloží tak, že podpora správnosti jejich závěrů je sama o sobě dostatečná*“ [srov. nález Ústavního soudu ze dne 12. 2. 2009, sp. zn. III. ÚS 989/08, či rozsudky NSS ze dne 12. 3. 2015, č. j. 9 As 221/2014 – 43, ze dne 29. 3. 2013, č. j. 8 Afs 41/2012 - 50, ze dne 6. 6. 2013, č. j. 1 Afs 44/2013 - 30, ze dne 3. 7. 2013, č. j. 1 As 17/2013 – 50, nebo ze dne 25. 2. 2015, č. j. 6 As 153/2014 - 108].

[102] Námitkou stěžovatelky, že se městský soud nevyjádřil k některým jejím argumentům, se Nejvyšší správní soud zabýval již v předcházející části tohoto rozsudku, stejně jako námitkou nezákonnosti a neprovedení některých důkazů. Pro stručnost proto zdejší soud odkazuje na část „*f) K dokazování*“ a na část „*a) Nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku*“ tohoto rozhodnutí.

[103] K námitce nepoužitelnosti audionahrávek v řízení zdejší soud obecně konstatuje, že správní orgán I. stupně pochybil, prováděl-li ve věci dokazování audionahrávkami mimo ústní jednání, aniž by o tom stěžovatelku předem vyrozuměl a aniž by o tom pořídil protokol. Přehrání audionahrávky je totiž specifickým případem ohledání ve smyslu § 54 správního řádu, neboť ohledáním je třeba rozumět každý postup, jímž se správní orgán vlastním empirickým nazíráním přesvědčuje o předmětu řízení (viz usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 4. 2012, č. j. 7 As 57/2010 – 82). Správní orgán přitom dokazování audionahrávkami nepochybně prováděl, neboť z nich vycházel ve svém rozhodnutí. Provádění dokazování mimo ústní jednání je sice ve správním řízení možné, avšak účastník o něm má být (zásadně) předem vyrozuměn (§ 51 odst. 2 správního řádu) a musí o něm být – jde-li o výslech svědka či znalce či provedení důkazů listinou a ohledání – pořízen protokol (§ 18 odst. 1 správního řádu).

[104] Ve správním soudnictví je však vždy nutno posoudit, zda zjištěná procesní vada mohla mít vliv na zákonnost výsledného rozhodnutí (srov. např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 6. 2003, č. j. 6 A 12/2001 - 51, publ. pod č. 23/2003 Sb. NSS, ze dne 18. 3. 2004, č. j. 6 A 51/2001 - 30, publ. pod č. 494/2005 Sb. NSS). V projednávaném případě Nejvyšší správní soud takový vliv neshledal. Stěžovatelka měla totiž možnost se s veškerými důkazními prostředky shromážděnými ve spise seznámit a vyjádřit se k nim na základě usnesení ze dne 20. 4. 2012, č. j. 2012/3703/570, což také učinila. Audionahrávky navíc správnímu orgánu zaslala sama stěžovatelka a s jejich obsahem tak musela být obeznámena. Lhůta k vyjádření se k podkladům rozhodnutí jí nadto byla žalovanou prodloužena, přičemž k audionahrávkám ani způsobu jejich provedení neměla stěžovatelka žádné výhrady (resp. se k nim vůbec nevyjádřila). Domnívala-li se stěžovatelka, že žalovaná pochybila, nic jí nebránilo tato skutková zjištění rozporovat v řízení o rozkladu, což však také neučinila. Této stížností námitce tak Nejvyšší správní soud také nepřisvědčil.

[105] Pokud jde o namítanou snahu bagatelizace audionahrávek městským soudem, Nejvyšší správní soud takovou snahu ze soudního spisu ani z rozhodnutí městského soudu neseznal, přičemž stěžovatelka neupřesnila, v čem měla tato snaha spočívat. Městský soud naopak v odůvodnění svého rozsudku odkazoval na způsob zjištění skutkového stavu, který shledal logickým, a jehož součástí byly i předmětné audionahrávky (zejména pokud jde o prokázání faktické kontroly stěžovatelky nad účtem zákazníka Ing. M.). Navíc zdejšímu soudu není zřejmé, jak by tato námitka mohla být stěžovatelce ku prospěchu, když na druhou stranu namítá, že audionahrávky nelze v řízení použít.

[106] Nedůvodnou shledal zdejší soud i námitku stěžovatelky, že si městský soud plně neuvědomoval ekonomickou stránku věci, když poukazoval na hodnoty uvedené ve stanovisku Komise pro cenné papíry č. 1/2006. Sama stěžovatelka totiž na toto stanovisko opakovaně odkazovala, a to i v žalobě podané k městskému soudu. Stejně tak Nejvyšší správní soud nepřisvědčil ani námitce rozporné argumentace městského soudu. Ke stanovisku Komise pro cenné papíry č. 1/2006 totiž městský soud konkrétně uvedl, že se z něj dá vycházet, nicméně není možné jej vykládat jako *„stanovení zákonné povinnosti, resp. jako závazné v tom smyslu, že žalovaný musí prokázat jeho skutkové naplnění v každém konkrétním případě (jak je používá žalobce ve své argumentaci), neboť stále je nutné mít na*

paměti zákonem vymezenou povinnost v příslušném ustanovení.“ S touto argumentací se zdejší soud ztotožňuje a shledává ji případnou a logickou.

[107] Závěrem Nejvyšší správní soud neshledal důvodnou ani námitku stěžovatelky, že městský soud nepřesvědčivě přezkoumal právní stránku věci. Důvodem k tomuto tvrzení totiž nemůže být pouze skutečnost, že městský soud v odůvodnění svého rozhodnutí několikrát odkázal na zákon č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování namísto ZPKT, neboť z napadeného rozsudku je naprosto zřejmé, že se jedná o chybu v psaní, která nemůže založit nezákonnost rozhodnutí. (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2007, č. j. 4 As 6/2007 – 44).

IV.
Závěr a rozhodnutí o nákladech řízení

[108] Nejvyšší správní soud tak uzavírá, že napadený rozsudek Městského soudu v Praze je zákonný. Kasační stížnost proto v souladu s § 110 odst. 1 větou poslední s. ř. s. jako nedůvodnou zamítl.

[109] Stěžovatelka neměla ve věci úspěch, nemá proto právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti (§ 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s.). Žalovaná měla ve věci úspěch, nevznikly jí však náklady přesahující rámec její běžné úřední činnosti. Nejvyšší správní soud jí proto náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznal (§ 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s.).

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné (§ 53 odst. 3 s. ř. s.).

V Brně dne 10. dubna 2018

JUDr. Jaroslav Vlašín
předseda senátu