

Súd:	Najvyšší súd SR
Spisová značka:	8SŽ/33/2011
Identifikačné číslo spisu:	9011010210
Dátum vydania rozhodnutia:	30.01.2013
Meno a priezvisko:	JUDr. Jaroslava Fúrová
Funkcia:	sudca
ECLI:	ECLI:SK:NSSR:2013:9011010210.1

UZNESENIE

Najvyšší súd Slovenskej republiky v senáte zloženom z predsedníčky senátu JUDr. Jaroslavy Fúrovej a členov senátu JUDr. Evy Babiakovej, CSc. a Mgr. Petra Melichera, v právnej veci žalobkyne: CMS Capital Market Services, a.s., Pribinova 25, Bratislava, IČO: 43 780 903, zastúpenej HKP Legal, s.r.o., Sasinkova 6, Bratislava, IČO: 36 727 334, v mene ktorej koná JUDr. Rudolf Priečinský, advokát, proti žalovanej: Národná banka Slovenska, Imricha Karvaša 1, Bratislava, o preskúmanie zákonnosti rozhodnutia žalovanej č. GUV - 1014/2011 zo dňa 3. augusta 2011, takto

rozhodol:

Najvyšší súd Slovenskej republiky rozhodnutie žalovanej zo dňa 3. augusta 2011, č. GUV - 1014/2011, z r u š u j e podľa § 250j ods. 2 písm. a/ O. s. p. a vec jej v r a c i a na ďalšie konanie.

Žalovaná j e p o v i n n á zaplatiť žalobkyni náhradu trov konania vo výške 707,50 €, na účet právneho zástupcu žalobkyne vedený v M., E., č. ú. XXXXXXXXXXX/XXXX, do troch dní od právoplatnosti tohto rozsudku.

Odôvodnenie

Žalobou zo dňa 10. októbra 2011 doručenou Najvyššiemu súdu Slovenskej republiky dňa 11. októbra 2011 sa žalobkyňa domáhala zrušenia rozhodnutia žalovanej č. GUV - 1014/2011 zo dňa 3. augusta 2011 ako aj rozhodnutia prvostupňového orgánu č. OPK - 16762-7/2009 zo dňa 31. marca 2011, vrátenia veci žalovanej na ďalšie konanie a náhrady trov konania.

Uviedla, že žalovaná sa v rozhodnutí č. GUV - 1014/2011 nevysporiadala so všetkými námietkami uvedenými v rozklade proti rozhodnutiu NBS č. OPK-16762-7/2009 a tento postup možno jednoznačne považovať za porušenie jej práv.

Žalovaná sa nevysporiadala s námietkou uvedenou v rozklade, že NBS v prvostupňovom konaní ani jedenkrát nepreukázala a nedokázala vyvrátiť skutkové tvrdenie, že obchodnou stratégiou krátkodobých obchodov dosiahli klienti žalobkyne preukázateľne lepší obchodný výsledok ako profesionálne obchodované podielové fondy slovenských správcovských spoločností, čím dospela k nesprávnemu záveru. Žalobkyňa v rozklade uviedla, že v konaní preukázala, že aktívne obchodovanie bolo za účelom dosiahnutia vyššieho zisku, resp. menšej straty ako porovnateľná investícia, na čo NBS vo svojom rozhodnutí neprihliadla a označila tvrdenie za účelové. Orgán konajúci o rozklade sa k týmto tvrdeniam

kvalifikovane nevyjadril a neposúdil ich.

Podľa názoru žalobkyne sa žalovaná rovnako nevysporiadala s jej námietkou uvedenou v rozklade, že rozhodnutie NBS bolo vydané na základe nedostatočne zisteného skutkového stavu, ktorý nemá oporu vo vykonanom dokazovaní resp. na základe výhradného hodnotenia skutočností zistených dôkaznými prostriedkami NBS, pričom všetky návrhy a dôkazy produkované žalobkyňou boli zamietnuté a ich zamietnutie nebolo dostatočne odôvodnené, resp. nebolo uvedené, prečo sú vyvrátiteľné. Žalovaná sa tiež nezaoberala námietkou, že viaceré tvrdenia a predkladané dôkazy boli bez ďalšieho vyhodnotenie ako účelové, dokonca takto uplatňované právo bolo bez uvedenia dôvodov kvalifikované ako pokus o prietahy v konaní, pričom v tejto súvislosti žalobkyňa poukázala na časť odôvodnenia napadnutého rozhodnutia (s. 19).

Žalovaná sa tiež nezaoberala námietkou, že viaceré skutkové tvrdenia NBS uvádzané v rozhodnutí nemajú oporu vo vykonanom dokazovaní, resp. správny orgán neuviedol, na základe čoho dospel k deklaroványm skutkovým tvrdeniam. V rozklade bola namietaná protichodnosť skutkových tvrdení NBS, útvaru dohľadu nad finančným trhom citovaných v rozklade, ku ktorým bolo potrebné urobiť dokazovanie v rámci výsluchu svedkov, ktoré NBS urobila bez upovedomenia a prítomnosti žalobkyne.

Žalobkyňa namietala, že postupom NBS, útvar dohľadu nad finančným trhom, bolo porušené právo na spravodlivé konanie. Vzhľadom na zistené porušenie procesných práv v dôsledku toho, že nebola upovedomená o termíne ústneho pojednávania o výsluchu svedka, bolo potrebné pri druhostupňovom konaní postupovať tak, že v rámci druhostupňového rozhodovania pri vyhodnocovaní porušenia zákona a adekvátnosti uloženej sankcie sa vôbec nezohľadňoval obsah namietanej svedeckej výpovede. Týmto postupom bolo porušené ústavné právo žalobkyne. Žalovaná ako odvolací orgán mala prvostupňové rozhodnutie zrušiť, vec vrátiť a nariadiť riadne vykonanie dôkazu - výsluch svedkov.

Konštatovanie žalovanej, že žalobkyňa sa mohla vyjadriť k celému spisovému podkladu ku konaniu vrátane obsahu svedeckej výpovede, čo aj využila, nezhojí porušenie práv. Akékoľvek jej stanovisko k skutkovým tvrdeniam svedkov bolo neplatné, nakoľko tieto dôkazy neboli vykonané v súlade so zákonom.

Pokiaľ šlo o písomné vyjadrenia klientov, tie poskytli v súlade s § 24 ods. 5 zákona č. 747/2004 Z. z., pričom z hľadiska právnej sily dôkazu klienti tieto vyjadrenia nerobili pod prisahou, a teda ich tvrdenia a hodnovernosť mali byť skúmané na ústnom pojednávaní a v postavení svedka, keď sa mení procesné postavenie klienta. Žalobkyňa od začiatku namietala a spochybňovala pravdivosť a rozpornosť písomných stanovísk klientov, a to aj v námietkach k Protokolu. Pokiaľ ide o písomné vyjadrenia klientov, tieto možno považovať za listinný dôkaz, pričom pravdivosť resp. rozpor skutočností uvádzaných respondentmi v týchto vyjadreniach je možné odstrániť iba ich výsluchom v procesnom postavení svedka. Žalobkyňa mala právo byť upovedomená a prítomná na tomto výsluchu a klásť svedkovi otázky, pričom toto právo bolo postupom žalovanej v konaní odňaté. Pokiaľ žalovaná konštatovala v rozhodnutí porušenie práv v prvostupňovom konaní, nemohla toto porušenie zhojiť tým, že na dôkazy neprihliadla, naviac ak sa žalobkyňa domáhala vykonania práve týchto dôkazov, pri vykonávaní ktorých boli porušené jej práva.

Žalobkyňa ďalej poukázala, že v rozklade namietala porušenie zákona spočívajúce v tom, že prvostupňový orgán pri realizácii výsluchu riadne neoveril totožnosť svedka a neopýtal sa svedka na jeho pomer k prejednávanej veci a k účastníkom konania. Účel zistenia pomeru svedka k prejednávanej veci a k účastníkom konania spočíva okrem iného aj v tom, že orgán, ktorý výsluch vykonáva, musí vymedziť postavenie svedka v konaní z tzv. negatívneho hľadiska, teda či neexistujú prekážky, pre ktoré by svedok nemohol vypovedať (napr. či nie je zamestnancom správneho orgánu, ktorý výsluch vykonáva, či nie je alebo nebol štatutárnym orgánom účastníka konania, či nepožíva imunitu a výsady, či netrpí inými prekážkami, pre ktoré nemôže vypovedať). Tieto okolnosti musí správny orgán zistiť priamo u svedka a nie odvolávať sa na to, že to vyplýva zo spisového materiálu. Účelom zistenia pomeru svedka k prejednávanej veci nebolo zistenie, či svedok bol alebo nebol klientom žalobcu. Neobstojí argument žalovanej, že zákona č. 747/2004 Z. z. o dohľade nad finančným trhom a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení účinnom v rozhodnom období (ďalej v texte len rozsudku „zák. o dohľade“) neprikazuje zisťovať svedkov pomer k prejednávanej veci.

Žalobkyňa tiež poukázala, že v rozklade namietala aj porušenie práva z dôvodu, že na právne posúdenie „churningu“, a teda žalovanou vytknutého porušenia odbornej starostlivosti, použila modely odvodené z publikácií S.C. Goldberga Fraudulent Broker-Dealer Practices, Seth C. Andersona Investment

Management and Mismanagement History, Findings and Analysis a D.A. Windslova a S.C. Andersona A Model for Determining the Excessive Trading Element in Churning Claims, pričom žiadala o doplnenie predmetných publikácií a modelov do spisu konania, aby bolo možné posúdiť, či bol zo strany NBS dostatočne zistený skutkový stav a mohla sa k skutočnostiam uvádzaným v cit. publikáciách vyjadriť. Rozhodnutie NBS z hľadiska právneho posúdenia „churningu“ musí obsahovať konkrétny odkaz na príslušný právny predpis, z ktorého vyvodzuje svoje právne posúdenie. NBS riadne neodôvodnila, prečo použila práve tento model nevynímajúc skutočnosť, že predmetná odborná literatúra nie je všeobecne záväzná právna norma, a teda chýba právne zdôvodnenie, podľa ktorého NBS odôvodňuje základné znaky „churningu“. Pokiaľ v rozhodnutí Banková rada NBS uviedla, že citované publikácie použila ako modely, dala za pravdu žalobkyni, že na skutočnosti uvádzané v týchto odborných publikáciách sa nevzťahuje princíp publicity (§ 2 zák. č. 1/1993 Z. z.), a preto mala mať možnosť oboznámiť sa obsahom publikácií a modelmi ako listinnými dôkazmi, a taktiež mala byť táto odborná literatúra súčasťou spisu a preložená do jazyka slovenského. Ani jeden model nebol obsahom spisu a tak žalobkyňa nemala možnosť sa s týmito publikáciami oboznámiť a vyjadriť sa k nim, a preto jej bolo odňaté zákonné právo upravené v § 17 ods. 7 a § 26 zák. o dohľade. K tejto námietke sa žalovaná vo svojom rozhodnutí nevyjadrila, ani tieto publikácie do spisu nedoplnila. Došlo k porušeniu zákona a žalobkyňa nemohla využiť všetky svoje vyjadrenia, návrhy na dokazovanie, pripomienky a tieto uplatniť do vydania rozhodnutia vo veci samej.

Žalobkyňa ďalej namietala uplynutie zákonnej stanovenej dvojročnej lehoty pre uloženie pokuty. Národná banka Slovenska začala konanie na základe oznámenia zo dňa 18. mája 2009 adresovaného žalobcovi s názvom: Oznámenie o začatí konania, v ktorom mu NBS, útvar dohľadu nad finančným trhom ako útvar príslušný na konanie v prvom stupni oznámila začatie konania z vlastného podnetu podľa ustanovenia § 16 zákona o dohľade o uložení sankcie podľa ustanovenia § 144 ods. 3 zák. č. 566/2001 Z. z. o cenných papieroch a investičných službách a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o cenných papieroch) v znení neskorších predpisov (ďalej v texte rozsudku len „ZoCP“) za porušenie ustanovení ZoCP, ktoré bolo zistené dohľadom na mieste vykonanom v spoločnosti na základe písomného poverenia viceguvernéra NBS č. ODO-7417/2009 zo dňa 18. mája 2009 v dňoch 19. mája 2009 až 25. mája 2009. NBS, útvar dohľadu nad finančným trhom, vydala na základe vykonaného dohľadu na mieste v súlade s § 10 zák. o dohľade protokol č. ODO-7417/2009. Protokol bol vydaný dňa 30. júla 2009.

Konečné rozhodnutie bankovej rady NBS zo dňa 2. augusta 2011 číslo GUV- 1014/2011 nebolo možné doručiť a bolo vrátené poštovým doručovateľom Slovenská pošta, a.s. dňa 9. augusta 2011, a tak nadobudlo právoplatnosť dňa 12. augusta 2011.

V zmysle oznámenia o začatí konania NBS, útvar dohľadu nad finančným trhom, zistila dohľadom na mieste v dňoch 19. mája 2009 - 25. mája 2009, porušenia ustanovení ZoCP a tieto deklarovala v Protokole, ktorý bol vypracovaný dňa 30. júla 2011.

V prípade, ak by sa súd nestotožnil s právnym názorom žalobcu, že dvojročná lehota na udelenie sankcie začala plynúť v dňoch 19. mája - 25. mája 2009, je nesporné, že najneskôr dňa 30. júla 2011 došlo u NBS, útvaru dohľadu nad finančným trhom, k začatiu plynutia prekluzívnej dvojročnej lehoty podľa § 144 ods. 15 zák. o dohľade. Rozhodnutie bankovej rady NBS o uložení pokuty nadobudlo právoplatnosť viac ako dva roky po zistení nedostatkov, a to dňa 12. augusta 2011, čím došlo k uplynutiu lehoty na právoplatné uloženie pokuty. Daná lehota je prekluzívna a správny orgán musí na ňu prihliadať z úradnej povinnosti.

Žalobkyňa ďalej uviedla, že v čase porušenia zákona investičný sprostredkovateľ poskytoval investičnú službu, investičné poradenstvo iba v prípade, ak toto poradenstvo bolo vykonávané na žiadosť klienta, alebo z podnetu obchodníka s cennými papiermi. Žalobkyňa neposkytovala osobné odporúčanie ani z podnetu klienta, ani z podnetu obchodníka, ale zo svojej iniciatívy, a preto neposkytovala klientom investičnú službu investičné poradenstvo ako konštatovala v odôvodnení rozhodnutia banková rada na strane 13. Z aktuálneho znenia § 6 ods. 6 ZoCP, podľa ktorého investičným poradenstvom je aj poskytovanie osobného odporúčania z podnetu poskytovateľa investičnej služby (aj z podnetu investičných sprostredkovateľov), je zrejmé, že v čase porušenia zákona bol zákon inak definovaný a poskytovanie osobného odporúčania z podnetu investičného sprostredkovateľa nebolo investičnou službou, vedľajšou službou ani investičnou činnosťou, tak ako ich definoval ZoCP. Investičný sprostredkovateľ tak konal na základe predmetu svojej činnosti: činnosť organizačných a ekonomických poradcov a vykonával ekonomické poradenstvo. NBS nemá v kompetencii vykonávať dohľad nad

finančnými sprostredkovateľmi vo veciach, ktoré sa netýkajú osobitných zákonov, a preto nemohla za poskytovanie osobného odporúčania z podnetu sprostredkovateľky žalobkyňu sankcionovať.

Žalobkyňa namietala aj neprimeranosť výšky uloženej pokuty, a to z dôvodu, že žalovaná nesprávne vyhodnotila námietku uvedenú v rozklade, ktorou namietala, že vo svojom odôvodnení neuviedla, z akých činností je jej známe, že žalobkyňa aj naďalej pokračuje vo svojej činnosti tak, ako je uvedené v rozhodnutí, čím to má preukázané a čo bolo dôvodom na odobratie povolenia na výkon činnosti sprostredkovateľa investičných služieb. V tejto veci sa banková rada NBS odvolávala na žiadosť klienta K. F., kde opätovne žiadal o vyradenie z databázy žalobcu. Predmetná žiadosť mala preukazovať, že žalobkyňa pokračovala v činnosti voči klientovi aj po začatí konania o uložení sankcie, a preto nebol dôvod na to, aby sa na túto žiadosť v konaní neprihliadlo. Žalovaná nesprávne vyhodnotila pokračovanie v porušovaní zákona a neuviedla, čo bolo predmetom telefonátu p. F..

Žalobkyňa poukázala, že v protokole jej bolo vytknuté, že nechováva dokumentáciu o poskytovaní investičného poradenstva klientom a poskytuje klientom spoločnosti CM investičné poradenstvo k nákupu a predaju konkrétnych akcií, ktoré vedie k nadmernému obchodovaniu na účtoch klientov za účelom generovania poplatkov v prospech žalobkyne na úkor klientov. Z obsahu vyjadrenia p. F. bolo zrejmé, že sa nejednalo ani o jedno z vyššie uvedených vytýkaných porušení.

Žalovaná nepreukázala porušenie zákonných povinností zo strany žalobkyne a právne neodôvodnila, ktoré kritéria sú pre naplnenie skutkovej podstaty „churning“ podľa zákonných ustanovení smerodajné a v akom rozsahu tieto kritéria boli porušené, a preto považovala žalobkyňa jej rozhodnutie v časti uloženia pokuty za nepreskúmateľné. Výška pokuty bola neprimeraná preukázanému porušeniu zákona, a to s prihliadnutím na rozsah, dĺžku trvania, následky a povahu zistených nedostatkov (§ 144 ods. 1 ZoCP).

Záverom žalobkyňa zhrnula, že postup žalovanej v konaní bol nezákonný, zároveň sa banková rada riadne nevysporiadala so všetkými námietkami uvedenými v rozklade. V konaní došlo k porušeniu procesných práv žalobkyne, nakoľko nebola upovedomená o termíne ústneho pojednávania, a preto nemohla využiť procesné právo zúčastniť sa ústneho pojednávania a vyjadriť sa k spôsobu dokazovania pri vykonávaní výsluchu svedkov. Žalovaná nezistila v náležitom rozsahu skutkový stav a pokiaľ ide o preukázanie skutočností, že žalobkyňa porušila odbornú starostlivosť z dôvodu „churningu“, rozhodnutie v tejto kľúčovej časti je nepreskúmateľné, pretože nenapĺňa zákonné požiadavky na obsah rozhodnutia podľa § 27 ods. 1 a 3 zák. o dohľade, zistenie skutkového stavu je nedostačujúce na posúdenie veci a trpí nedostatkom dôvodov.

K žalobe sa písomným podaním zo dňa 31. októbra 2011, doručeným Najvyššiemu súdu Slovenskej republiky dňa 4. novembra 2011 vyjadrila žalovaná tak, že ju navrhla ako nedôvodnú zamietnuť.

Uviedla, že žalobkyňa vo svojom žalobnom návrhu uvádza rovnaké námietky, aké boli uvedené už v rozklade a s týmito sa zaoberala v rámci druhostupňového konania a vyrovnala sa s nimi v druhostupňovom rozhodnutí. Žalobkyňa sa nesprávne domnievala, že na identifikáciu nadmerného obchodovania použil útvar dohľadu nad finančným trhom nie všeobecne záväznú právnu normu, ale „Stanovisko Komise pro cenné papíry z 8. februára 2006 k churningu“, ktoré vychádza z nezáväzného modelu publikácií. Banková rada NBS sa touto námietkou zaoberala a vysporiadala sa s ňou vo svojom rozhodnutí (str. 8).

Žalovaná poukázala, že banková rada NBS v rámci druhostupňového konania náležite preskúmala celý spisový materiál ako aj námietky žalobkyne, pričom sa stotožnila so skutkovými zisteniami v rámci výkonu dohľadu na mieste a následného prvostupňového konania, pričom konštatovala, že žalobkyňa prekročil rámec svojho dovoleného podnikania, jeho činnosťou boli naplnené znaky tzv. „churningu“, teda nekalej praktiky súvisiacej s neobvyklou aktivitou na účte klienta sprevádzanou obohatením sa účtovaním poplatkov klientovi za realizované obchody bez ohľadu na odbornú starostlivosť, súvisiacu s obstaraním obchodu. Takéto konanie sa považuje za nezlučiteľné s princípmi odbornej starostlivosti pri poskytovaní služieb na finančnom trhu a s postupmi ochrany práv spotrebiteľov na trhu finančných služieb. Charakteristickými znakmi naplňajúcimi podozrenie a nekalú praktiku nadmerného obchodovania (churningu/mútenia) sú nasledovné: oslovenie klienta, následné zavádzanie klienta poskytovaním informácií či predobchodných informácií (neúplných, nepravdivých či klamlivých informácií) uvádzajúcich alebo spôsobilých uviesť klienta do omylu, manipulácia klienta pri vyplňaní testov vhodnosti a primeranosti, poskytovanie investičnej služby investičného poradenstva pre klienta, čo celkovo vedie k vysokej frekvencii obchodov (častých pokynov na kúpu/predaj cenných papierov) na účtoch klientov sprevádzaných generovaním poplatkov od klienta za transakcie a inkasovaním provízie z

poplatkov od klienta. Takéto ukazovatele boli preukázané v činnosti žalobkyne, čo potvrdili aj jeho samotní klienti. Za úplnosť, spoľahlivosť a presnosť informácie na vykonanie pokynu bola zodpovedná žalobkyňa, ktorá informáciu postúpila obchodníkovi s cennými papiermi (spoločnosti CM).

Banková rada NBS poukázala aj na stanovisko Etickej komisie Asociácie finančných sprostredkovateľov a finančných poradcov zo dňa 27. novembra 2009 a stanovisko Kontrolnej komisie Asociácie obchodníkov s cennými papiermi zo dňa 7. decembra 2009, ktoré predložila klientka žalobkyne (Y. V.). V týchto stanoviskách bolo síce konštatované prekročenie rámca dovoleného podnikania poskytovaním investičných odporúčaní spoločnosťou FAROS Financial, s.r.o., keďže táto spoločnosť bola členom Asociácie finančných sprostredkovateľov a finančných poradcov, avšak boli rovnako aplikovateľné aj na konanie žalobkyne, ktorá pri svojej činnosti postupovala rovnako.

V tejto súvislosti žalovaná poukázala na § 73b ods. 1 ZoCP v spojení s § 61 ods. 12 ZoCP, z ktorých vyplýva, že obchodník s cennými papiermi je povinný konať pri poskytovaní investičných služieb alebo vedľajších služieb a vykonávaní investičných činností v súlade so zásadami poctivého obchodného styku s odbornou starostlivosťou v záujme svojich klientov, pričom táto povinnosť sa v rozhodnom čase vzťahovala aj na sprostredkovateľa investičných služieb. Za porušenie tejto povinnosti je celkom zjavne potrebné považovať aj praktiky nadmerného obchodovania (churningu/mútenia), keďže nadmerné obchodovanie na účtoch klientov sprevádzané generovaním poplatkov na úkor klientov a v prospech obchodníka s cennými papiermi alebo sprostredkovateľa investičných služieb sa jednoznačne a nepochybne prieči zásadám poctivého obchodného styku s odbornou starostlivosťou v záujme klientov. Pokiaľ šlo o námietku výnosnosti dostupných akciových fondov v SR a že v prvostupňovom konaní NBS ani raz nespochybnila a nedokázala vyvrátiť fakt, že obchodnou stratégiou krátkodobých obchodov dosiahli klienti žalobcu preukázateľne lepší obchodný výsledok ako profesionálne obchodované podielové fondy slovenských správcovských spoločností, ako aj to, že žalobkyňa konala v najlepšom záujme klientov, žalovaná poukázala na svoje druhostupňové rozhodnutie (s. 13, 14), kde sa s uvedenými tvrdeniami vysporiadala.

Žalovaná v tejto súvislosti poukázala na súvzťažnosť relevantných ustanovení § 73b ods. 1 v spojení s § 61 ods. 12 ZoCP s viacerými právne záväznými aktmi (smernicami) Európskej únie (EÚ/ES) v oblasti finančných nástrojov a investičných služieb a v oblasti ochrany spotrebiteľov (aj pri nekalých obchodných praktikách podnikateľov voči spotrebiteľom). Konkrétne poukázala na ustanovenia smernice Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2004/39/ES z 21. apríla 2004 o trhoch s finančnými nástrojmi [Markets in Financial Instruments Directive; tzv. smernice MiFID (Ú. V. EÚ L 145, 30. apríla 2004; mimoriadne slovenské vydanie 2004 kap. 06/zv. 07)] v platnom znení, implementačnej smernice Komisie 2006/73/ES, ktorou sa vykonáva smernica 2004/39/ES, pokiaľ ide o organizačné požiadavky a podmienky výkonu činnosti investičných spoločností, ako aj o vymedzené pojmy na účely uvedenej smernice CÚ. V. EÚ L 241, 2. septembra 2006) v platnom znení a smernice Európskeho parlamentu a Rady 2005/29/ES z 11. mája 2005 o nekalých obchodných praktikách podnikateľov voči spotrebiteľom na vnútornom trhu (Ú. V. EÚ L 49, 11. júna 2005) v platnom znení. Ustanovenia týchto smerníc, ktoré boli uverejnené v Úradnom vestníku Európskej únie (Ú. V. EÚ), je potrebné zohľadniť aj v konaní o podanej žalobe pred Najvyšším súdom SR ako súdom poslednej inštancie v správnom súdnictve, a to v zmysle ustanovení čl. 267 tretieho odseku Zmluvy o fungovaní Európskej únie (Ú. V. EÚ C 83, 30. marca 2010), § 2 ods. 1 zákona č. 416/2004 Z. z. o Úradnom vestníku Európskej únie a § 121 zák. č. 99/1963 Zb. Občianskeho súdneho poriadku v znení neskorších predpisov (ďalej v texte rozsudku len O. s. p.).

K výške pokuty žalovaná uviedla, že táto bola náležitým spôsobom odôvodnená v napadnutom rozhodnutí, pričom pri rozhodovaní o výške pokuty bola zohľadnená aj skutočnosť, že dňa 23. mája 2011 (v čase medzi prvostupňovým a druhostupňovým rozhodovaním) žalobkyňa vrátila žalovanej povolenie na vykonávanie činnosti samostatného finančného agenta, pričom vrátené povolenie zo zákona zaniklo dňom 23. mája 2011 (podľa § 19 ods. 1 písm. e/ v spojení s § 41 ods. 4 zák. č. 186/2009 Z. z. o finančnom sprostredkovaní), v dôsledku čoho žalobkyňa od tohto dňa nesmela vykonávať činnosť samostatného finančného agenta. ZoCP v § 144 ods. 1 písm. e/ v spojení s ustanoveniami § 9 ods. 2 a § 2 ods. 7 zák. č. 659/2007 Z. z. o zavedení meny euro v Slovenskej republike v znení neskorších predpisov) ustanovuje, že NBS môže uložiť pokutu v rozpätí od 10 000 Sk (331,94 eura) do 20 000 000 Sk (663 878,38 eura). Výška pokuty v predmetnej veci bola stanovená v rámci správneho uváženia a zohľadňuje zákonné kritériá pre určenie jej výšky vzhľadom na skutkové a právne okolnosti zisteného a

sankcionovaného nedostatku. Ďalej bola pri výške pokuty zohľadnená aj skutočnosť, že v priebehu roka 2009 začala žalobkyňa elektronicky archívovať záznamy k poskytovanému poradenstvu na nákup a predaj cenných papierov za účelom zvýšenia kontroly vo vzťahu k odbornosti investičného poradenstva, od júna 2009 vo vzťahu k investičnému profilu klientov začala vyhodnocovať nadmernosť obchodovania klientov, dohodla pre veľkú časť svojich klientov individuálny cenník, čím uznala, že tieto činnosti v čase kontrolovaného obdobia od 23. januára 2008 do 19. mája 2009 nevykonávala. V rámci dohľadu na mieste bola správne zistená skutočnosť, že žalobkyňa v rozhodnom období nepostupovala pri svojej činnosti v súlade so zákonom (pokiaľ ide o zanedbanie odbornej starostlivosti v záujme klientov pri vyhodnocovaní nadmerného obchodovania a pri upozorňovaní klientov na riziká z nadmerného obchodovania v kontrolovanom období a zanedbanie archivovania elektronických záznamov o poskytovanom poradenstve), a preto bolo zníženie výšky pokuty zo sumy 330 000 eur na sumu 50 000 eur adekvátne.

K tvrdeniu, že nebolo dôkazne preukázané, že žalobkyňa vykonávala svoju nezákonnú činnosť aj naďalej, teda po skončení výkonu dohľadu na mieste, žalovaná uviedla, že s touto námietkou sa už vyrovnala v druhostupňovom rozhodnutí na str. 15.

Pokiaľ šlo o námietku týkajúcu sa výpovede svedka Ing. N. Q., žalovaná poukázala na s. 13 napadnutého rozhodnutia, kde sa s touto vysporiadala. Nezohľadnením namietanej svedeckej výpovede pri vyhodnocovaní porušenia zákona a adekvátnosti uloženej sankcie v rámci druhostupňového rozhodovania bola zohľadnená konštantná súdna judikatúra (najmä judikatúra Najvyššieho súdu SR napríklad v rozsudku sp. zn. 2Sžo/255/2009 z 31. marca 2010), podľa ktorej pri rozhodovaní správnych orgánov nemožno prihliadať na nezákonné dôkazy a na základe takýchto dôkazov nemožno postaviť skutkové zistenia. Predmetná svedecká výpoveď navyše nebola ani potrebná. Ing. N. sa totiž už listom zo dňa 12. marca 2010 písomne vyjadril k činnosti žalobkyne a jeho následná svedecká výpoveď bola nadbytočným úkonom. Žalobkyňa bola dňa 25. októbra 2010 nahliadnuť do spisu, pričom zo zápisnice o nahliadnutí do spisu je zrejmé, že bola oboznámená aj s výpoveďou svedka, bola jej poskytnutá kópia svedeckej výpovede a dňa 14. decembra 2010 bola oboznámená s celým spisovým materiálom, ku ktorému sa aj vyjadrila.

Na základe uvedených skutočností žalovaná konštatovala, že sa riadne vyrovnala so všetkými námietkami žalobcu a skutkové konštatovania, ktoré obsahuje napadnuté druhostupňové rozhodnutie, odzrkadľujú zistený skutkový stav a sú riadne odôvodnené.

Pokiaľ žalobkyňa namietala, že investičnú službu spočívajúcu v investičnom poradenstve poskytovala iba v prípade, ak toto poradenstvo bolo vykonávané na žiadosť klienta alebo z podnetu obchodníka s cennými papiermi, toto tvrdenie nezodpovedá obsahu spisového materiálu a bolo vyvrátené vyjadreniami klientov a aj obchodníkom s cennými papiermi. V tejto súvislosti žalovaná poukázala na zmluvu o investičnom sprostredkovaní zo dňa 1. februára 2008, ktorú uzatvorila žalobkyňa so spoločnosťou CM, ktorá v článku I bode 1 vymedzuje predmet tejto zmluvy tak, že sprostredkovateľ je oprávnený vykonávať investičné služby prijímanie a postupovanie pokynov klientov obchodníkovi týkajúcich sa zastupiteľných cenných papierov a podielových listov otvorených podielových fondov a cenných papierov zahraničných subjektov kolektívneho investovania a poskytovanie investičného poradenstva vo vzťahu k týmto finančným nástrojom a ich propagáciu v súlade s ustanoveniami ZoCP. Ďalej poukázala na list obchodníka s cennými papiermi (spoločnosti CM) zo dňa 28. apríla 2009, kde je uvedené, že tento obchodník s cennými papiermi nepreveruje spoľahlivosť investičného odporúčania poskytnutého zmluvnými investičnými sprostredkovateľmi a podobne nepreveruje spoľahlivosť informácií predložených o klientovi zmluvnými investičnými sprostredkovateľmi.

V súvislosti s tvrdením žalobkyne, že investičné poradenstvo poskytovala iba na žiadosť klienta žalovaná poukázala na písomné vyjadrenia viacerých klientov tvoriace súčasť spisového podkladu (list K. N. Q. zo dňa 12. marca 2010, e-mail Y. V. zo dňa 14. júla 2009, list T.M. zo dňa 22. júla 2009, list H. F. zo dňa 22. júla 2009, list Y. V. zo dňa 11. júna 2009, založené v spisovom podklade pod č. 13). Na základe písomných vyjadrení bolo zistené a preukázané, že klienti nezažadovali pokyny na obchodovanie sami na základe ich vlastnej iniciatívy a ich samostatného vlastného rozhodnutia neovplyvneného žalobkyňou. Klientom bolo zo strany žalobkyne poskytované odporúčanie na kúpu akcií alebo predaj nakúpených akcií konkrétnej spoločnosti, poskytnuté "konzultácie" a osobné odporúčania neboli vykonávané z iniciatívy klienta, ale z iniciatívy žalobkyne, ktorá zo svojho vlastného podnetu telefonicky oslovovala klientov s odporúčením pre zadanie obchodného pokynu klienta na kúpu alebo predaj pri následnom

telefonáte žalobkyne klientovi (táto skutočnosť je zrejmá aj z obsahu záznamov na OVO nosiči). Z nahrávok telefonických pokynov klientov bolo preukázané a vyhodnotené tak, že, ak by klient sám z vlastnej iniciatívy zadával pokyn, tak by nebol racionálny dôvod na sugestívnu otázku zo strany pracovníka žalobkyne, cit.: „Podávate tento pokyn z vlastného presvedčenia?“ Rovnako by v prípade iniciatívy zo strany klienta nebol racionálny dôvod na telefonát žalobkyne klientovi, ale na telefonát klienta žalobkyni. Klienti v písomných oznámeniach potvrdili, že boli najskôr oslovení žalobkyňou na kúpu/predaj konkrétnych akcií a následne boli telefonicky vyzvaní, aby zadali pokyn, pričom v závere telefonátu sa ich pracovník žalobkyne opýtal, či zadávajú pokyn na základe vlastného rozhodnutia.

K námietke žalobkyne týkajúcej sa uloženia pokuty po uplynutí dvojročnej zákonnej lehoty žalovaná uviedla, že pre stanovenie lehoty na uloženie sankcie je potrebné aplikovať § 144 ods. 15 ZoCP v spojení s ustanovením § 10 ods. 5 zákona č. 747/2004 Z. z. o dohľade nad finančným trhom, z ktorých vyplýva, že nedostatky v činnosti obchodníka s cennými papiermi, pobočky zahraničného obchodníka s cennými papiermi, centrálného depozitára alebo inej osoby, nad ktorou sa vykonáva dohľad podľa tohto zákona, uvedené v protokole o vykonanom dohľade na mieste sa považujú za zistené odo dňa skončenia príslušného dohľadu na mieste podľa osobitného zákona. Uvedené ustanovenia znamenajú, že pre stanovenie lehoty na uloženie pokuty nie je dôležitý samotný dátum vyhotovenia protokolu a rovnako nie dátum, kedy bol vykonaný dohľad na mieste, ale dátum skončenia dohľadu. Dohliadaný subjekt totiž môže uplatniť námietky proti údajom uvedeným v protokole o dohľade, pričom preverenie takýchto námietok tvorí súčasť dohľadu na mieste a výsledkom tohto preverenia môže byť korekcia protokolu o dohľade. Dohľad na mieste bol skončený dňa 2. októbra 2009 doručením písomného oznámenia o výsledku preverenia písomných námietok žalobkyne proti údajom uvedeným v protokole o vykonanom dohľade na mieste, ktoré boli žalovanej doručené dňa 13. augusta 2009. Druhostupňové rozhodnutie žalovanej bolo doručené žalobkyni dňa 11. augusta 2011, teda v zákonom ustanovenej 2-ročnej lehote.

K tvrdeniu žalobkyne, že žalovaná nemá v kompetencii vykonávať dohľad nad finančnými sprostredkovateľmi vo veciach, ktoré sa netýkajú osobitných zákonov, a preto nemohla byť za poskytovanie osobného odporúčania sankcionovaná a že ekonomické poradenstvo vykonával na základe predmetu svojej činnosti žalovaná uviedla, že žalobkyni bolo udelené povolenie na vykonávanie činnosti sprostredkovateľa investičných služieb rozhodnutím žalovanej č. OPK-3386/2007-PLP zo dňa 10. januára 2008, a to povolenie podľa § 61 ods. 1 ZoCP. Toto povolenie bolo podľa § 41 ods. 4 zákona č. 186/2009 Z. z. o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej v texte rozsudku len zák. o finančnom sprostredkovaní) odo dňa 1. januára 2010 zo zákona považované za povolenie na vykonávanie činnosti samostatného finančného agenta v sektore kapitálového trhu. Žalobkyňa vykonávala činnosť sprostredkovateľky investičných služieb výhradne pre obchodníka s cennými papiermi, a to pre spoločnosť CAPITAL MARKETS, o.c.p., a.s. Podľa § 38 ods. 1 zákona o finančnom sprostredkovaní dohľad nad vykonávaním finančného sprostredkovania samostatným finančným agentom a finančného poradenstva finančným poradcom a dohľad nad činnosťou navrhovateľa podľa tohto zákona vykonáva Národná banka Slovenska podľa tohto zákona a podľa osobitného predpisu, ktorým je zák. o dohľade. Zákon o finančnom sprostredkovaní v § 38 ods. 2 zakotvuje, že dohľadu NBS podlieha za podmienok podľa § 38 odsekov 8 až 11 aj vykonávanie finančného sprostredkovania alebo finančného poradenstva v sektore poistenia alebo zaistenia finančným sprostredkovateľom z iného členského štátu v sektore poistenia alebo zaistenia. Zároveň § 38 ods. 3 zákona o finančnom sprostredkovaní zakotvuje, že predmetom dohľadu podľa § 38 odseku 1 je dodržiavanie ustanovení tohto zákona, osobitných predpisov v rozsahu z nich vyplývajúcom a všeobecne záväzných právnych predpisov vydaných na ich vykonanie, ktoré sa vzťahujú na vykonávanie finančného sprostredkovania alebo finančného poradenstva, dodržiavanie podmienok určených v povoleniach udelených podľa tohto zákona a plnenie opatrenia uloženého právoplatným rozhodnutím Národnej banky Slovenska.

Žalobkyni bola uložená pokuta za porušenie § 73 b ods. 1 v spojení s § 61 ods. 12 ZoCP. Žalobkyňa ako profesionálka s udeleným povolením mala vedieť posúdiť, či pokyn je pre klienta nevýhodný a bola povinná klienta na túto skutočnosť upozorniť, túto povinnosť jej ukladal zákon - postupovať v záujme klienta a s náležitou odbornou starostlivosťou).

K tvrdenej neprimeranosti výšky uloženej pokuty z dôvodu nesprávneho vyhodnotenia námietky uvedenej v rozklade, ohľadne nedostatku dôvodov, pokiaľ sa jednalo o činnosti, z ktorých malo byť známe, že žalobkyňa aj naďalej pokračovala vo svojej činnosti, čo bolo dôvodom na odobratie povolenia

na výkon činnosti sprostredkovateľa investičných služieb, žalovaná uviedla, že dôvodom na uloženie sankcie odobratie povolenia nebola iba táto skutočnosť, ale a najmä dôvod, že licencovaný subjekt, ktorý vykonával svoju činnosť v rozpore so zákonom a s princípmi odbornej starostlivosti pri poskytovaní služieb na finančnom trhu ako aj s princípmi ochrany práv spotrebiteľov na trhu finančných služieb, nemôže pôsobiť a vykonávať svoju činnosť. V prvostupňovom rozhodnutí bola uložená pokuta vo výške 330 000 eur, druhostupňovým rozhodnutím výška pokuty znížená na sumu 50 000 eur, a to z dôvodu, že pri rozhodovaní o výške pokuty bolo zohľadnené konanie žalobkyne, ktorá dňa 23. mája 2011 vrátila žalovanej povolenie na vykonávanie činnosti samostatného finančného agenta. Výška pokuty bola stanovená v rámci správneho uváženia a zohľadňuje zákonné kritériá pre určenie jej výšky vzhľadom na skutkové a právne okolnosti zisteného a sankcionovaného nedostatku. Zistené porušenie zákona označila žalovaná za veľmi závažné pochybenie žalobkyne z dôvodu, že jej činnosťou bola naplnená skutková podstata tzv. „churningu“. Žalobkyňa pri získavaní klientov používala nepoctivé (nekalé a neetické) praktiky, poskytovala im zavádzajúce a nedostatočné informácie, klientom zamlčovala, respektíve nedostatočne im vysvetlila všetky riziká spojené s príslušným druhom finančného nástroja alebo ponúkanej investičnej služby. Sprostredkovateľka investičných služieb bola povinná konať čestne, spravodlivo a profesionálne v súlade s najlepšimi záujmami klienta a nie proti záujmom klientov. Všetky informácie, ktoré žalobkyňa (ako sprostredkovateľka investičných služieb) adresovala klientom alebo potenciálnym klientom, mali byť jasné, prehľadné a nezavádzajúce. Praktiky žalobkyne nemožno považovať za konanie zlučiteľné s princípmi odbornej starostlivosti pri poskytovaní služieb na finančnom trhu a s princípmi ochrany práv spotrebiteľov na trhu finančných služieb. Zároveň bolo brané do úvahy aj vyjadrenie žalobkyne, že od júna 2009 začala vyhodnocovať nadmernosť obchodovania klientov a v priebehu roku 2009 začala elektronicky archivovať záznamy k poskytovanému poradenstvu na nákup a predaj cenných papierov, a preto bolo primerané čiastočné zníženie pokuty uloženej v prvostupňovom rozhodnutí. To však nič nemení na skutočnosti, že konanie žalobkyne bolo v rozpore so zákonom, pričom malo negatívny dopad na jej klientov. Žalovaná na základe všetkých zistených skutočností a dôkazov (okrem zohľadnenia obsahu svedeckej výpovede namietanej žalobkyňou), ako aj s prihliadnutím na osobitne škodlivé dôsledky protiprávneho konania žalobkyne pre jej klientov po dôkladnom zvážení dospela k záveru, že znížená výška pokuty 50 000 eur, čo predstavuje 7,527 % z rozpätia zákonom ustanovenej sadzby pokuty, je primeraná, dôvodná a potrebná aj v záujme toho, aby sa dosiahol náležitý represívny aj preventívny účinok. Pri výške pokuty bola zohľadnená aj skutočnosť, že žalobkyňa svojím konaním získala značný majetkový prospech, keď za hodnotené obdobie získala na poplatkoch viac ako 1 500 000 eur (1 569 472 eur), pričom poplatky za činnosť sprostredkovateľa investičných služieb predstavovali v období od marca 2008 do 31. decembra 2008 sumu 40 168 000 Sk (1 333 000 eur) a v období od 1. januára 2009 do 31. marca 2009 predstavovali sumu 236 472 eur (7 124 000 Sk), pričom žalovaná zohľadnila skutočnosť, že iba pri časti poplatkov išlo o generovanie poplatkov v dôsledku nadmerného obchodovania.

Žalovaná uviedla, že v danej veci rozhodla na základe správneho právneho posúdenia veci, pričom vykonaným dokazovaním bolo preukázané, že v predmetnej veci došlo k porušeniu ustanovení § 73 b ods. 1 v spojení s § 61 ods. 12 ZoCP a poukázala na podrobný opis skutkového a právneho stavu, na skutkové zistenia a na vyhodnotenie dôkazov uvedené v odôvodnení druhostupňového rozhodnutia, ako aj v priloženom spisovom materiáli.

V replike k vyjadreniu žalovanej zo dňa 1. marca 2012 žalobkyňa uviedla, že začiatok plynutia subjektívnej prekluzívnej lehoty je daný okamžikom vedomosti o skutkových okolnostiach v takom rozsahu, ktorý umožní predbežné právne zhodnotenia, že došlo k porušeniu zákona ako takého. Žalovaná už v protokole podrobne opísala nedostatky, ktoré zistil dohľad na mieste. Tento protokol bol podrobnejší ako boli kvalifikované porušenia zák. o dohľade a ZoCP vo výroku napadnutého rozhodnutia. Výklad pojmu zistenie zahŕňa nielen zistenie faktov, ich identifikáciu ako nedostatkov, ale aj ich právnu kvalifikáciu. Je zrejmé, že žalovaná zistila nedostatky najneskôr dňa 30. júla 2009. Z § 144 ods. 15 ZoCP v znení účinnom do 31. marca 2011 nemožno bez ďalšieho analogicky vyvodzovať, že až ukončením dohľadu na mieste žalovaný zistila porušenia zákona. Takýto výklad by viedol k porušeniu princípu zákonnosti.

Najvyšší súd Slovenskej republiky ako súd vecne príslušný (§ 246 ods. 2 písm. a/ O. s. p. v spojení s §

33 zákona o dohľade) napadnuté rozhodnutie ako aj konanie, ktoré mu predchádzalo, preskúmal v rozsahu dôvodov uvedených v žalobe, po oboznámení sa s obsahom administratívneho spisu ako aj s obsahom písomných podaní účastníkov konania a po vypočutí zástupcov účastníkov na nariadenom pojednávaní dňa 30. januára 2013 dospel k záveru, že žaloba bola podaná dôvodne a napadnuté rozhodnutie žalovanej je potrebné zrušiť postupom podľa § 250j ods. 2 písm. a/ O. s. p.

V správnom súdnictve preskúmajú sudy na základe žalôb alebo opravných prostriedkov zákonnosť rozhodnutí a postupov orgánov verejnej správy (§ 244 ods. 1 O. s. p.).

Podľa § 244 ods. 3 O. s. p. rozhodnutiami správnych orgánov sa rozumejú rozhodnutia vydané nimi v správnom konaní, ako aj ďalšie rozhodnutia, ktoré zakladajú, menia alebo zrušujú oprávnenia a povinnosti fyzických alebo právnických osôb alebo ktorými môžu byť práva, právom chránené záujmy alebo povinnosti fyzických osôb alebo právnických osôb priamo dotknuté. Postupom správneho orgánu sa rozumie aj jeho nečinnosť.

Podľa § 245 ods. 2 O. s. p., pri rozhodnutí, ktoré správny orgán vydal na základe zákonom povolenej voľnej úvahy (správne uváženie), preskúmava súd iba, či také rozhodnutie nevybočilo z medzí a hľadísk ustanovených zákonom. Súd neposudzuje účelnosť a vhodnosť správneho rozhodnutia.

Podľa § 61 ods. 12 ZoCP, na sprostredkovateľa investičných služieb sa vzťahujú ustanovenia § 73 až 73h, § 75 a § 112 až 134 primerane.

Podľa § 61 ods. 13 ZoCP, činnosť právnickej osoby alebo fyzickej osoby, ktorej Národná banka Slovenska udelila povolenie podľa odseku 2 (povolenie na výkon činnosti sprostredkovateľa investičných služieb, pozn. súdu), podlieha dohľadu podľa tohto zákona. Na zánik povolenia primerane platí ustanovenie § 60.

Podľa § 73b ods. 1 vety prvej ZoCP, obchodník s cennými papiermi je povinný konať pri poskytovaní investičných služieb alebo vedľajších služieb a vykonávaní investičných činností v súlade so zásadami poctivého obchodného styku s odbornou starostlivosťou v záujme svojich klientov.

Podľa § 144 ods. 3 ZoCP, ak Národná banka Slovenska zistí nedostatky v činnosti sprostredkovateľa investičných služieb spočívajúce v nedodržiavaní podmienok určených v povolení podľa § 61, v nedodržiavaní podmienok alebo povinností vyplývajúcich z iných rozhodnutí Národnej banky Slovenska uložených sprostredkovateľovi investičných služieb, v nedodržiavaní podmienok podľa § 61 ods. 4 a 5, alebo v nedodržiavaní alebo v obchádzaní iných ustanovení tohto zákona, osobitných zákonov alebo iných všeobecne záväzných právnych predpisov, ktoré sa vzťahujú na výkon činností sprostredkovateľa investičných služieb, môže Národná banka Slovenska podľa závažnosti, miery zavinenia a povahy zistených nedostatkov

- a) uložiť sprostredkovateľovi investičných služieb sankcie podľa odseku 1 písm. a/, d/ a e/,
- b) odobrať povolenie na činnosť sprostredkovateľa investičných služieb.

Podľa § 144 ods. 1 ZoCP, Národná banka Slovenska môže podľa závažnosti, rozsahu, dĺžky trvania, následkov a povahy zistených nedostatkov

- a) uložiť obchodníkovi s cennými papiermi alebo zahraničnému obchodníkovi s cennými papiermi opatrenia na odstránenie a nápravu zistených nedostatkov,
- d) uložiť obchodníkovi s cennými papiermi alebo zahraničnému obchodníkovi s cennými papiermi skončiť nepovolenú činnosť,
- e) uložiť pokutu obchodníkovi s cennými papiermi alebo zahraničnému obchodníkovi s cennými papiermi od 10 000 do 20 000 000 Sk.

Podľa § 144 ods. 15 ZoCP, opatrenia na nápravu a pokuty možno uložiť do dvoch rokov od zistenia nedostatkov, najneskôr však do desiatich rokov od ich vzniku.

Podľa § 2 ods. 1 zák. o dohľade, Národná banka Slovenska pri výkone dohľadu nad dohliadanými

subjektmi zisťuje dôležité skutočnosti o dohliadaných subjektoch a ich činnosti, najmä nedostatky v činnosti dohliadaných subjektov, príčiny zistených nedostatkov, dôsledky zistených nedostatkov a osoby zodpovedné za zistené nedostatky. Pri výkone dohľadu sa postupuje podľa tohto zákona, ak osobitný zákon neustanovuje inak.

Podľa § 10 ods. 1 písm. e/ zák. o dohľade, protokol o vykonanom dohľade na mieste obsahuje opis skutkového stavu a nedostatkov zistených pri vykonanom dohľade vrátane uvedenia právnych predpisov, ktorých porušenie bolo zistené; protokol o vykonanom dohľade na mieste môže obsahovať aj odporúčania na zlepšenie činnosti dohliadaného subjektu, ak vyplynuli z vykonaného dohľadu,

Podľa § 10 ods. 5 zák. o dohľade, dohľad na mieste je skončený dorúčením písomného oznámenia dohliadanému subjektu o výsledku preverenia jeho písomných námietok proti údajom uvedeným v protokole o vykonanom dohľade na mieste, ak dohliadaný subjekt predložil takéto námietky; inak je výkon dohľadu na mieste skončený márnym uplynutím lehoty určenej pre dohliadaný subjekt na predloženie písomných námietok proti údajom uvedeným v protokole o vykonanom dohľade na mieste.

Podľa § 12 ods. 1 zák. o dohľade, na konanie vo veciach zverených Národnej banke Slovenska týmto zákonom a osobitnými zákonmi, v ktorom sa rozhoduje o právach alebo povinnostiach dohliadaných subjektov alebo iných osôb, sa vzťahuje tento zákon, ak osobitný zákon neustanovuje inak; na konanie pred Národnou bankou Slovenska podľa tohto zákona a osobitných zákonov sa nevzťahujú všeobecné predpisy o správnom konaní.

Z obsahu pripojených spisov Najvyšší súd zistil, že predmetom preskúmania je rozhodnutie bankovej rady NBS č. GUV-1014/2011 zo dňa 3. augusta 2011, ktorým zmenila prvostupňové rozhodnutie NBS, útvaru dohľadu nad finančným trhom, ktorým podľa § 144 ods. 3 písm. b/ ZoCP v spojení s § 42 ods. 1 zákona č. 186/2009 Z. z. o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov odobrала žalobkyni povolenie na výkon činnosti sprostredkovateľky investičných služieb a podľa § 144 ods. 3 písm. a/ ZoCP v spojení s § 42 ods. 1 zákona č. 186/2009 Z. z. o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov uložila žalobkyni pokutu 330 000 € za porušenie § 73b ods. 1 ZoCP v spojení s § 61 ods. 12 ZoCP, tak, že jej za porušenie § 73b ods. 1 ZoCP v spojení s § 61 ods. 12 ZoCP tým, že žalobkyňa ako sprostredkovateľka investičných služieb poskytovala v čase od 4. marca 2008 najmenej do 19. mája 2009 klientom spoločnosti CAPITAL MARKETS, o.c.p., a.s. osobné odporúčania na nákup a predaj konkrétnych akcií, ktoré viedli k nadmernému obchodovaniu na účtoch klientov sprevádzanému generovaním poplatkov v prospech žalobkyne na úkor klientov, čím nekonala pri poskytovaní investičných služieb alebo vedľajších služieb a vykonávaní investičných činností v súlade so zásadami poctivého obchodného styku s odbornou starostlivosťou v záujme svojich klientov, jej uložila pokutu vo výške 50 000 € a zároveň jej rozklad zamietla.

Najvyšší súd, prvotne sa zaoberajúc namietaným uplynutím subjektívnej lehoty pre uloženie pokuty, dospel k záveru, že táto námietka je dôvodná.

Termín zistenie nedostatkov nemožno vykladať ako jednoduchú vedomosť administratívneho orgánu resp. jeho pracovníkov, v priebehu určitého, bližšie nešpecifikovaného postupu, hoc aj neformálnu, o skutočnostiach, nasvedčujúcich tomu, že došlo k porušeniu zákona. Zistenie nedostatkov musí mať podklad v určitej objektívnej skutočnosti, ktorou je práve vypracovanie protokolu.

S poukazom na § 2 ods. 1 zák. o dohľade je potrebné konštatovať, že zisťovanie nedostatkov u dohliadaných subjektov prebieha práve v priebehu výkonu dohľadu, pričom z výkonu dohľadu je vždy potrebné vypracovať protokol aj s opisom zistených nedostatkov. Práve z obsahu protokolu vyplývajú nedostatky, ktoré boli orgánom dohľadu zistené. Skutočnosť, že dohliadaný subjekt má možnosť k protokolu, a teda aj zisteným nedostatkom podať námietky, nemá vplyv na zistenie/vedomosť orgánu dohľadu o nedostatkoch, teda o zistených skutkových okolnostiach, ale len na samotný obsah tohto protokolu. Podaním námietok k obsahu protokolu nemožno zvrátiť moment, ktorý nastal už jeho

vypracovaním s opisom konkrétnych zistených nedostatkov. Deň vypracovania protokolu je potom potrebné považovať za relevantný pre určenie začiatku plynutia subjektívnej lehoty pre uloženie pokuty

Na podporu tohto výkladu je potrebné poukázať na rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 2SŽ/23/2011 zo dňa 15. februára 2012, keď v tejto právnej otázke iný senát najvyššieho súdu dospel k rovnakému záveru.

V prejednávanej veci bol protokol z dohľadu na mieste vypracovaný dňa 30. júla 2009, pričom obsahom protokolu bol presný opis zistených nedostatkov z činnosti žalobkyne ako aj ich právna špecifikácia. Deň 30. júla 2009 je teda potrebné považovať za deň zistenia nedostatkov podľa § 144 ods. 15 ZoCP, a tak posledným dňom dvojročnej subjektívnej lehoty na vydanie rozhodnutia bol deň 30. júla 2011, keď lehoty určené podľa rokov sa končia uplynutím toho dňa, ktorý sa svojím označením zhoduje s dňom, keď došlo ku skutočnosti určujúcej začiatok lehoty.

V zmysle ustálenej judikatúry najvyššieho súdu rešpektujúcej zásadu právnej istoty, o uložení pokuty musí byť rozhodnuté konečným a právoplatným rozhodnutím do uplynutia zákonných lehôt. Napadnuté rozhodnutie žalovanej nadobudlo právoplatnosť dňa 12. augusta 2011. Z uvedeného je zrejmé, že žalovaná postupovala v rozpore so zákonom, keď uložila pokutu až po uplynutí zákonom stanovenej lehoty.

Ak žalovaná poukazovala na § 144 ods. 15 ZoCP v súčasnom znení, toto na prejednávanú vec nemožno aplikovať, keď k zmene právnej úpravy došlo až v priebehu druhostupňového konania. Zákona č. 46/2011 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 483/2001 Z. z. o bankách a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 566/2001 Z. z. o cenných papieroch a investičných službách a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o cenných papieroch) v znení neskorších predpisov, ktorý v čl. II., bod 19 ZoCP doplnil § 144 ods. 15 o vetu „Nedostatky v činnosti obchodníka s cennými papiermi, pobočky zahraničného obchodníka s cennými papiermi, centrálného depozitára alebo inej osoby, nad ktorou sa vykonáva dohľad podľa tohto zákona, uvedené v protokole o vykonanom dohľade na mieste sa považujú za zistené odo dňa skončenia príslušného dohľadu na mieste podľa osobitného zákona" nadobudol účinnosť až dňa 1. apríla 2011. Aplikovať § 144 ods. 15 ZoCP v tomto novelizovanom znení (považovať nedostatky za zistené až odo dňa skončenia dohľadu na mieste), možno iba na lehoty, ktoré začali plynúť za účinnosti nového znenia § 144 ods. 15 ZoCP.

Vzhľadom ku skutočnosti, že najvyšší súd dospel k záveru, že žalovaná uložila sankciu po uplynutí zákonom stanovenej subjektívnej lehoty, ostatnými v žalobe namietanými skutočnosťami sa ďalej nezaoberal, nakoľko táto samotná skutočnosť je dostatočná na prijatie záveru, že napadnuté rozhodnutie bolo vydané v rozpore so zákonom.

Vychádzajúc z uvedeného Najvyšší súd Slovenskej republiky napadnuté rozhodnutie žalovanej zrušil podľa § 250j ods. 2 písm. a/ O. s. p. a vec jej vrátil na ďalšie konanie.

Správne orgány sú v ďalšom konaní je viazané právnym názorom Najvyššieho súdu SR v zmysle § 250j ods. 7 O. s. p.

O trovách konania rozhodol Najvyšší súd Slovenskej republiky podľa § 250k ods. 1 tak, že úspešnej žalobkyňi priznal právo na ich náhradu vo výške náhradu spolu vo výške 707,50 € spočívajúcu v

- zaplatenom súdnom poplatku vo výške 66 €

- náhrade za úkony právnej pomoci vo výške podľa § 11 ods. 4 v spojení s § 13

ods. 2 vyhlášky Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky č. 655/2004 Z. z. o odmenách a náhradách advokátov za poskytovanie právnych služieb v znení neskorších predpisov (ďalej v texte rozsudku len „Vyhláška"), za rok 2011 vo výške 261,82 € (prevzatie a príprava zastúpenia, písomné podanie na súd vo veci samej - žaloba /§ 14 ods. 1 písm. a/, b/ Vyhlášky/, vo výške á 123,50 €, režijný paušál k dvom úkonom /§ 16 ods. 3 Vyhlášky/, vo výške á 7,41 €), za rok 2012 vo výške 134,79 € (písomné podanie na súd vo veci samej - vyjadrenie vo výške 127,16 €, režijný paušál vo výške 7,63 €),

za rok 2013 vo výške 137,97 € (účasť na pojednávaní /§ 14 ods. 1 písm. c/ Vyhlášky/ vo výške 130,16 €, režijný paušál vo výške 7,81 €), spolu vo výške 534,58 € zvýšenú o DPH v sadzbe 20 %, t. j. 641,50 €.

Žalovaná je povinná náhradu trov konania podľa § 149 ods. 1 O. s. p. v spojení s § 246c ods. 1 O. s. p. uhradiť na bankový účet právneho zástupcu žalobkyne, č. ú. XXXXXXXXXXX/XXXX vedený v M., E., v lehote uvedenej vo výroku tohto rozsudku.

Najvyšší súd Slovenskej republiky uložil na pojednávaní žalobkyni povinnosť zaplatiť súdny poplatok zo žaloby vo výške 66 €. Bolo zistené, že žalobkyňa túto povinnosť splnila už v deň nasledujúci po pojednávaní, a preto súd nepovažoval za potrebné ju k plneniu zaviazat' vo výroku tohto písomne vyhotoveného rozhodnutia.

Toto rozhodnutie prijal senát Najvyššieho súdu Slovenskej pomere v pomere hlasov 3:0 (§ 3 ods. 9 veta tretia zákona č. 757/2004 Z. z. o súdoch o súdoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov).

Poučenie:

Proti tomuto rozsudku odvolanie nie je prípustné.